

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

DOKTORA TEZİ

ÖZGÜ SUÇ

TÜLAY KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL

2502150452

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL – 2021

ÖZ

ÖZGÜ SUÇ

TÜLAY KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL

Suç tipinde yer alan haksızlığı gerçekleştiren kişi faildir. Bir suçun faillik alanı, suçun kanuni tanımında belirlenen alan içerisinde yer alan kişilerden yani o suçu işleyebilecek olan kişilerden oluşmaktadır. Genel olarak suçlar herkes tarafından işlenebilir ve bu suçlar “genel suçlar” olarak adlandırılır. Ancak bazı suçlar vardır ki, yalnızca suçun kanuni tanımında yer alan özelliği ya da yükümlülüğü haiz kişi tarafından işlenebilir. Bu suçlar ise, “özü suçlar” olarak adlandırılır. Çalışmamızın konusunu da bu suç grubu oluşturmaktadır.

Suçların faillik alanına göre nasıl sınıflandırılacağı, özü suç kavramının kapsam ve sınırlarının nasıl belirleneceği, özü suça iştirakten dolayı fail ya da şerik olarak ceza sorumluluğunun nasıl olacağı, suçun kanuni tanımında yer alan özellik ya da yükümlülüğü haiz olmayan kişinin özü suça iştirakinden dolayı sorumluluğunun nasıl belirleneceği başlıca tartışmalı kısımları oluşturmaktadır. Ayrıca özü suça ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkan sorunlar, yasal düzenlemenin yeterli olup olmadığı ve düzenlemede değişiklik ihtiyacı olup olmadığı da değerlendirmeye muhtaç konulardandır. Bu tartışmalı hususları aydınlatabilmek için özü suç konusu çalışılmıştır. Tüm çalışmada Türk doktrini ve bilhassa Alman doktrininden büyük ölçüde istifade edilmiş ve gerek Türk gerekse de Alman yargı kararları incelenmiştir.

Bu kapsamda, çalışmamızda özü suçun kavramsal olarak incelenmesi ve tarihsel gelişimi, özü suçun hukuki niteliği, benzer kavramlar ile ilişkisi, özü suçu oluşturan unsurlar, özü suçun sınıflandırılması, suçun unsurları ve unsurları dışında kalan haller ile ilişkisi, özü suçlarda faillik, şeriklik, bağılık kuralı ve kişisel sebeplerin sirayeti konuları incelenmiş ve normatif düzenleme önerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Özgü suç, genel suç, yükümlölük, iştirak, baēlılık kuralı, faillik, şeriklik, suç, ceza kanunu, ceza hukuku.

ABSTRACT

Specific Offence

T lay K TAP CIO LU YÜKSEL

The person who committed the injustice in the crime type is the perpetrator. The field of perpetration of a crime consists of the people who are within the framework determined in the legal definition of the crime, that is, the people who can commit that crime. In general, crimes can be committed by anyone and these crimes are called “common offences”. However, there are some crimes that these crimes can only be committed by the person who has the characteristic or obligation in the legal definition of the crime. These crimes are called “specific offences”. This criminal group constitutes the subject of our study.

The main controversial parts are how to classify the crimes according to the perpetrator field, how to determine the content and limits of the specific offence concept, how will the criminal liability as perpetrator or accomplice be due to participation in a specific offence, how to determine the liability of the person who does not have characteristic or obligation in the legal definition of the crime due to participation in a specific offence. Also, the problems that arise in practice regarding the specific offence, whether the legal regulation is sufficient and whether there is a need for changes in the regulation are also issues that need to be evaluated. In order to enlighten on these controversial issues, the specific offence issue has been studied. In this whole study, it was benefited from Turkish and particularly German doctrine, and both Turkish and German judicial decisions were analyzed.

In this context, the conceptual examination of the specific offence and its historical development, the legal character of the specific offence, its relationship with similar concepts, the elements constituting the specific offence, the classification of the specific offence, its relationship with elements of the crime and situations that is outside of the elements of the crime, in specific offence principal,

secondary participant, the principle of accessory and contagion of personal reasons were analyzed and our normative regulation proposal has been included in our study.

Keywords : Specific offence, common offence, legal duty to act, participation, principle of accessory, principal participant, secondary participant, crime, penal code, criminal law.



ÖNSÖZ

Çalışmanın konusunu oluşturan özgü suç, tipikliğin objektif unsurlarından fail ile ve iştirak kurumu ile yakından ilişkili olmasının yanı sıra, suç genel teorisindeki pek çok kurumla da bağlantılıdır. 5237 sayılı TCK ile ilk kez özgü suç kavramına yer verilmiş ve bu hükümde özgü suçun iştirak bakımından hukuki neticeleri düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu konuda bilimsel bir çalışmanın yapılmamış olması, buna karşın Alman literatüründe bu konunun çok uzun zamanlardan beri çalışılmış olması, Türk ceza hukuku literatüründeki eksikliği gözler önüne sermektedir. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde daha belirgin şekilde ortaya çıkan Türk ceza hukukundaki bu önemli eksikliğin giderilmesine naçizane katkı sunmak amacı ile bu çalışmayı yapmış bulunmaktayız.

Özgü suçun iştirak bakımından önemli neticeleri olmakla birlikte konunun sadece iştirak ile sınırlı kabul edilerek ele alınması günümüzde artık pek çok sorunun kronik hale gelmesine yol açmaktadır. Bu amaçla geniş bir perspektif ile özgü suçun kavramsal olarak incelenmesine, tarihsel gelişimine, suç genel teorisinde hangi kurumlar ile nasıl ilişkisinin bulunduğu, sınıflandırma ve sınırlandırma çalışmasının yapılmasına önem verilmiş ve tüm bunların da birbiri ile çelişmeyerek uyum içerisinde ilişkilendirilmesi prensibi benimsenerek özgü suçun hukuki neticelerinin tezahür ettiği iştirak kurumu incelenmiştir.

Özgü suç konusunun Alman literatüründe detaylı bir şekilde çalışılmış olması ve Türk literatüründe ise herhangi bir bilimsel çalışmanın konusunu oluşturmamış olması nedeniyle Alman ceza hukuku literatürünü detaylı ve kapsamlı bir şekilde inceleme gereksinimi ortaya çıkmıştır. Bu amaçla Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde misafir araştırmacı olarak bulundum. Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında görevli Prof. Dr. Volker Haas'a kürsülerinde yer tahsis etmesinden, bilimsel anlamda sağladığı katkılardan, çalışma konusuna ilişkin olarak yönelttiği sorular ve yaptığı değerlendirmelerden, ayırdığı değerli zamanından ve göstermiş olduğu ilgi ve desteklerinden dolayı teşekkürü borç bilirim.

Özgü suçun en başta Türk ceza hukuku açısından ilk kez münhasıran incelenecek bir bilimsel çalışmanın konusunu oluşturmalarının zorluğuna rağmen, bu konuyu çalışmam hususunda bana cesaret veren, beni destekleyen ve genç akademisyenlerin daha evvel incelenmemiş ya da yeteri kadar çalışılmamış olan konulara yönelmelerini onaylayan ve teşvik eden, akademik ve manevi anlamda her türlü desteği sağlayan, çalışmanın tüm aşamalarında değerli görüşlerini paylaşan, ilgi ve desteğini esirgemeyen, çalışmanın özgür bir şekilde yürütülmesine imkan tanıyan ve kendisi tarafından gerçekleştirilen bilimsel çalışmalara iştirak etmemi sağlayarak akademik anlamda bilgi ve tecrübelerimi geliştirmemi sağlayan değerli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Adem Sözüer’e ne kadar teşekkür etsem azdır.

Tezin hazırlanmasına ilişkin tüm süreç boyunca her bir bölüm tamamlandığında ilgili bölümü inceleyerek sunmuş olduğu eleştiri ve önerileri ile tezin daha iyi bir hale ulaşmasına vesile olan, ilk kez Türkçe’ye çevrilmesi gereken hukuki terimler konusunda bilgisini paylaşan, böylesi zor bir konunun çalışılması hususunda cesaret veren, bu çalışma dışında da akademik alandaki gelişimime destek veren, bilgi ve tecrübelerinden istifade etmeme imkan sağlayan tez izleme komitesi üyesi değerli hocam Prof. Dr. Mahmut Koca’ya gösterdiği tüm ilgi ve manevi desteği için çok teşekkür ederim.

Çalışmanın hazırlandığı süreçte tezi inceleyerek sunduğu eleştiri ve öneriler ile gerek sistematik açıdan gerekse de içerik açısından tezin daha nitelikli olmasına katkı sağlayan tez izleme komitesi üyesi olan değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas’a teşekkür etmeyi borç bilirim.

İstanbul, 2021

TÜLAY KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	vi
İÇİNDEKİLER	viii
TABLolar LİSTESİ.....	xvi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZGÜ SUÇUN KAVRAMSAL OLARAK İNCELENMESİ, TARİHSEL GELİŞİMİ, ÖZGÜ SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KAVRAMLAR İLE İLİŞKİSİ

I. ÖZGÜ SUÇUN KAVRAMSAL OLARAK İNCELENMESİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ.....	8
A. Genel Açıklamalar	8
B. Özgü Suçun Kavramsal Olarak İncelenmesi	10
1. Genel Açıklamalar.....	10
2. Terminolojik İnceleme	13
3. Faillik Alanına Göre Suçların Sınıflandırılması ve Bu Sınıflandırma Gereksiniminin Gerekçeleri	15

4. Genel Suç Kavramı	18
a. Tanımların İncelenmesi	18
b. Değerlendirme ve Tanım	20
5. Özgü Suç Kavramı	22
a. Tanımların İncelenmesi	22
(1) Fail Esas Alınarak Yapılan Tanımlama	22
(2) Özgü Yükümlülük Esas Alınarak Yapılan Tanımlama	32
(3) Özgü Norm Esas Alınarak Yapılan Tanımlama	34
(4) Özgü Hukuki Değer Esas Alınarak Yapılan Tanımlama	39
(5) Özgü Suç Tipi Esas Alınarak Yapılan Tanımlama	43
(6) Özgü Haksızlık Esas Alınarak Yapılan Tanımlama	45
(7) Diğer Tanımlamalar	48
b. Özel Kişisel Unsur Kavramı	51
c. Değerlendirme ve Tanım	61
C. Özgü Suçun Tarihsel Gelişimi	62
1. Doktrinde Yapılan Çalışmalar Yönünden Tarihsel Gelişimi	62
2. Özgü Suç Kavramının İçeriği Yönünden Tarihsel Gelişimi	64
II. ÖZGÜ SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ	73
A. Özgü Suça İlişkin Normatif Düzenlemeler	73
1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme	73
2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme	75

3. Alman Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme	76
B. Özgü Suçun Öğretide Suç Sistematiğindeki İncelenme Yeri	77
C. Özgü Suçun Hukuki Niteliğine İlişkin Değerlendirme	79
III. ÖZGÜ SUÇUN BENZER KAVRAMLAR İLE İLİŞKİSİ.....	80
A. Yükümlülük Suçları.....	80
1. Yükümlülük Suçlarını Kabul Eden Görüş	80
2. Yükümlülük Suçlarını Kabul Etmeyen Görüş	92
3. Değerlendirme ve Görüşümüz	94
B. Bizzat İşlenebilen Suçlar	97
1. Bizzat İşlenebilen Suçları Kabul Eden Görüş.....	97
2. Bizzat İşlenebilen Suçları Kabul Etmeyen Görüş.....	111
3. Değerlendirme ve Görüşümüz	112
C. Amaç Suçlar	115
D. Genel Değerlendirme.....	117

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZGÜ SUÇUN UNSURLARI, SINIFLANDIRILMASI, SUÇUN UNSURLARI VE UNSURLARI DIŞINDA KALAN HALLER İLE ARASINDAKİ İLİŞKİSİ

I. ÖZGÜ SUÇUN UNSURLARI.....	119
A. Genel Açıklamalar	119
B. Suç Tipinde Öngörülen Faile İlişkin Belirli Bir Özellik ya da Yükümlülük..	121

C. Suç Tipinde Öngörülen Özel Haksızlık.....	127
D. Suç Tipinde Öngörülen Özel Cezalandırılabilirlik.....	129
E. Fiil Hakimiyeti Unsuru.....	130
1. Fiil Hakimiyeti Unsurunu Kabul Eden Görüşler.....	130
2. Fiil Hakimiyeti Unsurunu Kabul Etmeyen Görüşler.....	133
3. Fiil Hakimiyeti Unsuruna Yargıtay'ın Bakış Açısı.....	136
4. Değerlendirme ve Görüşümüz	138
II. ÖZGÜ SUÇUN SINIFLANDIRILMASI	140
A. Genel Açıklamalar	140
B. Failin Özelliğinin Temel Suç Tipinde veya Suçun Nitelikli Halinde Öngörülmesine Göre Ayrım.....	143
1. Genel Açıklamalar.....	143
2. Gerçek Özgü Suç.....	146
3. Gerçek Olmayan Özgü Suç	148
C. Failin Özelliğinin Fiili Bir Duruma, Belirli Tabii veya Hukuku Niteliğe ya da Belirli Bir İlişkiye İlişkin Olmasına Göre Ayrım.....	155
1. Genel Açıklamalar.....	155
2. Failin Fiili Bir Durumu Haiz Olmasının Öngörüldüğü Özgü Suç	156
3. Failin Belirli Tabii Nitelikleri Haiz Olmasının Öngörüldüğü Özgü Suç	157
4. Failin Belirli Hukuki Niteliği Haiz Olmasının Öngörüldüğü Özgü Suç	158
5. Failin Belirli Bir İlişki İçerisinde Olmasının Öngörüldüğü Özgü Suç.....	160

D. Suç Tipinde Failin Özelliğinin Açık ya da Kapalı Olarak Belirlenmesine Göre Ayrım	161
1. Genel Açıklamalar.....	161
2. Açık Özgü Suç	162
3. Zımni Özgü Suç	162
E. Failin Özel Yükümlülüğünün Ceza Hukukundan ya da Ceza Hukuku Dışından Kaynaklanmasına Göre Ayrım.....	165
1. Genel Açıklamalar.....	165
2. Ceza Hukukundan Kaynaklanan Özel Yükümlülüğün Öngörüldüğü Özgü Suç.....	165
3. Ceza Hukuku Dışından Kaynaklanan Özel Yükümlülüğün Öngörüldüğü Özgü Suç	166
III. ÖZGÜ SUÇUN SUÇUN UNSURLARI VE UNSURLARI DIŞINDA KALAN HALLER İLE ARASINDAKİ İLİŞKİ VE BU İLİŞKİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	170
A. Özgü Suç İle Tipikliğin Objektif Unsuru Olan Hareket Arasındaki İlişki	170
1. Genel Açıklamalar.....	170
2. İcrai Hareket İle İşlenen Özgü Suç	173
3. İhmali Hareket İle İşlenen Özgü Suç	175
4. Özgü Suç İle Hareketin Şekli Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi	186
B. Özgü Suç İle Tipikliğin Subjektif Unsuru Arasındaki İlişki	194
1. Genel Açıklamalar.....	194
2. Özgü Suç İle Tipikliğin Subjektif Unsuru Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi.....	200

C. Özgü Suç İle Suçun Nitelikli Halleri Arasındaki İlişki	202
1. Genel Açıklamalar.....	202
2. Özgü Suç İle Suçun Nitelikli Halleri Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi.....	204
D. Özgü Suç İle Hata Arasındaki İlişki	205
1. Genel Açıklamalar.....	205
2. Özgü Suç İle Hata Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi.....	214
E. Özgü Suç İle Şahsi Cezasızlık Sebepleri Arasındaki İlişki	227
1. Genel Açıklamalar.....	227
2. Özgü Suç İle Şahsi Cezasızlık Sebepleri Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi.....	229

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZGÜ SUÇLARA İŞTİRAK

I. ÖZGÜ SUÇLARDA FAİLLİK.....	232
A. Genel Açıklamalar	232
B. “Intraneus”un Özgü Suçlarda Fail Olarak Ceza Sorumluluğu.....	239
1. “Intraneus”un Özgü Suçlarda Müstakil Fail ya da Müşterek Fail Olarak Ceza Sorumluluğu.....	239
2. “Intraneus”un Özgü Suçlarda Dolaylı Fail Olarak Ceza Sorumluluğu	250
C. “Extraneus”un Özgü Suçlarda Fail Olarak Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Sorunsalı	261
1. “Extraneus”un Özgü Suçlarda Müstakil ya da Müşterek Fail Olarak Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Sorunsalı	261

2. “ <i>Extraneus</i> ”un Özgü Suçlarda Dolaylı Fail Olarak Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Sorunsalı.....	269
III. ÖZGÜ SUÇLARDA ŞERİKLİK VE BAĞLILIK KURALI	281
A. Özgü Suçlarda Şeriklik.....	281
1. Genel Açıklamalar.....	281
2. “ <i>Intraneus</i> ”un Özgü Suçlarda Şerik Olarak Ceza Sorumluluğu	287
3. “ <i>Intraneus</i> ”un Genel Suçlarda Şerik Olarak Ceza Sorumluluğu	290
4. “ <i>Extraneus</i> ”un Özgü Suçlarda Şerik Olarak Ceza Sorumluluğu	291
5. “ <i>Extraneus</i> ”un İhmali Özgü Suçlarda Şerik Olarak Ceza Sorumluluğu	307
a. Genel Açıklamalar	307
b. “ <i>Extraneus</i> ”un İhmali Özgü Suçlarda İcrai Hareket İle Şerikliği	309
c. “ <i>Extraneus</i> ”un İhmali Özgü Suçlarda İhmali Hareket İle Şerikliği	310
B. Bağlılık Kuralı	313
1. Genel Açıklamalar.....	313
2. Bağlılık Kuralı Kapsamında Alm. CK. § 28’in İçeriği	320
3. Özgü Suç İle Bağlılık Kuralı Arasındaki İlişki	332
4. Özgü Suçlarda Fail Olabilme Koşulunun ve Bağlılık Kuralının İstisnası ...	334
II. ÖZGÜ SUÇA İŞTİRAKTE KİŞİSEL SEBEPLERİN SİRAYETİ VE ÖZGÜ SUÇA İLİŞKİN NORMATİF DÜZENLEME ÖNERİMİZ	336
A. Özgü Suça İştirakte Kişisel Sebeplerin Sirayeti	336
1. Genel Açıklamalar.....	336
2. Kişisel Sebeplerin Sirayeti İle Bağlılık Kuralı Arasındaki İlişki	339

3. Suçun Nitelikli Hallerinin Sirayeti.....	342
a. Nitelikli Halin Fiile ya da Faile Yönelik Olmasına İlişkin Ayrım ve Bu Ayrımın Gerekli Olup Olmadığı Meselesi	342
b. Nitelikli Hallerin Sirayetinin Kapsam ve Koşulları	353
4. Suçun Nitelikli Hallerinin Dışında Kalan ve Diğer Suç Ortaklarına Sirayet Etmeyen Kişisel Sebepler	361
B. Özgü Suça İlişkin Normatif Düzenleme Önerimiz.....	368
SONUÇ ve ÖNERİLER.....	379
KAYNAKÇA	400
ÖZGEÇMİŞ.....	427

TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo 1.1..... 62

Tablo 3.1..... 377



KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
Alm. CK	: Alman Ceza Kanunu (StGB)
AT	: Allgemeiner Teil
Any.	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
As. CK	: Askeri Ceza Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BeckOK StGB	: Beck'scher Online Kommentar StGB
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BK.	: Bankacılık Kanunu
BtMG	: Betäubungsmittelgesetz
Bd.	: Band
bkz	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
dn.	: dipnot
E.	: Esas

Ed.	: Editör
gem.	: Gemäß
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JURA	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung
K.	: Karar
kn.	: Kenar numarası
m.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
OWiG	: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
No:	: Sayı
Örn.	: Örneğin
RG	: Reichsgericht
RGSt	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
s.	: Sayfa
sog.	: Sogenannt
SAT	: Strafrecht Allgemeiner Teil
StGB	: Strafgesetzbuch
TBB	: Türkiye Barolar Birliği

TCK : Türk Ceza Kanunu

vd. : Ve devamı

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

y.y. : Yayımcı yok

ZStW : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§ :Paragraf



GİRİŞ

Suçun kanuni tanımında yer alan haksızlığı gerçekleştiren kişi, faildir. Her suçta, o suçu işleyebilecek kişilerden oluşan faillik alanı bulunmaktadır. Kimi suçlarda, insanların tümü faillik alanı içerisinde yer alabilir iken, kimi suçlarda ise yalnızca belirli kişiler faillik alanı içerisinde yer alabilir. Kural olarak suçlar herkes tarafından işlenebilir. Bu suçlarda fail olabilecek kişiler için herhangi bir sınırlandırma yapılmamıştır ve ceza kanunlarında suçların büyük kısmı da bu tür suçlardan oluşmaktadır. Faillik alanı sınırlandırılmamış olan ve herkes tarafından işlenebilen bu suçlar, “*genel suçlar*” olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, herkes tarafından işlenebilecek olan hırsızlık suçu gibi. Sadece belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlarda ise, faillik alanı belirli bir yöntem ile sınırlandırılmıştır ve bu tür suçlar ceza kanunlarında daha az sayıda bulunmaktadır. Faillik alanı sınırlandırılmış olan ve sadece belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlara “*özü suçlar*” olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilecek olan zimmet suçu gibi.

Genel olarak bu şekilde ifade edebileceğimiz genel ve özü suç sınıflandırması, başka bir deyişle faillik alanına göre suçların sınıflandırması ilk olarak ne zaman ve nasıl yapılmıştır? Böyle bir sınıflandırma gerçekten gerekli midir? Öğretide bu konuyu derinleştirmenin ya da pozitif hukuk düzenlemelerinde bu konuya yer vermenin önemi ve anlamı bulunmakta mıdır? Öncelikle bu sorulara yanıt bulabilmek için özü suçu pek çok yönü ile derinlemesine anlamak gereklidir.

Özü suç kavramı, Romalılar döneminde bilinmekteydi¹, ancak bu dönemde, özü suç ve genel suç ayrımı henüz bilinmemekteydi. Suçlar kamu suçları, özel ve olağan dışı suçlar olarak sınıflandırılmaktaydı². Roma Hukuku döneminde, askeri suçlar “*delicta propria*” olarak adlandırılmakta, sadece askerler tarafından

¹ Ernst Baumbach von Kaimberg, **Das Wesen des Sonderverbrechens insbesondere die Teilnahme am Sonderverbrechen**, Strassburg, 1917, s.19.

² Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.19; Eva Julia Krause, **Sonderdelikte im Wirtschaftsstrafrecht**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008, s.31.

işlenebilmekte, diğer tüm suçlar “*delicta communia*” olarak adlandırılmakta ve herkes tarafından işlenebilmekteydi. *Feuerbach* tarafından yapılan özgü suçun devlette sadece özel görevin üyelerine karşı geçerli olması şeklindeki tanımdan genel ve özgü suçlar arasında ayırım yapıldığı anlaşılmaktadır³. Özgü suçlar, ilk olarak kabul edildiği dönemde sadece meslek suçları (*Standesdelikte*) olarak görülmekteydi. Özel meslek suçları kavramından asker ve memur durumundakiler anlaşılmaktaydı⁴. 19.yüzyılda özgü suç, meslek suçları ile eşit sayılmaktayken, günümüzde artık hakim görüş, özgü suçun meslek suçları ile eşit sayılmayacağını kabul etmektedir⁵.

Faillik alanına göre suçlar farklı şekillerde sınıflandırılabilir, ancak bu sınıflandırma gerçekten gerekli midir? Suçların faillik alanı yönünden sınıflandırılması, suçun süjesinin kapsamının, suçu işleyebilecek kişilerin alanının belirlenmesi için gereklidir. Bu sınıflandırma, ayrıca faillik alanına göre belirlenen suç gruplarının hukuki neticelerinin tezahür ettiği iştirak konusunda suça iştirak eden kimselerin ceza sorumlulukları açısından ortaya çıkan farklılıkların belirlenmesi için de gereklidir. Bu ayrımda, içeriksel olarak failin herkes olabilmesi özelliği daraltılarak belirli hususlarda faillik alanının özelleştirilmiş olup olmadığı temel kriter olarak belirlenmelidir.

Özgü suçun günümüze kadar gelişimi incelendiğinde, bu konuya gereken önemin verilmemesi ve konunun derinlemesine çalışılmamış olması dolayısıyla çözülmeye muhtaç pek çok problemli husus varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Bu problemli hususların başlıcaları, özgü suçun sınırlarını belirleyecek olan tanımlamanın nasıl ve hangi yöntem ile yapılacağı, içeriğini oluşturan unsurların neler olduğu, günümüze kadar nasıl bir gelişim gösterdiği, hukuki niteliğinin nasıl belirleneceği, doktrinde ileri sürülen yükümlülük suçları, bizzat işlenebilen suçlar ya da amaç suçlar gibi suç gruplarının özgü suçun kapsamı içerisinde mi olduğu, yoksa ayrı birer suç grubu veya suçun görünüm şekli olarak mı kabul edilmesi gerektiği,

³ Krause, **a.g.e.**, s.32.

⁴ Johannes Nagler, **Die Teilnahme Am Sonderverbrechen**, Verlag Von Wilhelm Engelmann, 1903, s.27; Krause, **a.g.e.**, s.32.

⁵ Krause, **a.g.e.**, s.32, 35; Winrich Langer, **Die Sonderstrafat**, Duncker & Humblot, 2. Auflage, Berlin, 2007, s.207.

özgü suçun suç genel teorisi içerisindeki diğer kurumlar ile nasıl bir ilişki içerisinde olduğu ve nerede konumlandırılması gerektiği, suçun kanuni tanımında yer alan özelliği haiz olmayan kişinin özgü suçtan fail ya şerik olarak nasıl ve ne şekilde cezalandırılması gerektiği, özgü suç ile bağlılık kuralı arasında nasıl bir ilişki olduğu, kişisel sebeplerin sirayetinin özgü suçlarda nasıl tezahür edeceği, yasal düzenlemenin ihtiyaçları karşılayıp karşılamadığıdır. İzah etmeye çalıştığımız pek çok problemli konunun çözülebilmesi için konunun derinlemesine incelenmesi gereklidir. Çoğunlukla özgü suça iştirak konusunda karşılaşılan problemlerin doğru bir şekilde çözülmesi, kavramın içeriğinin sistematik bir şekilde incelenmesine doğrudan bağlıdır. Genellikle yapılan hata, kavramsal incelemenin yüzeysel yapılmasından ve teorik incelemeye uygun bir yöntemin belirlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeplerle özgü suça ilişkin problemlerin çözümüne yönelik katkı sunabilmek amaçlanarak konu pek çok yönü ile sistematik bir şekilde incelenmiştir.

Özgü suç konusu, Türk doktrinde genellikle ilişkili olduğu konularla birlikte ele alınmış ve ceza hukuku genel hükümler konuları arasında incelenmiş, ancak monografik olarak çalışılmamıştır. Özgü suç, iştirak konusuna bağlı ve bu konu ile sınırlı olarak incelendiğinden gelişme de gösterememiştir. Alman doktrinde ise, özgü suç konusuna ilişkin olarak ilk kez 1903 yılında monografik çalışma yapılmıştır. Daha öncesinde ise, özgü suça ilişkin çalışmalar ceza hukuku genel hükümler kapsamındaki açıklamalar ile sınırlı kalmıştır. Bu konuyu seçmemizdeki en temel sebep, Türk doktrinde halen ayrı bir konu olarak çalışılmamış olan özgü suç konusunu monografik olarak inceleyerek Türk literatüründeki boşluğu doldurmaya gayret etmek ve sonrasında da tartışılarak geliştirilmesine vesile olmaktır.

Çalışmamızın başlığını “özgü suçlar” olarak değil de, “özgü suç” olarak belirlememiz tesadüfi değildir. Çalışmanın kapsamında spesifik olarak özgü suç olarak nitelendirilebilecek olan suçların incelemesi bulunmamaktadır. Elbette özgü suç konusunu incelerken konuyla bağlantılı olarak özgü suç kapsamında olan suçlardan örnekler verilmekte ve belirli yönleri ile incelenmekte, ancak özgü suç

niteliğindeki tüm suçların belirlenmesi ya da incelenmesi çalışmanın kapsamı dışındadır. Özgü suç ile ilişkisi olması sebebi ile incelenen suç genel teorisi kapsamındaki diğer konular da sadece özgü suç ile bağlantılı olan kısımları ile sınırlı olarak incelenmiştir.

Çalışmamızda her bir konu incelenirken önce Türk doktrininde, sonrasında Alman doktrininde nasıl ele alındığına ve her bir konu özelinde ileri sürülen görüşlere sırası ile yer verilmiş ve devamında kendi değerlendirmelerimiz izah edilmeye çalışmıştır. Çalışmada Alman literatüründe yer alan ancak Türkçe karşılıkları henüz bilinirlik kazanmamış pek çok terimin karşılığının olabildiğince en uygun şekilde belirlenmesine gayret edilmiş ve bu bağlamda bazı terimlerin Alman hukukundaki karşılıklarına da yer verilmiştir.

Çalışma kapsamında sıklıkla kullanılacak olan “*intraneus*” ve “*extraneus*” kavramlarının izahında lüzum bulunmaktadır. Özgü suçun kapsamı içerisinde (*innenseiter*) yer alan ve kanunda öngörülen özel niteliği haiz olası fail, “*intraneus*” olarak adlandırılır; bu alanın dışında kalan (*außenseiter*) ve yükümlülük altında olmayan, özel faillik vasfı taşımayan kişiler de “*extraneus*” olarak adlandırılır⁶. Tüm çalışma kapsamında sıklıkla kullanılacak olan bu kavramları her defasında bu şekilde açıklamak okuyucuyu yorabileceğinden “*intraneus*” ve “*extraneus*” kavramlarının kullanılmasını tercih etmekteyiz. Bununla birlikte Türk ceza hukuku literatüründe “*intraneus*”un karşılığı olarak “*özü fail*” ve “*extraneus*”un karşılığı olarak “*özü olmayan fail*” kavramlarının kullanılabileceğini ve bu şekilde bir kavramsallaştırmanın yapılabileceğini düşünmekteyiz.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. *Birinci bölümde*, özgü suçun kavramsal olarak incelenmesi, tarihsel gelişimi, özgü suçun hukuki niteliği ve benzer kavramlar ile ilişkisi konuları incelenmiştir. Özgü suçun kavramsal olarak incelenmesinde, sırasıyla terminolojik inceleme, faillik alanına göre suçların sınıflandırılması ve bu sınıflandırma gereksiniminin gerekçeleri ele alınmış ve faillik

⁶ Eberhard Schmidhäuser, **Strafrecht AT**, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982, s.104, kn.90; Julia A. Martin, **Sonderdelikte im Umweltstrafrecht**, V & R, Osnabrück, 2006, s.19.

alanına göre suçlar genel suç ve özgü suç olarak iki suç grubu şeklinde incelenmiştir. Bu kapsamda genel suç ve özgü suç kavramı ayrı ayrı ele alınmış, genel suç kavramına ilişkin tanımlamalar incelenmiş ve nihayetinde kendi değerlendirme ve tanımlamamıza yer verilmiştir. Özgü suç kavramına yönelik tanımlar ise, belirli şekilde gruplandırılarak (*failliği, özgü yükümlülüğü, özgü normu, özgü hukuki değeri, özgü suç tipini, özgü haksızlığı esas alarak*) incelenmiş, bu şekilde gruplandırılmayan tanımlar “*Diğer Tanımlamalar*” başlığı ile ele alınmış, Alm. CK. § 28’in madde başlığı ve içerisinde yer alan, aynı zamanda Alman doktrininde de sıklıkla kullanılan “*özel kişisel unsur*” (*besondere persönliche Merkmale*) kavramı incelenmiş, nihayetinde kendi değerlendirme ve tanımlamamıza yer verilmiştir. Devamında özgü suçun tarihsel gelişimi, doktrinde yapılan çalışmalar yönünden ve kavramın içeriği yönünden ayrı incelenmiş, sonrasında özgü suçun hukuki niteliği, özgü suça ilişkin 765 sayılı TCK’da, 5237 sayılı TCK’da ve Alm. CK.’da yer alan normatif düzenlemeler ile özgü suçun öğretide suç sistematığındeki inceleme yeri nazara alınarak değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bu bölümde son olarak özgü suçun benzer kavramlar ile ilişkisi bağlamında, yükümlülük suçları, bizzat işlenebilen suçlar ve amaç suçlar ile ilişkisi incelenmiş, her bir kavram özelinde ve sonunda da genel olarak değerlendirme yapılmıştır. Bu bölümde, faillik alanına göre suçları belirli bir yöntem ile sınıflandırmaya, özgü suçu diğer suç gruplarından ayıran özellikleri belirlemeye, özgü suçun suç genel teorisi içerisindeki konumunun belirlenmesine ve esas itibarıyla özgü suçun kavramsal içeriğinin oluşturulmasına gayret edilmiştir.

İkinci bölümde, özgü suçun unsurları, sınıflandırılması, suçun unsurları ve unsurları dışında kalan haller ile arasındaki ilişki konuları incelenmiştir. Özgü suçun kavramsal incelemesinden yola çıkarak birinci bölümde oluşturulan temel düşünce ile paralel olarak özgü suçu oluşturan unsurlar, suç tipinde öngörülen faile ilişkin belirli bir özellik ya da yükümlülük, suç tipinde öngörülen özel haksızlık, suç tipinde öngörülen özel cezalandırılabilirlik ve fiil hakimiyeti olarak belirlenmiş ve ayrı başlıklar halinde incelenmiş, tartışmalı hususlar ele alınarak değerlendirmeye tabi tutulmuş ve nihayetinde görüşümüze yer verilmiştir. Özgü suçun görünüm şekilleri

ve bu suçların ortak özellikleri nazara alınarak belirli yönlerden gruplandırılarak sınıflandırmalar yapılmıştır. Alman doktrinde bu şekilde sınıflandırma çalışmasına nadirden de olsa rastlamış olmak ile birlikte pek çok yönü ve çeşitliliği nazara alınarak detaylı bir şekilde incelenmesine ilişkin bir çalışma ile karşılaşmamış bulunmaktayız. Bu kısımda özgü suç, failin özelliğinin temel suç tipinde (*gerçek özgü suç*) ya da suçun nitelikli halinde (*gerçek olmayan özgü suç*) öngörülmesine göre, failin özelliğinin fiili bir duruma, belirli tabii veya hukuki niteliğe ya da belirli bir ilişkiye dayanmasına göre, suç tipinde failin özelliğinin açık (*açık özgü suç*) ya da kapalı (*zımnî özgü suç*) olarak belirlenmesine göre, failin yükümlülüğünün ceza hukukundan ya da ceza hukuku dışından kaynaklanmasına göre ayırım yapılarak sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Bu bölümde son olarak, özgü suçun suçun unsurları ve unsurları dışında kalan haller ile arasındaki ilişki incelenmiş ve bu kapsamda, tipikliğin objektif unsuru olan hareket, tipikliğin subjektif unsuru, suçun nitelikli halleri, hata ve şahsi cezasızlık sebepleri ile arasındaki ilişki incelenmiş ve ayrı ayrı değerlendirilmiştir. *Bu bölümde, özgü suçun içeriğinin sağlamlaştırılmasına, derinleştirilmesine, sınıflandırma yapılarak sınırlarının ve kapsamının belirlenmesine ve suç genel teorisi kapsamındaki diğer kurumlar ile ilişkisinin ortaya konulmasına gayret edilmiştir.*

Üçüncü bölümde, özgü suçun hukuki neticelerinin tezahür ettiği iştirak konusu incelenmiştir. Bu kapsamda özgü suçlarda faillik, özgü suçlarda şeriklik ve bağlılık kuralı, özgü suça iştirakte kişisel sebeplerin sirayeti konuları ele alınmış ve son olarak normatif düzenleme önerimize yer verilmiştir. Özgü suçlarda faillik konusu kapsamında, “intraneus” ve “extraneus”un fail olarak ceza sorumlulukları ayrı ayrı ele alınmıştır. Özgü suçlarda şeriklik konusu kapsamında “intraneus” ve “extraneus”un özgü suçlarda şerik olarak sorumlulukları ayrı ayrı incelenmiş ve “extraneus”un ihmali özgü suçlarda şerik olarak sorumluluğu ayrıca ele alınmıştır. Devamında bağlılık kuralı, özgü suç ile bağlılık kuralı arasındaki ilişki, bağlılık kuralının istisnası konuları incelenmiştir. Bu bölümde son olarak, özgü suça iştirakte kişisel sebeplerin sirayeti, bu kapsamda bağlılık kuralı ile arasındaki ilişki, suçun nitelikli hallerinin sirayeti ve bu kapsamda nitelikli halin fiile ya da faile yönelik

olmasına ilişkin ayırım ve bu ayırımın gerekli olup olmadığı meselesi, nitelikli hallerin sirayetinin kapsam ve koşulları konuları ele alınmış ve 5237 sayılı TCK'da özgü suç konusuna ilişkin olarak yasal değişiklik ihtiyacı ortaya konularak normatif düzenleme önerimiz izah edilmeye çalışılmıştır. *Bu bölümde*, özgü suçun uygulama açısından ortaya çıkan pek çok problemi tespit edilerek özgü suça iştirak eden kişilerin fail ya da şerik olarak hangi suç tipinden, ne şekilde sorumlu tutulmaları gerektiğine ilişkin çözüm üretilmeye çalışılmış ve uygulamada karşılaşılan problemler konuların çözümüne katkı sunmayı amaçlayan normatif düzenleme önerimize yer verilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZGÜ SUÇUN KAVRAMSAL OLARAK İNCELENMESİ, TARİHSEL GELİŞİMİ, ÖZGÜ SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KAVRAMLAR İLE İLİŞKİSİ

I. ÖZGÜ SUÇUN KAVRAMSAL OLARAK İNCELENMESİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Açıklamalar

“Özgü Suçun Kavramsal Olarak İncelenmesi ve Tarihsel Gelişimi” başlıklı bu kısımda, özgü suç öncelikle kavramsal incelemeye tabi tutulacak ve devamında özgü suçun bugün gelinen aşamasının daha sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi için tarihsel gelişimi incelenecektir.

Özgü suçun kavramsal olarak incelenmesine ve tarihsel gelişimine ilişkin açıklamalardan evvel özgü suçun fail kavramı ile olan yakın bağlantısı dolayısıyla genel anlamda fail kavramını izahın gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

Fail⁷ terimine ilişkin olarak bugüne kadar birçok tanım yapılmıştır. Ağırlıklı olarak ifade ediliş şekline göre fail, suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirerek suçu işleyen kişidir⁸. Bir başka tanıma göre ise fail, kendilerine

⁷ Doktrinde fail ya da suçlu terimlerinin yanı sıra, “suçun aktif süjesi” teriminin kullanıldığı da görülmektedir (Zeki Hafızogulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012, s.373; İsmail Ercan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.71; Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.371; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.223).

⁸ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa, Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt:I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.1076; Soyaslan, **a.g.e.**, s.481. Hafızogulları, Özen, **a.g.e.**, s.373; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.139; Sulhi Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.254; Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s.115; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt:2, 7. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s.489; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.362; Herbert Engelsing, **Eigenhändige Delikte**, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1926, s.36.

cezai bir sorumluluk yöneltmesi mümkün olanlar ve cezayı anlamak kabiliyetini haiz olanlar şeklinde ifade edilmektedir⁹. Bu görüşe göre, fail olmak için insan olmanın yanı sıra ceza sorumluluğunun bulunması koşulu da gereklidir¹⁰. Bu düşünceye göre, sorumsuzluktan, dokunulmazlıktan yararlananlar ve isnat edilebilir olmadıkları için cezalandırılmayanlar fail olamamaktadırlar. Bir diğer tanıma göre fail, hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren kişidir¹¹. Bir başka tanıma göre ise fail, suç olarak kabul edilen hukuka aykırı ve normatif tanımı ihlal eden kişidir¹². TCK m.37/1’de yer alan tanıma göre, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi faildir. Düşüncemize göre fail, suçun kanuni tanımında fail olmak için öngörülen koşulları sağlayan ve haksızlık teşkil eden tipik fiili gerçekleştiren kişidir.

Suç genel teorisinde fail, ağırlıklı olarak tipikliğin objektif (*maddi*) unsuru olarak incelemeye tabi tutulmaktadır¹³. Ancak farklı şekillerde kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Örneğin bir kabule göre fail, “*suçun manevi unsurları*” arasında incelenmektedir¹⁴. Bir inceleme şekline göre fail, suçun unsurları dışında “*suçlu*” başlığı altında incelenmektedir¹⁵. Bir başka inceleme şekline göre, fail tipikliğin unsurları içerisinde kabul edilmekle birlikte tipikliğin maddi ve manevi unsurları arasında olmayacak şekilde incelenmektedir¹⁶. Bir diğer inceleme şekline göre,

⁹ Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953, s.293.

¹⁰ Taner, **a.g.e.**, s.293; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.107.

Hafizoğulları/Özen’e göre ise, ceza sorumluluğunun bulunmaması dolayısıyla bir kişinin cezalandırılmaması, kişinin ceza kanunun öznesi olmadığı anlamına gelmez ve bu kişiler suçun faili olabilirler (Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.374).

Dönmezer’e göre de, suç faili olmak ile kusurlu olmak, isnat yeteneğini haiz kişi olmak birbirinden farklıdır (Dönmezer, **a.g.e.**, s.249).

¹¹ Ercan, **a.g.e.**, s.71.

¹² Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1078.

¹³ Frank Zieschang, **Strafrecht AT**, 5. Auflage, Richard Booberg Verlag, Stuttgart, 2017, s.22, kn.27; Sabine Tofahrn, **Strafrecht AT I**, 2.Auflage, C.F. Müller, München, 2010, s. 32; Hans Heinrich Jescheck, **Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 5. Auflage, 1996, s.273; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1967, s.66; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.205 vd.; Akbulut, **a.g.e.**, s.362 vd.; Fatih Birtek, **Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.165 vd.

¹⁴ Taner, **a.g.e.**, s.293 vd.

¹⁵ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.373 vd.

¹⁶ Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.139 vd.

suçun unsurları dışında “*suçlu ve mağdur*” başlığı altında incelenmektedir¹⁷. Başka bir kabule göre, suçun yapısı içerisinde suça ilişkin ön açıklamalar kısmında “*suç tanımına dahil olan ancak fiilin özellikleri dışında kalan yapısal unsurlar*” başlığı altında incelenmektedir¹⁸. Bir başka inceleme şekline göre, suç kategorilerinin türleri ve işlevleri başlığı altında ele alınmaktadır¹⁹.

B. Özgü Suçun Kavramsal Olarak İncelenmesi

1. Genel Açıklamalar

Ceza genel hukuku öğretisinin bir kavramı olan özgü suça ilişkin problemlerin tespit edilmesi, derinlemesine incelenmesi ve tespit edilen problemlere ilişkin çözüm üretilmesi için öncelikle kavramsal olarak içeriğinin belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi gereklidir. Kavramsal inceleme ise birkaç aşamadan oluşmakta ve nihayetinde değerlendirme ile birlikte tanımlama yapılmaktadır.

Bu incelemeye terminoloji sorununa ilişkin değerlendirme ile başlamanın daha doğru olduğu düşüncesindeyiz. Özgü suçu ifade etmek üzere birçok terim kullanılmaktadır. Bu kısımda normatif anlamda tercih edilen, doktrin ve içtihatlarda kullanılan terimler açıklanacak ve nihayetinde kendi tercihimize gerekçesi açıklanmak suretiyle yer verilecek, böylece tüm çalışma içerisinde terim birliği açısından bütünlük sağlanmasına gayret edilecektir.

Bu kapsamda ikinci aşamada, faillik alanına göre suçların sınıflandırılma şekilleri, bu yöndeki görüşler ve nihayetinde de sebepleri ile birlikte tercih ettiğimiz sınıflandırma ve bu sınıflandırma gereksiniminin gerekçeleri izah edilecektir.

Faillik alanına göre suçları genel suç ve özgü suç olarak sınıflandırdığımızdan dolayı genel suç ve özgü suç grupları ayrı ayrı incelenecektir.

¹⁷ Dönmezer, **a.g.e.**, s.249 vd.; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.479 vd.

¹⁸ Bu düşünceye göre, suç tanımında yer alan fail, mağdur, suçun maddi konusu ve fiilden önce gerçekleşmesi gereken şartlar, suçun yapısal unsurları dışında incelenmektedir (Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.133 vd.).

¹⁹ Michael Bohlander, **Principles of German Criminal Law**, Hart Publishing, Portland, 2009, s.29 vd.

Dolayısıyla yapmış olduğumuz bu sınıflandırma çerçevesinde üçüncü aşamada genel suç kavramının içeriği, tanımı ve sınırları ve dördüncü aşamada özgü suç kavramının içeriği, tanımı ve sınırları belirlenecektir.

Özgü (*mahsus*) suç, genel olarak kabul edilen anlayışa göre farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Özgü suçun varlığına ilişkin sadece birkaç teori bulunmamaktadır²⁰. Özgü suç kavramının belirlenmesi ve içeriğinin tam olarak ortaya konulması için ilk olarak özgü suç kavramının detaylı olarak günümüze kadar nasıl tanımlandığı, ceza hukuku ile ilgilenen bilim insanlarının bu tanımları yaparken nasıl yola çıktıkları ve hangi sonuçlara ulaştıkları araştırılmalıdır. Ceza Hukuku literatüründe özgü suçtan ne anlaşıldığı tespit edilmek isteniyorsa, ilk olarak günümüze kadar yapılagelmiş olan tanımlar belli bir sistematik dahilinde incelenmelidir. Bu sorgulamaların sonuçlarına dayanarak özgü suç kavramının belirlenmesi daha doğru olacaktır²¹.

Özgü suç kavramının içerik olarak nasıl belirleneceğinin açıklığa kavuşturulması gereklidir²². Özgü suçun hukuki neticesi bakımından şüphesiz ki iştirakın büyük bir önemi bulunmaktadır, ancak kavramsal incelemesinin yapılması sürecinde iştirake ilişkin problemlerin ayrı tutulması daha uygun olacaktır. Aynı zamanda bu bölümde yapılan incelemelerle geliştirilen düşüncelerin iştirake ilişkin problemlerin çözümünde de büyük katkısı olacak ve özgü suçun hukuki neticelerinin değerlendirilmesinin temelini oluşturacaktır.

Özgü suç konusunu bütüncül olarak inceleyen *Langer*, eserinde özgü suçun kavramsal incelemesinde öncelikle kavram öncesi bir çalışma yapmıştır ve bunu “*Vorbegriff*” olarak ifade etmiştir²³. Yazar, özgü suçun tanımına giden yolun çok kapsamlı olan, tanımlanan konunun alanını genel hatlarıyla özetleyen ve özellikle herkes tarafından kabul edilen genel suç incelemelerini dışlayan bir “*ön kavram*”

²⁰ Bettina Grunst, “Anmerkung zu BGH, NStZ 1995, 405”, <https://beck-online.beck.de/Home>, (çevrimiçi), 04.12.2018, s.549.

²¹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.207, 208.

²² Langer, *Die Sonderstrafat*, s.206.

²³ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.208.

çalışmasından geçtiğini düşünmektedir²⁴. *Langer*, özgü suçun ön kavramını süje alanında yapılan sınırlandırma dolayısıyla herkes tarafından işlenmesi mümkün olmayan suçlar olarak açıklamıştır²⁵. *Langer*, ön kavram çalışmasında özgü suçun sınırını failin belirli kişisel özelliklere sahip olması ile çizmiştir. Eğer “ön kavram” çalışmasını özetlemek gerekirse özgü suç, suçun bir biçimlendirmesi olarak karakterize etmek gereklidir ve özgü suç, suçun kanuni tanımına göre, genel suçtan farklılaşan ve diğer hukuki neticelerle birlikte cezalandırılmaya liyakat yönünden farklılık içeren, olası suç süjesi alanının farklılaşan ilkelerinden dolayı suçun kendine has bir biçimi olarak tanımlanabilir²⁶.

Türk hukuk literatüründe bir kavramın tanımlanmasından önce “ön kavram” çalışması yapılmasına rastlanmamakla birlikte, Alman doktrininde

²⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.208.

Ön kavram, çalışma alanını sınırlayıcı bir işleve sahip olup, aynı zamanda sonraki kavramların belirlenmesi için çıkılan yolun yönünü de belirlemektedir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.208). Özgü suçun nihai tanımında dikkat çeken husus, ön kavramın içeriğinde neredeyse fikir birliğinin olmasıdır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.209; Krause, **a.g.e.**, s.37).

²⁵ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.210.

Benzer yönde tanımlamalar için bkz: Krause, **a.g.e.**, s.37; Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1991, s.175, kn.90; Martin, **a.g.e.**, s.19; Nagler, **a.g.e.**, s.1. Ön kavram çalışmasında, suç süjesinin sınırlandırılması üzerinde durulduğu anlaşılmaktadır. Suç süjesi olabilecek kişilerin alanının sınırlandırılması, suçun kanuni tanımında kişisel unsurlara yer verilmesi ile mümkün olur. Suç süjesinin sınırlandırılması, eylemin icrasının sadece belirli kişiler tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olması gibi ya da suçun tamamlanması ile ya da bazen sadece suçun unsurlarının koşul olarak aranmasıyla yapılmış olabilir. Örneğin, Alm. CK § 246/2’de öngörülen malın emaneten verilmesi gibi (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.210). Alm. CK madde metinlerinin çevirisi için bkz: Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.370.

Langer’e göre, bir suçun özgü suçun ön kavramı kapsamında kabul edilebilmesi için somut olarak suçun işlenmesinden bağımsız elverişli suç süjesinin alanını sınırlandıran objektif kişisel özellikler olmalıdır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.210). Aksi yönde bir görüşe göre ise, suç olarak özgü suçun suç tipinin elverişli failinin icra ettiği alanı sınırlandıran, olası suçların ilk sınırlaması için tümüyle elverişliliği öngören şekilde tanımlanması, ön kavram için uygun olsa da, bizzat işlenebilen suçlar gibi diğer suçlar ile arasındaki sınır bu şekilde çizilememektedir. Daha genel olarak “suç tipine ilişkin faillik kavramı” altında ve faillik alanının sınırlandırılması için özgü suç tipinde gerekli olan hususlar açık bırakılmaktadır (Krause, **a.g.e.**, s.39).

²⁶ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.287, 288.

Bu tanımlama ile özgü suç, suçun bir görünüm şekli olarak onun ön kavramına uygun bir şekilde karakterize edilmiştir. Eğer özgü suç, suçun bir görünüm şekli ise, o zaman onun karakterize edilmesi, nihai görünüm şeklinin kavram unsurları için yeterlidir. Suçun kanuni tanımında suçun süjesi belirlenmişse, suçun görünüm şeklinin kriterlerini ortaya koymaya ve suç türlerini ayırt edebilmeye ve genel ve özgü suçların görünüm şekillerinin unsurlarını karşılamaya önem verilmelidir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.288). Özgü suçun görünüm şekli olarak karakterize edilmesi, etik olarak yüksek ölçüde gelişmiş hukukun ifadesidir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.291; Marco Deichmann, **Grenzfälle der Sonderstrafat**, Duncker & Humblot & Berlin, 1994, s.4).

rastlamış olduğumuz çalışma şekli, tanımlamanın yapılma sürecini iki aşamaya ayırmakta ve böylelikle tanımın daha sağlam bir temele oturtulmasını sağlamaktadır. Özgü suç kavramına ilişkin “*ön kavram*” çalışmasının neticesinde, çok daha genel, derinlikli olmayan ancak uzlaştırmacı, yüzeysel bir tanıma ulaşılmaktadır. Bu kapsamda, özgü suçun suç süjesinin alanını sınırlandırdığına yönelik ulaşılan neticeye katılmaktayız. Özgü suç kavramının tanımlamasının derinlemesine incelenmesine aşağıda yer verilecektir.

2. Terminolojik İnceleme

Kavramsal incelemenin önemli bir parçasını terminolojik açıdan yapılacak inceleme oluşturmaktadır. Kanun koyucu tarafından kullanan hukuki terim ile doktrinde veyahut içtihatlarda kullanılan hukuki terim aynı olmayabilir. Kavramsal incelemenin esasına geçmeden önce terminolojik incelemenin yapılması, terimlerin yeknesak bir şekilde kullanılmasını sağlayacaktır.

Çalışmanın terimsel birliği sağlanması için öncelikle Türk hukukunda ve Alman hukukunda kanunlarda, içtihatlarda ve bilimsel çalışmalarda kullanılan terimlere, Almanca, İngilizce ve Latince karşılıklarına yer verilecek ve sonrasında tercih etmiş olduğumuz hukuki terim gerekçelendirmek suretiyle açıklanacaktır.

Türk hukukunda suçun kanuni tanımında faile ilişkin özel bir niteliğin arandığı suç tipleri için normatif anlamda “*özgü suç*” terimi tercih edilmiş olmakla birlikte, doktrinde farklı terimlerin de kullanıldığını ifade etmeliyiz. Bu tür suçlar, “*mahsus suç*”, “*hususî suç*”, “*belirli kişiler tarafından işlenebilen suç*” “*muayyen sıfatı haiz kimselerin suçları*” olarak da adlandırılmaktadır²⁷. Yargıtay içtihatlarında da kanunda kullanılan ifadeye sadık kalınarak “*özgü suç*” terimi kullanılmaktadır²⁸.

²⁷ Taner, **a.g.e.**, s.129; Faruk Erem, “**Suçta İştirak**”, s.62-108 (çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/238/2088.pdf>, 08.08.2018, s.78.

²⁸ Bkz: Yargıtay 5.CD., 19.02.2007 tarihli ve 8410/1204 sayılı karar; Yargıtay 5.CD., 28.09.2006 tarihli ve 8626/7401 sayılı karar (Sedat Bakıcı, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.902; Gürsel Yalvaç, **Karşılaştırmalı-Gerekçeli İctihatlı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.332; Mustafa Artuç, Çetin Akkaya, Cemil Gedikli, **2006-2007-2008 İctihatları ile Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.203; Mehmet Reis Koca, **Zimmet-İrtikap-Rüşvet Nüfuz Ticareti ve Görevi**

Alman Ceza Kanunu'nda (*StGB*), önceki kanunlarda da olduğu gibi özgü suçun karşılığı olarak doktrinde kullanılan “*Sonderstrafat*” terimine yer verilmemiştir. Alm. CK § 28'de özgü suçun failinin taşınması gereken özelliği ifade etmek için “*özel kişisel unsur*” (*besondere persönliche Merkmale*) terimi kullanılmaktadır. Alman doktrininde özgü suç kavramının Almanca karşılığı olarak, “*Sonderstrafat*”²⁹ teriminin yanı sıra, “*Sonderverbrechen*”³⁰ ya da “*Sonderdelikt*”³¹ de kullanılmaktadır. Özgü suçun İngilizce karşılığı olarak, “*duty based on specific qualities of the offender*” ifadesi kullanılmaktadır³². Latince karşılığı olarak, “*delicta propria*” ifadesi kullanılmaktadır³³. Roma Hukuku döneminde ise, “*delicta privata, extraordinaria*” ifadeleri kullanılmaktaydı³⁴.

Özgü suç, genel itibariyle fail açısından özel bir niteliğin arandığı suçlara karşılık olarak kullanılan kapsamlı bir terimdir. Çalışmamızda terim birliğinin sağlanması amacı ve daha kapsayıcı olması dolayısıyla normatif olarak da kabul edilen “*özgü suç*” kavramı tercih edilmiştir.

Kötüye Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.402); Yargıtay 5.CD., 15.02.2007 tarih ve 13946/1199 sayılı karar (Yalvaç, **a.g.e.**, s.332); Yargıtay 5.CD., 30.04.2007 tarih ve 178/3040 sayılı karar; Yargıtay 5.CD., 26.12.2007 tarih ve 6636/10010 sayılı karar; Yargıtay 5.CD., 18.09.2006 tarih ve 7748/6953 sayılı karar; Yargıtay 5.CD., 14.11.2005 tarih ve 17401/22061 sayılı karar (Artuç, Akkaya, Gedikli, **a.g.e.**, s.202, 203); Yargıtay 5.CD., 14.11.2005 tarih ve 17308/22060 sayılı karar (İsmail Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-81)**, 1. Cilt, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013, s.600); Yargıtay 5. CD., 26.03.2009 tarih ve 831/3760 K. Sayılı karar (Koca, **a.g.e.**, s.400); Yargıtay 5. CD., 06.10.2008 tarih ve 5539/81113 K. sayılı karar (Koca, **a.g.e.**, s.401); Yargıtay 7.CD., 11.11.2010 tarih ve 3908/15891 K. sayılı karar (Koca, **a.g.e.**, s.404); Yargıtay 5.CD. 08.02.2010 tarih ve 1972/650 K. sayılı karar (Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.554); Yargıtay 5. CD., 11.10.2012 tarih ve 4397/10176 K. sayılı karar (İçel, **a.g.e.**, s.554); Yargıtay 5.CD., 28.02.2013 tarih ve 3588/1487 K. sayılı karar (İçel, **a.g.e.**, s.554); Yargıtay CGK., 27.05.2014 tarih ve 12-120/291 K. sayılı karar (Cengiz Otacı, Murat Öztekin, Fatih Özaydın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.624; Yargıtay 4.CD., 01.01.2012 tarih ve 29481/1100 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.627); Yargıtay 5.CD., 10.11.2014 tarih ve 814/10625 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.629).

²⁹ Bkz: Langer, **Die Sonderstrafat**; Deichmann, **a.g.e.**

³⁰ Bkz: Nagler, **a.g.e.**; Walter Sturm, **Die Entwicklung der Sonderverbrechen in Wissenschaft und Rechtsprechung seit dem 19. Jahrhundert**, Graphische Wekstätten, Gatzert & Hahn, Schramberg (Schwarzwald), 1939.

³¹ Bkz: Krause, **a.g.e.**; Martin, **a.g.e.**

³² Bohlander, **a.g.e.**, s.44.

³³ Bohlander, **a.g.e.**, s.44; Nagler, **a.g.e.**, s.18; Edmund Mezger, **Strafrecht AT**, 10. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih ve Berlin, 1963, s.94; Hermann Blei, **Strafrecht I AT**, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1977, s.94; Philipp Allfeld, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 9. Auflage, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1934, s.100.

³⁴ Krause, **a.g.e.**, s.31.

3. Faillik Alanına Göre Suçların Sınıflandırılması ve Bu Sınıflandırma Gereksiniminin Gerekçeleri

Türk doktrininde fail esas alınarak suçlar farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır. Bir görüşe göre, “herkes tarafından işlenebilen suçlar”, “belirli sığata sahip kişiler tarafından işlenebilen suçlar” olarak ayrılmaktadır³⁵. Bir başka görüşe göre, “genel suçlar”, “özgü suçlar” ve “bizzat işlenebilen suçlar” şeklinde ayrılmaktadır³⁶. Bir diğerk görüşe göre, “genel suçlar”, “özgü suçlar” olarak ayrılmaktadır³⁷. Bir başka görüşe göre, belirli kişilerin suç faili olabileceğı suçlar, “özgü suçlar”, “yükümlölük suçları”, ve “bizzat işlenebilen suçlar”dır³⁸. Bir başka görüşe göre, “genel suçlar”, “bizzat işlenebilen suçlar”, “yükümlölük suçları”, “amaç suçlar”dır³⁹. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, “fail açısından yapılan

³⁵ Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.231.

³⁶ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.114-116; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.290; Akbulut, **a.g.e.**, s.362 vd.; Birtok, **a.g.e.**, s.166.

³⁷ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.489; Ercan, **a.g.e.**, s.71; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.517; Dönmezer, **a.g.e.**, s.254; Taner, **a.g.e.**, s.129.

Taner’e göre, genel suç ve özgü suç ayrımı, suçun düzenlendiğı kanunun genel veya özel bir ceza kanunu olup olmasına göre tespit edilebilir. Şöyle ki; suç genel ceza kanununda yer alıyor ise genel; özel bir ceza kanununda yer alıyor ise özgü suçtur. Örnek olarak ise, Askeri Ceza Kanunu, Basın Kanunu gösterilmiştir. Ancak yazar bu ayrımın mutlak bir şekilde uygun sonuca ulaştırmayacağını, böyle durumlarda ise suçun herkes tarafından işlenebilir olup olmasına göre belirleme yapılması gerektiğini belirtmektedir (Taner, **a.g.e.**, s.129). Yazar, genel suç-özgü suç ayrımından daha da geniş olarak ceza kanununun genel ya da özel olmasına varan bir sınıflandırma ve bu sınıflandırmanın sonuçlarına yer vermiştir. Oysaki esas nokta suçun kanuni tanımında öngörülen fiili işleyebilecek fail alanının sınırlandırılmasıdır. Daha geniş anlamda bir yorum, genel suç-özgü suç ayrımının genel ceza kanunu-özel ceza kanunu şeklinde bir ayrım ile özdeşleştirilmesine sebep olur ki, bu durum da hatalı sonuçlara varılmasına yol açar.

³⁸ Mustafa Ruhan Erdem, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortağı”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı:5, 2005, s.204-215, s.206.

³⁹ Muhammed Demirel, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi No:10, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.113.

Demirel, genel suçların dışında kalan suçlar kapsamına yükümlölük suçları ile bizzat işlenebilen suçların bulunduğu hususunda Alman doktrininde fikir birliği bulunduğunu ifade ederek bu suçları genel suçlar dışındaki kategoride değerlendirmiştir (Demirel, **a.g.e.**, s.113). Yazarın bu kabulüne rağmen, aşağıda yer verilecek olan Alman doktrindeki sınıflandırma incelendiğinde, genel suçların dışında yükümlölük suçları ve bizzat işlenebilen suçların bulunduğu hususunda fikir birliğinin olmadığı, konunun doktrinde halen tartışmalı olduğu görülecektir.

Bu ayrıma ilişkin olarak yazara göre, Türk doktrininde “hakimiyet suçları-özel suç türleri” şeklinde bir ayrım yapılmamış, “genel suçlar-özgü suçlar” ayrımı yapılmış, fail için özel nitelik aranan suç tipleri haricindeki bizzat işlenebilen suçlar ile amaç suçları da kapsamına alan tüm suçlar genel suçlar

sınıflandırmaya göre” ifadesi kullanılarak karara konu suçun türünün özgü suç olduğu tespit edilmiştir⁴⁰.

Alman doktrinde de faillik alanına göre suçlar farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır. Bir görüşe göre, “genel suçlar-özgü suçlar” olarak ayrılmakta ve “bizzat işlenebilen suçlar” da ayrı bir başlık altında incelenmektedir⁴¹. Bir diğer görüşe göre suç türleri, “genel suçlar-özgü suçlar-bizzat işlenebilen suçlar” olarak üçe ayrılmaktadır⁴². Bir diğer kabule göre, suçun görünüm şekilleri “özgü suç” ve “genel suç”tur⁴³.

olarak kabul edilmiştir (Demirel, **a.g.e.**, s.113). Türk doktrinde genel suçlar ve özgü suçlar şeklinde ayrımın yapıldığını kabul etmekle birlikte, bizzat işlenebilen suçlar ile amaç suçların genel suçlar kapsamına dahil edildiği şeklindeki görüşe katılmıyoruz. Bizzat işlenebilen suçlar ve amaç suçlar ile özgü suçlar arasındaki sınırlar ve ayrımlar, benzer kavramlar ile ilişki boyutunda değerlendirilecek olmakla birlikte, bu konuda yazarın ifade ettiği biçimiyle Türk doktrinde görüş birliği bulunmamakta olduğundan bu tespite katılmamaktayız.

⁴⁰ Yargıtay 4.CD., 2011/1216 E., 2011/8440 K. (https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp, Çevrimiçi, 19.09.2018). Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 4.CD., 2011/8670 E., 2011/7070 K. sayılı karar (https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp, Çevrimiçi, 19.09.2018); Yargıtay 4.CD., 2011/8668 E., 2011/7069 K. sayılı karar (https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp, Çevrimiçi, 19.09.2018).

⁴¹ Klaus Hoffmann-Holland, **Strafrecht AT**, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, s.18, 19.

⁴² Zieschang, **a.g.e.**, s.24, 25; Tofahrn, **SAT-I**, s.20, 21; Bernd Heinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Kohlhammer GmbH, Stuttgart, 2016, s.61, 62; Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, **Strafrecht AT**, 11. neubearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, s.116-118, kn.31-39; Dirk Schweinberger, **Strafrecht AT I**, 4. Auflage, Jura Intensiv Verlags, Frankfurt, 2016, s.8; Jescheck, **a.g.e.**, s.266; Urs Kindhäuser, **Strafrecht AT**, 7. Auflage, Nomoslehrbuch, Baden-Baden, 2015, s.69-71.

Heinrich suç türleri ayrımında bu sınıflandırmayı benimsemek ile birlikte faillik ve şerikliğin sınırlandırılmasına ilişkin ayrımında “Özgü suç-bizzat işlenebilen suç-amaç suç-genel suç” ayrımını kabul etmiştir (Heinrich, **a.g.e.**, s.511, 512).

⁴³ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.287; Deichmann, **a.g.e.**, s.4, 5; Claus Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006, s.339, kn.129; Dennis Bock, **Strafrecht AT**, Springer-Verlag, Berlin, 2018, s.38; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.57; Martin, **a.g.e.**, s.19; Sturm, **a.g.e.**, s.23.

Langer’e göre, genel ve özgü suçlar, bir çift görünüm şekli olarak tüm görünüm şekilleri içerisinde en az gerekli olan ayrım olduğu için en son fark edilmektedir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.291; Deichmann, **a.g.e.**, s.4). Genel ve özgü suçlar, görünüm şeklinin kavramsal unsurlarını karşılamalıdır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.291).

Roxin, suç türlerini genel suçlar ve özgü suçlar olarak sınıflandırmak ile birlikte iştirak kısmındaki incelemesinde, hakimiyet suçları, yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlar olarak sınıflandırmıştır (Claus Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2003, s.10, kn.15).

Türk doktrinde ve Alman doktrinde yapılan bu sınıflandırmaları daha iyi anlamlandırabilmek için bu sınıflandırma gereksiniminin nedenleri üzerinde durmak gereklidir. Suçlar sınıflandırılırken ya da suç grupları oluşturulurken bu oluşumun gerekli olup olmadığı sorusu sorulmalıdır. Bu konuda Türk doktrinde herhangi bir görüşe rastlanmamak ile birlikte Alman doktrinde bir görüşe göre, süjenin niteliklerine ilişkin sınıflandırma, özgü suç ve genel suç arasındaki haksızlık, haksızlığa dayanan suç tipi ve cezalandırılabilirlik alanlarında farklılıkları temellendirmektedir⁴⁴. Bu sınıflandırma yapılırken özgü suç ve genel suç arasındaki ayrımın tüm sistematik etkileri⁴⁵ ve olası faillik alanı göz önüne alınmalıdır⁴⁶.

Düşüncemize göre, suçların faillik alanı yönünden sınıflandırılması, suçun süjesinin kapsamının ve suçu işleyebilecek kişilerin alanının belirlenmesi ve bu kapsamın da içeriğinde kendine özgü özelliklerin olması dolayısıyla gereklidir. Bu sebeplerin yanı sıra faillik alanına göre belirlenen suç gruplarının hukuki neticelerinin tezahür ettiği iştirak konusunda suça iştirak eden kimselerin ceza sorumlulukları açısından ortaya çıkan farklılıkların belirlenmesi için de gereklidir. Bu bağlamda, bu sınıflandırmanın faillik alanına göre suçların sınıflandırılması şeklinde yapılması gereklidir. Bu ayrım, içeriksel olarak failin herkes olabilmesi özelliği daraltılarak belirli hususlarda faillik alanının özelleştirilmiş olup olmadığı temel kriter olarak belirlenmelidir. Düşüncemize göre, faillik alanına göre suçlar ise, genel suçlar ve özgü suçlar olarak gruplandırılmalıdır. Kavramsal içerik incelemesinde ve benzer kavramlar ile ilişkisinde daha detaylı incelenecek olup, bu aşamada özgü suçun genel suçun dışındaki alanı kapsadığını ifade etmekle yetiniyoruz.

Burada üzerinde durulması gereken ve doktrinde göz ardı edilen bir mesele de, suç grupları ile suçun görünüm şekillerinin birbirinden farklı olmasıdır. Düşüncemize göre, görünüm şekli ile suç grubu kavramlarını ayırt etmek gereklidir. Faillik alanına göre suç gruplarını genel suç ve özgü suç olarak ayırmak ile birlikte

⁴⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.291.

⁴⁵ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.206.

⁴⁶ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.18, kn.56; Martin, **a.g.e.**, s.19.

görünüm şekilleri üzerinde de durmak gereklidir. Görünüm şekilleri, suçun türünü değiştirmeyen, genel, bağımsız, doğrudan, maddi ve hukuki neticeleri göz önüne alarak suçun farklılaştırılmasıdır. Buna karşılık suç grupları ise, kendisi bağımsız olmayan, görünüm şeklinin unsuruna bağlı olan haksızlığın biçimleri olarak anlaşılmalıdır⁴⁷. Düşüncemize göre, görünüm şekilleri suç grubu içindeki farklılaştırmalardır. İlgili suç grubuna ilişkin ortak özellikleri ve aynı hukuki neticeleri barındırır. Özgü suç, içeriği itibariyle farklı şekillerde tezahür edebilir, içeriğinde farklı görünüm şekilleri ortaya çıkabilir. Bizzat işlenebilen suç, amaç suç, yükümlülük suçu gibi doktrinde farklı isimlerle adlandırılan suçlar, suç grupları olarak kabul edilseler dahi genel ve özgü suçun dışında ayrı bir grup olarak değil, özgü suçun içerisinde görünüm şekilleri olarak değerlendirilmelidir. Bu sınıflandırmaları yaparken yani bu suç gruplarını kabul ederken gereksinimin olup olmadığı ve hukuki neticelerinin neler olduğu soruları yöneltilmelidir. Suçun görünüm şekillerinin hukuki neticeleri, o suç grubuna dahil olan tüm alt ayrımlar için aynı şekilde geçerli olmalıdır. Özgü suçun hukuki neticelerinin tüm görünüm şekilleri için aynı şekilde uygulanmasını kabul ettiğimizden dolayı bu suçları özgü suçtan ayrı olarak değil, özelliklerine göre özgü suçun içerisinde farklı görünüm şekilleri olarak kabul etmenin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Konumuzla ilgili olması bakımından özgü suç ve genel suç, suç gruplarına; yükümlülük suçları ise özgü suçun görünüm şekline örnek teşkil etmektedir.

4. Genel Suç Kavramı

a. Tanımların İncelenmesi

Özgü suçun kavramsal içeriğinin belirlenmesinde şüphesiz “*genel suçlar*” olarak ifade ettiğimiz kategorinin önemi büyüktür. Çünkü daha evvel de ifade ettiğimiz gibi özgü suçun kapsamı, genel suç grubunun dışarısında kalan alanı içermektedir.

⁴⁷ Deichmann, **a.g.e.**, s.7.

Suç gruplarına örnek olarak, sırf hareket suçu, netice suçu ve tehlike suçları gösterilmektedir (Deichmann, **a.g.e.**, s.7).

Suçun kanuni tanımında faile ilişkin olarak genellikle “*her kim*”, “*bir kimse*”, “*... kişi*”, “*... kimse*” ifadesi kullanılmaktadır. Suçun kanuni düzenleniş tarzından failin herhangi bir kişi olabileceğinin tespit edildiği bu suçlara, “*herkes tarafından işlenebilen suçlar*” da denilmektedir⁴⁸. Herkes tarafından işlenen bu suçlar, “*genel suçlar (allgemeindelikte, gemeine Verbrechen)*” olarak adlandırılmaktadır⁴⁹. Latince karşılığı, “*delicta communia*”dır⁵⁰. Roma Hukuku döneminde, “*delicta publica*” ifadesi kullanılmaktaydı⁵¹.

Hareket yeteneğini haiz her gerçek kişi, bu tür suçların faili olabilir⁵². Bu suçlarda failin niteliğine, sıfatına önem atfedilmemiştir⁵³. Yükümlülük suçunu dışlayarak genel suç kapsamını belirleyen bir görüşe göre, faillik alanı sadece “*her kim*” ile sınırlandırılmışsa ve genel olarak geçerli hukuki yükümlülükler içermekteyse, *Roxin*’in anlayışına göre bir yükümlülük suçu olmadığı anlamına gelmektedir⁵⁴.

Ceza kanunlarında suçların büyük bir çoğunluğu faili herhangi bir kimse olabilen genel suçlardır. Kanun koyucu, suç tiplerinde ağırlıklı olarak genel suçları

⁴⁸ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.18, kn.56; Zieschang, **a.g.e.**, s.24, kn.34; Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.172; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.36; Jescheck, **a.g.e.**, s.266; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.57; Martin, **a.g.e.**, s.19; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.168; Toroslu, **a.g.e.**, s.108; Özen, **a.g.e.**, s.231; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.291; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.205; Kayıhan İçel, A. Hakan Evik, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.81; İçel, **a.g.e.**, s.303; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.517; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, **Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.181; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, **Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m.81-83, 86-88, 91-93)**, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.178; Akbulut, **a.g.e.**, s.362; Birtok, **a.g.e.**, s.167.

⁴⁹ Zieschang, **a.g.e.**, s.24, kn.34; Tofahrn, **SAT-I**, s.20, kn.41; Bohlander, **a.g.e.**, s.35; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.116, kn.31; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.339, kn.129; Bock, **a.g.e.**, s.38; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.104; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.36; Jescheck, **a.g.e.**, s.266; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.57; Martin, **a.g.e.**, s.19; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15; Adem Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015, s.11; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Demirbaş, **a.g.e.**, s.489; Ercan, **a.g.e.**, s.71; Akbulut, **a.g.e.**, s.362.

⁵⁰ Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.19; Sturm, **a.g.e.**, s.4.

⁵¹ Krause, **a.g.e.**, s.31.

⁵² Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Ercan, **a.g.e.**, s.71.

⁵³ Demirbaş, **a.g.e.**, s.489; Ercan, **a.g.e.**, s.71.

⁵⁴ Fritz Heidland, **Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 50 Abs.2 StGB**, Berlin, 1971, s.35.

normlaştırmaktadır⁵⁵. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda⁵⁶ yer alan suç tiplerinin büyük bir kısmı herhangi bir kişi tarafından işlenebilmektedir. Örneğin; “*kasten öldürme*”, “*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*”, “*hırsızlık*”, “*cinsel saldırı*”, “*özel hayatın gizliliğini ihlal*”, “*suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme*”⁵⁷ suçu gibi. Alm. CK'da düzenlenen suç tiplerinin de büyük bir kısmı herkes tarafından işlenebilmektedir⁵⁸. Örneğin “*kasten öldürme*”, “*kasten yaralama*”, “*hırsızlık*”, “*konut dokunulmazlığının ihlali*”, “*mala zarar verme*”, “*belgede sahtecilik*” suçları herkes tarafından işlenebildiğinden genel suçlardır⁵⁹.

b. Değerlendirme ve Tanım

Faillik alanına göre suçların sınıflandırılması bakımından genel suç-özü suç ayrımında, suçun kanuni tanımında yer alan ifade yol gösterici olsa dahi tek başına belirleyici olmamalıdır. “*Her kim*”, “*bir kimse*”, “*... kişi*”, “*... kimse*” ifadelerinin yer aldığı tüm suçlar başkaca bir inceleme yapılmaksızın herkes tarafından işlenebilen suç olarak kabul edilmemelidir⁶⁰. Bu ifadelerin kullanılması, bu suçların her durum ve koşulda genel suç olduğunu göstermemektedir. Örneğin, TCK m.322'de yer alan “*savaş zamanında yükümlülükler*” suçunun kanuni

⁵⁵ Bock, **a.g.e.**, s.38.

⁵⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak girmiştir.

⁵⁷ Erkan Sarıtaş, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221)**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi No:13, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.195.

⁵⁸ Alman Ceza Kanunu, 15.05.1871 tarihli olup 13.11.1998 tarihinde Resmi Gazete'de yeniden ilan edilmiştir.

⁵⁹ Tofahrn, **SAT-I**, s.21, kn.41; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.339, kn.129; Bock, **a.g.e.**, s.38; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.35; Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.18; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.13.

⁶⁰ Aynı yönde görüş için bkz: Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.108; Zafer, **a.g.e.**, s.136; Hazal Algan, **Türk Ceza Kanunu'nda Organ ve Doku Ticareti Suçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.89.

765 sayılı TCK'da failin genellikle “*her kim*”, “*kimse*” olarak, 5237 sayılı TCK'da ise “*kişi*” olarak ifade edildiğine ilişkin tespit için bkz: Zafer, **a.g.e.**, s.134.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, 5846 sayılı Kanunu m.81/4'de yer alan hükmünde yer alan “*bandrol yükümlülüğüne aykırı*” ya da “*bandrolsüz*” ifadelerinin farklı fail gruplarına işaret ettiğini gösteren bir düzenlemenin bulunmadığı ve bu eylemleri işleyenlere yönelik “*kişi*” ifadesine yer verilmesi nedeni ile failde herhangi bir özelliğin aranmadığı, bu sebeplerle suçun herkes tarafından işlenebilecek genel suç olduğu içtihat edilmiştir (Yargıtay CGK., 09.10.2018 tarih ve 2017/155 E., 2018/411 K. sayılı karar; Yargıtay CGK., 16.01.2018 tarih ve 2017/153 E., 2018/1 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 10.04.2019). Görüldüğü gibi Yargıtay tarafından verilen bu kararda da hatalı olarak madde metninde “*kişi*” ifadesinin yer alması sebep gösterilerek suçun özgül suç olmadığına kanaat getirilmiştir.

tanımında “kimseye” ifadesi kullanılmış olmasına rağmen, bir bütün olarak suçun incelenmesinden suçun failinin yalnızca hükümde belirtilen türde bir sözleşme yapmış olan kimseler olduğu yani suç grubu olarak “özgü suç”a karşılık geldiği anlaşılmaktadır⁶¹. Bir başka örnek olarak ise, TCK m.138’de yer alan “verileri yok etmeme” suçunun faili olabilmesi için verileri yok etme yükümlülüğünü haiz olması gerektiği gösterilebilir⁶². TCK m.91’de yer alan “organ veya doku ticareti” suçunun yaşayan kişiden organ veya doku alınmasını düzenleyen birinci fıkrasında da “kimse” ifadesinden suçun herkes tarafından işlenebileceği anlaşılabile de, tıbbi yeterliliğe sahip olan kişi tarafından işlenebileceğinden özgü suç olarak kabul edilmelidir⁶³. Örneğin, bir yükümlülük suçu olan Alm. CK § 266’da yer alan güveni kötüye kullanma suçunda, esasen “kim” ifadesine rağmen, malvarlığını koruma yükümlülüğü altında olan kişiler tarafından işlenebileceğinden bu kapsamda değerlendirilmektedir⁶⁴.

Yukarıda yer verdiğimiz tanımlarda failin herhangi bir kişi olabildiği ve herkes tarafından işlenebilen suçların genel suç olduğuna yönelik fikir birliği bulunmaktadır. Bu tanımlara katılmak ile birlikte özgü suç ile sınırını daha belirgin bir şekilde çizebilmek amacıyla daha derin bir tanıma ihtiyaç olduğu düşüncesindeyiz. Bu sebeple genel suçu, suçun kanuni tanımında belirtilen failin sadece lafzi anlam itibarıyla değil, içerik olarak da herhangi bir kişi olabildiği, faile ilişkin özellik ya da yükümlülük ile faillik alanının sınırlanmadığı, daha genel bir ifade ile faillik alanının hiçbir yöntem ile sınırlanmadığı suçlar olarak kabul etmekteyiz.

⁶¹ Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.108; Zafer, **a.g.e.**, s.136; Eylem Baş Bayraktaroğlu, “Fail ve Mağdur”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s.84.

⁶² Zafer, **a.g.e.**, s.136.

⁶³ Koca/Üzülmüş’e göre, 2238 sayılı Kanunu’nun 7. ve 10. maddelerine göre, organ veya doku alınması uzman hekimler tarafından gerçekleştirilmelidir. Sağlık mesleği mensubu olmayanların ya da sağlık mesleği mensubu olup da konunun uzmanı olmayan sağlık mesleği mensuplarının organ veya doku alması yasaktır. Bu suçun faili ancak uzman hekimler olabilir (Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.234).

Algan’a göre, bu suçun tıbbi yeterliliği olan kişiler tarafından işlenebilmesi mümkün olmakla birlikte fail yönünden bir özgü suç niteliği taşımadığı, ancak failin özelliği bakımından zorunlu bir fail ayrımının yapıldığı kabul edilmelidir (Algan, **a.g.e.**, s.89).

⁶⁴ Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.107, kn.271; Claus Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 8. Auflage, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin, 2006, s.353; Chen, **a.g.e.**, s.46.

5. Özgü Suç Kavramı

a. Tanımların İncelenmesi

(1) Fail Esas Alınarak Yapılan Tanımlama

Kanun koyucu, suçun kanuni tanımında yer alan suç süjesinin “kim” olduğunu somutlaştırır⁶⁵. Suçun tipinde fail için belirli özelliklerin, niteliklerin arandığı suçlar, yalnızca bu özelliğe sahip olan kişiler tarafından işlenebilir. Bu kısımda özgü suçun fail esas alınarak tanımlandığı görüşler, Türk doktrinde ve Alman doktrindeki örnekleri ile ayrı ayrı incelenmektedir.

Türk doktrinde ağırlık olarak fail kavramına bağlı tanımlama yapılmaktadır. 5237 sayılı TCK m.40/2’de yer alan “*özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir*” tanımlaması da normatif anlamda fail kavramına bağlı tanımlamanın kabul edildiğini göstermektedir. Genel kabul gören anlayışa göre, özgü suç, suçun kanuni tanımında fail için özel, belirli ve objektif niteliklerin arandığı suçlar olarak ifade edilmektedir⁶⁶. Bir başka kabule göre özgü suç, suçun

⁶⁵ Suç süjesinin somutlaştırılmasına örnek olarak Alm CK’nın 183.paragrafında yer alan suçta failin „erkek“ olması, 153.paragrafında yer alan suçta „tanık“ olması, 331.paragrafta yer alan suçta „kamu görevlisi“ olması örnek olarak gösterilmiştir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.210; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.32; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.35; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15).

⁶⁶ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1168; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.504; Önder, **a.g.e.**, s.168; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.172, 386; Demirbaş, **a.g.e.**, s.489; Özen, **a.g.e.**, s.231, s.556; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.291, 673; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.206; Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, Cilt:1, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.692; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.572; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.583; Bakıcı, **a.g.e.**, s.901; Yıldız, **a.g.e.**, s.124; Demirel, **a.g.e.**, s.120; İçel, **a.g.e.**, s.303; Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.129; Ercan, **a.g.e.**, s.72; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83)**, s.182; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m.81-83, 86-88, 91-93)**, s.179; Akbulut, **a.g.e.**, s.363; Devrim Aydın, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.270; Birttek, **a.g.e.**, s.167; Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:14, Yıl:2010, Sayı:1, s.167-214, s.183; Nazmiye Özenbaş, “Yetkili Kamu Görevlisince İşlenen Resmi Belgede Sahtecilik Suçu”, **Electronic Journal of Vocational Colleges**, Cilt:05, Sayı:03, Yıl:2015, s.387-405, s.395; Seydi Kaymaz, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

oluşması için failin belli bir hukuki veya fiili durumda olmasının, belli özellikleri haiz olmasının arandığı suçlardır⁶⁷. Benzer yönde başka bir tanıma göre, failin özel bir sığata veya duruma sahip olmasının gerektiğı suçlardır⁶⁸. Bir diğerk tanıma göre, ancak belirli meslek sahipleri tarafından mesleki görevleriyle bağlantılı olarak işlebilen suçlardır⁶⁹. Bir diğerk tanıma göre, belli kişiler tarafından işlenebilen suçlardır⁷⁰. Bir başka tanıma göre, faillik alanının kanun koyucu tarafından belirli bir kişilik alanı ile sınırlandırdığı, tipiklik kapsamında korunan hukuki değerk ancak sınırlandırılmış alanda yer alan fail tarafından ihlal edilebildiğı suçlardır⁷¹. Daha geniş kapsamlı bir başka tanıma göre, suçun kanuni tanımında belirlenen nitelikleri haiz kişilerin (*intraneus*) fail olabileceğı suçlardır⁷². Örneğın, görevi kötüye kullanma, rüşvet, işkence, irtikap, zimmet, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu suçlarının failinin kamu görevlisi olabilmesi⁷³ yahut çocuk düşürme suçunun failinin

Dergisi, Cilt:16, Sayı:2, Yıl:2012, s.117-167, s.121; Canberk Onarok, “**Türk Ceza Hukuku’nda Faillik**”, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s.64.

⁶⁷ Soyaslan, **a.g.e.**, s.223, 494; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.107; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.146; Koca, **a.g.e.**, s.398.

Özelliklere yönelik olarak “*hukuki veya maddi*” ifadesi için bkz: Zafer, **a.g.e.**, s.136, 403; Bilgehan Savaşçı Temiz, “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:65, Sayı:4, 2016, s.2487-2512.

“*Doğal veya hukuki*” ayrımı için bkz: Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.146; Taskın, **a.g.e.**, s.138. “*Tabii veya hukuki*” ayrımı için bkz: Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.518.

⁶⁸ Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.128; Ersan Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s.161; Bakıcı, **a.g.e.**, s.901; Malkoç, **a.g.e.**, s.597; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.517, 518.

⁶⁹ Taner, **a.g.e.**, s.129.

⁷⁰ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 218; Kayıhan İçel, “Görünüşte İctima İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:7, Sayı:14, 2008, s.35-49, s.41; Mustafa Özen, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, **TBB Dergisi**, Sayı:70, 2007, s.239-253, s.249.

⁷¹ Demirel, **a.g.e.**, s.121.

⁷² Adem Sözüer, “Die Reform des türkischen Strafrechts”, **ZStW**, Sayı:3, 119 (2007), s.91-123, s.110; Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s.11; İzzet Özgenç, **Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, 1996, s.165.

⁷³ Peter Kasiske, **Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil**, 2.Auflage, Verlag W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, 2016, s.78, kn.208; Bohlander, **a.g.e.**, s.35; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.31; Bock, **a.g.e.**, s.39; Heidland, **a.g.e.**, s.52; Jakobs, **a.g.e.**, s.175, kn.90; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.57; Martin, **a.g.e.**, s.19; Nagler, **a.g.e.**, s.27; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15; Sturm, **a.g.e.**, s.7; Mezger, **a.g.e.**, s.94; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1168; Soyaslan, **a.g.e.**, s.223, s.488; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.107, 108; Zafer, **a.g.e.**, s.136, 403; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.206; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.673; Dönmezer, **a.g.e.**, s.254; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5237 Sayılı TCK’da Suça Teşebbüs İştirak – İctima ve Yaptırımlar**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.118; Özbek, **a.g.e.**, s.692, 693; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.572, 146; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 218; Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s.161; Bakıcı, **a.g.e.**, s.901; Yıldız, **a.g.e.**, s.124;

ancak kadın olabilmesi⁷⁴ ya da düşmandan ünvan ve benzeri payeler kabulü; uluslararası casusluk suçlarının failinin ancak vatandaş olabilmesi⁷⁵ veyahut sırf askeri suçlarda failin asker kişi olabilmesi gibi⁷⁶.

Fiilin özel niteliği haiz olmayan kişi tarafından işlenmesi halinde fiil ya o suçu oluşturmaz⁷⁷, ya o suçun başka bir şeklini oluşturur, ya da tamamen farklı bir suçu oluşturur⁷⁸ veyahut da koşulları var ise, kişi özgü suça iştirak eden olarak sorumlu olur⁷⁹. Kanunun madde gerekçesinde özgü suça ilişkin olarak hükümde yer alan ifadeye yer verilmiş ve devamında zimmet suçunun failinin ancak kamu görevlisi olabileceği ifade edilmek suretiyle suç tiplerinden birisi özgü suça örnek

Malkoç, **a.g.e.**, s.597, 598; Demirel, **a.g.e.**, s.125, 126; Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s.11; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; İçel, **a.g.e.**, s.553; Ercan, **a.g.e.**, s.72; Gökcen, Balcı, **Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83)**, s.182; Fatih Selami Mahmutoglu, Serra Karadeniz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.897, 953; Birtek, **a.g.e.**, s.167; Polat Tunçer, **Ceza Hukukuna Giriş (Genel Hükümler)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.114; Kayıhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s.90; Eyüp Yeşil, “Kasten Öldürme Suçlarında Bağlılık Kuralı”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt:3, Sayı:2, 2015, s.95-102, s.97; Kaymaz, **a.g.m.**, s.123; Selahattin Kolcu, “**TCK’da Suçu Bildirmeme Suçu**”, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014. s.127; Zekeriya Alper İnanç, “**Türk Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu**”, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2010, s.43;

Bu kapsamda örneğin, TCK’nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” başlıklı Birinci Bölümünde yer alan suçların büyük bir kısmında yalnızca kamu görevlisi olan kişiler fail olabilir (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.206; Demirel, **a.g.e.**, s.125, 126; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; İçel, **a.g.e.**, s.553).

Zimmet, irtikap, rüşvet, nüfuz ticareti ve görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz: Mehmet Reis Koca, **Zimmet-İrtikap-Rüşvet Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

⁷⁴ Özbek, **a.g.e.**, s.693; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.140, 141; Bakıcı, **a.g.e.**, s.901; Onarok, **a.g.e.**, s.34.

⁷⁵ Bakıcı, **a.g.e.**, s.901.

⁷⁶ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.519; Nagler, **a.g.e.**, s.27.

⁷⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 218; Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s.161; Bakıcı, **a.g.e.**, s.901; Yıldız, **a.g.e.**, s.124; İçel, **a.g.e.**, s.553; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.518; Kaymaz, **a.g.m.**, s.156; Kolcu, **a.g.e.**, s.127.

⁷⁸ İçel, **a.g.e.**, s.553; Aydın, **a.g.e.**, s.275.

⁷⁹ Vesile Sonay Evik, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.329.

verilmiştir. Yargıtay’ın suçun özgü suç olduğunu tespit ederken faili esas alan kriteri uyguladığına ilişkin yerleşmiş içtihadının olduğunu ifade etmeliyiz⁸⁰.

Alman doktrinde özgü suça ilişkin faili esas alan tanımlar büyük ölçüde birbiri ile uyumaktadır⁸¹. Şöyle ki; “*faillik alanının kanun ile sınırlandırıldığı suçlar*”, “*sadece belli kişilerin fail olarak işleyebileceği suçlar*”, ya da “*faillik imkanının belirli bir alan ile sınırlandırıldığı suçlar*” olarak tanımlanmaktadır⁸². Bu ortak ifadelerin yanı sıra benzer başka tanımlamalara da rastlamaktayız. Bir görüşe göre, suçun sadece belirli türde, belirli faillik alanı içerisinde olan kişiler tarafından işlenebileceğinin öngörüldüğü suçlardır⁸³. Bir başka kabule göre, kanunda failin kişisel niteliğinin öngörüldüğü ve bu niteliğin hukuka tabi olan herkes tarafından karşılanmadığı suçlardır⁸⁴. Bir başka tanıma göre, sadece belirli kişi gruplarının fail olabileceği, failin suçun kanuni tanımında yer alan özel süje niteliğini haiz olmasının

⁸⁰ Örneğin, Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından verilen 19.02.2007 tarih ve 8410/1204 sayılı karara göre; “5237 sayılı TCK’nun 40/2 maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen rüşvet alma suçuna iştirak eden diğer sanık Ömer’in eylemden azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğinin gözetilmemesi,” (Bakıcı, **a.g.e.**, s.902; Malkoç, **a.g.e.**, s.600; Yalvaç, **a.g.e.**, s.332). Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 5.CD., 28.09.2006 tarihli ve 8626/7401 sayılı karar (Bakıcı, **a.g.e.**, s.902; Yalvaç, **a.g.e.**, s.332); Yargıtay 5.CD., 15.02.2007 tarih ve 13946/1199 sayılı karar (Yalvaç, **a.g.e.**, s.332); Yargıtay 5.CD., 30.04.2007 tarih ve 178/3040 sayılı karar; Yargıtay 5.CD., 26.12.2007 tarih ve 6636/10010 sayılı karar; Yargıtay 5.CD., 18.09.2006 tarih ve 7748/6953 sayılı karar; Yargıtay 5.CD., 14.11.2005 tarih ve 17401/22061 sayılı karar (Artuç, Akkaya, Gedikli, **a.g.e.**, s.202, 203); Yargıtay 5.CD., 14.11.2005 tarih ve 17308/22060 sayılı karar (Malkoç, **a.g.e.**, s.600); Yargıtay 5.CD., 08.02.2010 tarih ve 1972/650 K. sayılı karar (İçel, **a.g.e.**, s.554); Yargıtay 5. CD., 11.10.2012 tarih ve 4397/10176 K. sayılı karar (İçel, **a.g.e.**, s.554); Yargıtay 5.CD., 28.02.2013 tarih ve 3588/1487 K. sayılı karar (İçel, **a.g.e.**, s.554); Yargıtay 5.CD., 10.11.2014 tarih ve 814/10625 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.629); Yargıtay 5.CD., 03.11.2014 tarih ve 4760/10349 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.629, 630); Yargıtay 5.CD., 26.05.2014 tarih ve 2090/5781 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.630).

⁸¹ Heinz Auerbach, **Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG**, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1978, s.62; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.216.

⁸² Auerbach, **a.g.e.**, s.62; Deichmann, **a.g.e.**, s.8; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.216.

Langer’e göre, aynı kavramsal içerikteki bu harici ortak özelliklerden sonuç çıkarmak isabetli değildir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.216).

⁸³ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.18, kn.56; Bohlander, **a.g.e.**, s.35; Kristian Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, 28. Auflage, 2014, kn.33; Rudolf Rengier in: **Karlsruher Kommentar zum OWIG**, 5. Auflage, 2018, kn.18; Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.9; Krause, **a.g.e.**, s.42; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.57; Chen, **a.g.e.**, s.29; Martin, **a.g.e.**, s.19; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129; Bock, **a.g.e.**, s.39; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.104; Jakobs, **a.g.e.**, s.175, kn.90; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15; Mezger, **a.g.e.**, s.94.

⁸⁴ Nagler, **a.g.e.**, s.1.

öngörüldüğü suçlardır⁸⁵. Bir başka tanıma göre, faillik alanının sınırlandırıldığı ve kanunda ayrıntılarıyla açıklandığı suçlardır ve bu suçlarda sadece kanunda öngörülen koşulları haiz olan kişi fail olabilir⁸⁶. Bir başka görüşe göre, özgü suç kavramı şekli anlayışa göre, suç tipinde elverişli fail alanının sınırlandırıldığı ve somut fiilin icrasından bağımsız olarak belirlendiği suçlardır⁸⁷. Bugün Alman doktrinde özgü suçun tanımının asgari içeriği hakkında bir fikir birliği bulunmamaktadır, ancak herkesin suçun elverişli faili olamadığı, aksine suç tipinde sınırlandırılmış bir alanda elverişli failin öngörüldüğü suçlar olduğu kabul edilmektedir⁸⁸.

Yazarların bu tanımlarından bazı suçların belli kişiler tarafından işlenebildiği, dışarıdan bir kişi tarafından, “*extraneus*” tarafından işlenemeyeceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Özgü suçun tanımında faili esas alan görüşe göre, özgü suçun önemli bir özelliği, ancak özel fail niteliğini haiz olan kişinin fail olarak sorumlu olabilmesidir⁸⁹. Suçun icrası, kanuni tanımda öngörülen süje tanımına uygun süje tarafından gerçekleştirilir ve ancak bu kişi fail olabilir⁹⁰.

Özgü suçlarda asıl olarak sadece faillik alanının sınırı incelenmektedir⁹¹. Özgü suç, suçun kanuni tanımında faile ilişkin objektif unsurun bulunduğu suçlar olarak somut bir biçimde tanımlanmış ve faillik unsuru olan özel kişisel nitelik ve

⁸⁵ Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.37; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.116, kn.31; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.38; Krause, **a.g.e.**, s.42; Chen, **a.g.e.**, s.29; Martin, **a.g.e.**, s.19; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15; Heinrich, **a.g.e.**, s.61.

⁸⁶ Tofahrn, **SAT-I**, s.20, kn.41; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.38; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.57; Mezger, **a.g.e.**, s.94.

⁸⁷ Krause, **a.g.e.**, s.42; Martin, **a.g.e.**, s.19.

⁸⁸ Krause, **a.g.e.**, s.36, 37; Martin, **a.g.e.**, s.19.

⁸⁹ Tofahrn, **SAT-I**, s.20, kn.41; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.32; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.386; Soyaslan, **a.g.e.**, s.231, s.488; Haydar Metiner, E. Ahsen Koç, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri**, y.y., 2. Cilt, Ankara, 2008, s.1243; Özen, **a.g.e.**, s.556; Zafer, **a.g.e.**, s.136, 403; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.659, 673; Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.128, 129; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 583; Bakıcı, **a.g.e.**, s.901; Yıldız, **a.g.e.**, s.124; Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.57; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Koca, **a.g.e.**, s.398; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.953; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.165; Evik, **a.g.e.**, s.329, 330; Akbulut, **a.g.m.**, s.184; Meral Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:64, Sayı:3, 2015, s.637-686, s.664; Erdem, **a.g.m.**, s.206; Özenbaş, **a.g.m.**, s.401; Kaymaz, **a.g.m.**, s.121; Beril Taşkın, “**Suç İştirakte Bağlılık Kuralı**”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.118.

⁹⁰ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.32.

⁹¹ Auerbach, **a.g.e.**, s.62; Deichmann, **a.g.e.**, s.8; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.218.

koşulun karakterize edilmesi, “*faillik*” ifadesinin çift anlamlılığına dayandırılmıştır⁹². Nitelikli özellik, suçun olağan bir unsuru olarak değil, aksine bağımsız bir faillik kriteri olarak incelenmektedir⁹³.

Alman hukuku içtihatlarında özgü suç kavramına nadiren rastlanıldığı, ancak bu ifadelerde de açık bir tanımın pek az bulunduğu ve bulunduğu zaman da genellikle üzerinde detaylı düşünülmemiş olmakla birlikte fail esasına dayandırıldığı ifade edilmektedir⁹⁴.

Alm. CK’da yer alan özgü suçlara örnekler şöyledir; Alm. CK § 183’de yer alan teşhircilik suçunda erkek olma özelliği⁹⁵; § 266’da yer alan güveni kötüye kullanma suçunda malvarlığını koruma yükümlülüğü⁹⁶; § 246/2’de yer alan malı hukuka aykırı olarak edinme suçunda malın emanet edildiği kişi olma unsuru; gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük ilişkisi; § 244/1’de düzenlenen çete hırsızlığı suçunda örgüt üyesi olma niteliği; § 142/5’de yer alan izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma suçu uyarınca kazaya katılan olma durumu⁹⁷; § 218’de yer alan çocuk

⁹² Langer, **Die Sonderstrafat**, s.219.

⁹³ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.221.

⁹⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.217.

Langer, Alman Mahkemesi kararlarından bazı hususların saptanabileceğini belirtmiştir. Örneğin, özgü suçun failin suçun kanuni tanımında aranan failin özelliklere sahip olması gereken suçlar olduğu ve bu özellikleri haiz olan kişinin fail olabileceği kabul edilmiştir (RGSt 63, 313, 315; RGSt 65, 403, 409, Langer, **Die Sonderstrafat**, s.217). Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararlarda özgü suçun faillğe bağlı tanımı yapılmıştır (BGHSt 1, 235, 240) ve özgü suçun suç tipinde “*özel fail özellikleri*”nin (*besonderen Täter eigenschaft*) gerekli olduğundan söz edilmiştir (BGHSt 14, 123, 129, Langer, **Die Sonderstrafat**, s.217).

⁹⁵ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.32.

TCK m.225’den farklı olarak Alm. CK § 183’e göre, teşhircilik suçunun faili ancak erkek olabilir.

⁹⁶ Ingeborg Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafrechtsgesetzbuch**, 5. Auflage, 2017, § 29, kn.72, 73; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.32; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.104; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.353; Jakobs, **a.g.e.**, s.598, kn.9.

Güveni kötüye kullanma suçunun failinin sadece yabancı malvarlığı menfaatlerini koruma yükümlülüğü altında olan kişiler olabileceği düzenlenmiştir (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.32).

Güveni kötüye kullanma suçunun yükümlülük suçu olduğuna ilişkin görüş için bkz: Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.14; s.107, kn.271; Javier Sánchez Vera, **Pflichtdelikt und Beteiligung**, Duncker & Humboldt, Berlin, 1999, s.24.

Güveni kötüye kullanma suçunun garantörsel (*ihmali*) özgü suç olduğuna ilişkin görüş için bkz: Chen, **a.g.e.**, s.279.

⁹⁷ Alm. CK § 142’de yer alan “*izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma suçu*”nun bir yükümlülük suçu olup olmadığı tartışmalıdır. Hükümde yalnızca kazaya iştirak eden diğer kişinin menfaatlerinin korunması gerektiği vurgulanmıştır. Tartışma, garantör yükümlülüğünün failin özel kişisel unsuru mu,

düşürtme ve düşürme suçu uyarınca gebelik⁹⁸; § 266b’de yer alan çek kartı veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu⁹⁹, § 283’de yer alan hileli veya taksirli iflas suçu¹⁰⁰, § 340’da yer alan görev sırasında yaralama suçu, § 203’de yer alan özel sırların ihlali suçu¹⁰¹; § 153’de yer alan yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık suçu¹⁰²; § 173’de yer alan akrabalar arasındaki cinsel ilişki suçu¹⁰³; § 225/1’de yer alan himayesi altında bulunan kişiye kötü muamele suçu; § 356’da yer alan avukat

yoksa fonksiyonel nesnel unsur mu olduğu yönündedir. Alman Yargıtayı şaşırtıcı bir şekilde henüz bunu saptamamıştır (BGHSt 41, 1 (4)). Hakim olan öğreti, garantör yükümlülüğünü doğru bir şekilde, failin henüz tipikleştirilmeden önce de (*vorstrafrechtlich*) varolan kişisel hukuki durumuna dayanması sebebiyle § 28/1’e göre failin özel kişisel unsuru olarak ele almaktadır. Fakat buna karşılık olarak garantör yükümlülüğünün işlevinin garantörün icra hareketinin ihmali harekete eşit olmasından kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Esasen burada iştirakte bağlılık kuralına karşı bir itiraz bulunmamaktadır, burada eşit muamelenin sebebi, unsurun kişisel olmasına ya da nesnel olmasına bağlıdır. (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.72, 73).

Alm. CK § 142’de yer alan “*izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma suçu*”nun yükümlülük suçu olduğuna yönelik görüş için bkz: Andreas Gerl, **Die Besonderen Persönlichen Merkmale Im Sinne Des § 28 StGB**, Berlin, 1975, s.96; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24. Heidland, **a.g.e.**, s.89.

⁹⁸ Heinrich, **a.g.e.**, s.597, kn.1353.

⁹⁹ Alman Federal Yargıtayı tarafından verilen karara göre, § 266b bir özgü suçtur, çünkü sadece yetkili kart sahibi elverişli fail olarak bu suçu işleyebilir. Bkz: BGH, Beschluss vom 27.04.2017 tarih ve 1 StR 67/17 sayılı karar (BeckRS 2017, 112984). Bu suçun faili, kullanılması için kendisine verilen çek kartı ya da kredi kartını kötüye kullanan ve kartı düzenleyene zarar veren kişidir.

¹⁰⁰ Alman Federal Yargıtayı tarafından verilen karara göre, bu suçta öngörülen yükümlülükde, bizzat şahsın kendisi söz konusudur ve bu sebeple § 28/1 hükmüne göre özel kişisel unsurdur (BGH, Beschluss vom 22.01.2013 tarih ve 1 StR 234/12 sayılı karar, Urteilsanmerkungen, FD-StrafR 2013, 343089).

Türk ceza hukukunda da iflasın tacirlere özgü olması sebebi ile hileli iflas suçunun özgü suç olduğu kabul edilmektedir. Bkz: Elif Bekar, **Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No:12, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.196.

¹⁰¹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.18, kn.56; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.53; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.104; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.38; Chen, **a.g.e.**, s.30.

Alm. CK § 340’ın yükümlülük suçu olduğuna ilişkin görüş için bkz: Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.113, kn.285; Chen, **a.g.e.**, s.30.

Alm. CK § 203’ün garantörsel (*ihmali*) özgü suç olduğuna ilişkin görüş için bkz: Chen, **a.g.e.**, s.280.

¹⁰² Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.37.

Zieschang, özgü suç ile bizzat işlenebilen suçu ayrı kategorilerde kabul etmesine rağmen, Alm. CK § 153’de yer alan yalan tanıklık suçunu hem özgü suça örnek olarak hem de bizzat işlenebilen suça örnek olarak göstererek kendi içerisinde çelişmiştir (Zieschang, **a.g.e.**, s.25, 26).

¹⁰³ Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.37.

Alm. CK § 173’ün fiile bağlı bizzat işlenebilen suç olduğuna ilişkin görüş için bkz: Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.118, kn.299.

Alm. CK § 173’ün faile bağlı bizzat işlenebilen suç olduğuna ilişkin görüş için bkz: Rolf Dietrich Herzberg, “Eigenhändige Delikte”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, Cilt:82, 1970, s.896-947, s.931.

veya hukuk danışmanı tarafından işlenebilen tarafa ihanet suçu¹⁰⁴; kamu görevlileri tarafından işlenebilen § 331’de yer alan yarar kabul etme ve § 332’de yer alan rüşvet suçu¹⁰⁵, § 299’da yer alan ticari işlemlerde rüşvet alma veya verme suçu¹⁰⁶; § 343’de yer alan zorla ifade alma suçu¹⁰⁷; § 324’de yer alan suların kirletilmesi suçu¹⁰⁸. Görüldüğü gibi hem Türk doktrininde hem de Alman doktrininde belirli sıfat veya niteliğe örnek olarak kadın olmak, erkek olmak ya da kamu görevlisi olmak¹⁰⁹, asker kişiler, din görevlileri, sağlık mesleği mensupları, yargı mesleği mensupları özgü suçun faillerine örnek olarak gösterilmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁴ Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.37.

¹⁰⁵ Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.37; Tofahrn, **SAT-I**, s.20, kn.41; Bernard Südbek, Lutz Eidam, **Kapitalmarktstrafrecht**, 4. Auflage, 2017, kn.4; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.31; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.38; Krause, **a.g.e.**, s.41; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15; Sturm, **a.g.e.**, s.7.

Bu suçlar ile kamu düzeninin korunması amaçlanmaktadır (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.31).

¹⁰⁶ Bu suç, sadece ticari işletmenin çalışanı ya da vekili olan kimse tarafından işlenebildiği için bir özgü suçtur. Bu hükümde yer alan çalışan (*Angestellte*), kısa vadeli de olsa bir hizmet, iş ya da görev ilişkisi gibi sözleşme ilişkisi içerisinde olan ve işletmenin sahibinin talimatlarına tabi olan kişiyi ifade etmektedir. Vekil (*Beauftragte*) ise, yönetici tarafından kendisine verilen yetki ve görevleri yerine getirmek ile yükümlü olan kişidir (Klaus Ulsenheimer in: **Laufs/Kern Handbuch des Arztrechts**, 4. Auflage, 2010, kn.112). Alm. CK § 299’un fıkralarını ayrı ayrı değerlendiren bir görüşe göre, § 299/1 hükmü sadece ticari işletme çalışanı ya da vekili tarafından işlenebileceğinden özgü suç iken, § 299/2 hükmü herhangi bir kişi tarafından işlenebileceğinden, fail alanında sınırlama olmadığından dolayı özgü suç değil, genel suçtur (Gerhard Dannecker in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich, **Strafgesetzbuch**, 5. Auflage, 2017, kn.25, 26).

¹⁰⁷ Chen, **a.g.e.**, s.29.

¹⁰⁸ Martin, **a.g.e.**, s.121.

Çevre suçlarını özgü suç ve genel suç olarak sınıflandırarak inceleyen detaylı çalışma için bkz: Martin, **Sonderdelikte im Umweltstrafrecht**.

¹⁰⁹ Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich **Strafgesetzbuch**, § 29, kn.53; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.31, 32; Bock, **a.g.e.**, s.39; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.38; Jakobs, **a.g.e.**, s.175, kn.90; Andreas Hoyer, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 8. Auflage, 2014, § 28, s.73, kn.38; Martin, **a.g.e.**, s.19; Nagler, **a.g.e.**, s.27; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15; Herzberg, **a.g.m.**, s.914; Özbek, **a.g.e.**, s.692; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 583; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.146; Bakıcı, **a.g.e.**, s.901; Demirel, **a.g.e.**, s.120, 122; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.81; Ercan, **a.g.e.**, s.72; Gökçen, Balcı, **Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83)**, s.184; Gökçen, Balcı, **Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m.81-83, 86-88, 91-93)**, s.179; Dönmez, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.518; Aydın, **a.g.e.**, s.270; Akbulut, **a.g.e.**, s.363; Birttek, **a.g.e.**, s.167; Akbulut, **a.g.m.**, s.183; Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2505.

¹¹⁰ Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich **Strafgesetzbuch**, § 29, kn.53; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.31; Heidland, **a.g.e.**, s.60; Jakobs, **a.g.e.**, s.598, kn.9; Hans Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Walter de Gruyter & Co. Berlin, 1969, s.64; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.57; Nagler, **a.g.e.**, s.27; Demirel, **a.g.e.**, s.122; Akbulut, **a.g.m.**, s.183.

Alman doktrinde özgü suçun fail esas alınarak yapılan tanımlamasına yönelik eleştiriler de bulunmaktadır. Şöyle ki; ilk olarak, özgü suçun faile bağlı tanımına göre, Alm. CK § 28/1 hükmü kabul edilinceye kadar, iştirak eden “*intraneus*” ve “*extraneus*” cezaya liyakatlilikleri farklı olmasına rağmen aynı şekilde cezalandırılmıştır¹¹¹. Özgü suçun faile bağlı tanımını savunanlara göre, “*intraneus*” ve “*extraneus*”un cezaya liyakatlilikleri arasında fark bulunmamaktadır¹¹². Bugün yürürlükte olan 28.paragraf, gerçek özgü suça “*extraneus*”un iştirakının cezalandırılabilirliğini –*ceza miktarı azalmış dahi olsa-* getirmiştir¹¹³. Hukuk dogmatigi çok eskiden beri aksini kabul etse de, Alm. CK § 28 hükmü ile özgü suçun fail esas alınarak yapılan tanımlamasının temeli yok edilmiştir¹¹⁴.

İkinci olarak bu görüşe göre, özgü suça iştirak eden özel niteliği haiz olmayan failin fiilinin cezasız kalması, ancak suça iştirak eden “*extraneus*”un yardım eden ya da azmettiren olarak mutlaka cezalandırılabilir olması gerekmekte ve bu husus anlaşılmaktan uzaktır¹¹⁵. Özgü suçun tanımının failliğin bir görünüm şekli olarak sınırlandırılması, belli bir cezalandırma isteğinin neticesidir¹¹⁶. Özgü suçun faile bağlı tanımının arkasındaki düşünceye göre, “*extraneus*”un iştirakı cezaya layıktır ve nitelikli olmayan iştirak eden de cezayı hak etmektedir¹¹⁷. Kanunda

¹¹¹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.236.

¹¹² Deichmann, **a.g.e.**, s.13; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.236, 237.

¹¹³ Deichmann, **a.g.e.**, s.13.

¹¹⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.246, 247.

¹¹⁵ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.237.

¹¹⁶ Deichmann, **a.g.e.**, s.8; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.216.

¹¹⁷ Deichmann, **a.g.e.**, s.12, 13.

Alm. CK § 28/1 hükmünün yürürlüğe girmesinden önce, özgü suçu bir görünüm şekli olarak kabul eden görüş, “*extraneus*”un iştirakının cezasız kalması neticesine ulaşmıştır, çünkü “*extraneus*” özel kişisel unsuru haiz değildir. Diğer taraftan şerikin özel kişisel unsuru taşıması gerekli değildir, buna göre “*extraneus*”un iştirakı cezalandırılabilir (Deichmann, **a.g.e.**, s.12).

Failliğin içerisinde bir suç grubu olarak özgü suçun tanımında, gerçek özgü suça “*extraneus*”un iştirakının cezalandırılmaya layık olup olmadığı sorusu olumlu yanıtlanmaktadır (Deichmann, **a.g.e.**, s.12). Failliğin görünüm şekli içerisinde suç gruplandırılmasında özgü suçun belirtilmesi, suça iştirak eden “*extraneus*”un özgü suçtan cezalandırılabilmesine yönelik belirli bir kavram ile gerekçelendirilmelidir. Özgü suçun tanımı, özel niteliği haiz olmayan kişinin suça katkısının cezalandırılmaya layık olduğu düşünüldüğü için onu garanti edecek şekildedir (Deichmann, **a.g.e.**, s.12; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.233).

“*Extraneus*”un cezalandırılmaya liyakatine ilişkin kanaat, bir değer yargısıdır ve bu yüzden rasyonel akıl yürütme ve aksini ispat kolay ulaşılabilir olmayan tanım aşamasında incelenmelidir. Nitelikli

aranan niteliği taşımayan “*extraneus*”un cezalandırılabilirliği, genel kurallara göre yapılır ve bu sorunlu iddiaya göre, “*extraneus*”un şerik olarak cezalandırılması istendiği için özgü suçun tanımlaması “*sadece belli kişilerin fail olarak işleyebileceği suç*” olarak yapılır¹¹⁸. Özgü suçun faile bağlı tanımında, suçun kanuni tanımında öngörülen faillik alanı sınırlandırılırken, şerik olarak cezalandırılabilmesi ihtimali sınırlandırılmamıştır¹¹⁹. Bu sebeple, “*extraneus*”un cezalandırılabilirliği haklı görüldüğü için özgü suçun faile bağlı tanımı kabul edildiği ve dolayısıyla suç unsurları gruplandırması olarak failliğin görünüm şekli içerisinde karakterize edildiği sürece bu tanımlama da isabetli değildir¹²⁰.

Üçüncü olarak özgü suç, faillik alanının sınırlandırılmasıyla oluşturulan suçlar olarak tanımlanırsa ve aynı zamanda şerik olarak niteliği haiz olmayan kişinin genel kurallara göre cezalandırılabilirliği ifade ediliyorsa, o zaman bu tanım fail kavramına bağlı tanım olur. Peki özgü suçun bir görünüm şeklinin alanında objektif olarak sınırlandırılması yerinde midir? Özgü suçu ilgili görünüm şeklinde genel kurallara tabi tutmak ve böylece genel suçtan farkını reddetmek kabul edilebilir mi?¹²¹

Dördüncü olarak, fail kavramına bağlı tanımlama ayrıca, fail kavramında bilinç dışı bir anlam değişikliğine yol açmaktadır. Eğer özgü suça “*extraneus*”un iştirak etmesi mümkün iken, özgü suç sadece “*intraneus*”un fail olabileceği suçlar olarak tanımlanırsa, özellikle özgü suçta taksirli suçlar ve tüm fail ceza hukukunu belirleyen pozitif hukuk ile çelişki ortaya çıkar¹²². Özetle bu eleştirilere göre, özgü suçun faile bağlı tanımı savunulabilir değildir¹²³.

özelliği haiz olmayan özgü suça iştirak edenin eylemlerinin cezalandırılmaya layık oluşunun aksini iddia etmek zordur. Özgü suça iştirak eden “*extraneus*”un cezai sorumluluğu ile ilgili olarak on yıllarca süren doktrinde ve içtihatlar da hakim olan tartışmalı argümanlar incelendiğinde, çoğunlukla cezaya muhtaç olayların gerçekleştiğini kabul etmek gerekir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.234).

¹¹⁸ Auerbach, **a.g.e.**, s.62; Deichmann, **a.g.e.**, s.8; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.216.

¹¹⁹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.233.

¹²⁰ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.242.

¹²¹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.233.

¹²² Deichmann, **a.g.e.**, s.16, 17.

¹²³ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.237, s.254.

Düşüncemize göre, özgü suçun sadece failliğin bir görünüm şekli olduğunu ve süje alanını sınırlandırma işlevi olduğunu kabul etmek, uygun olmakla birlikte özgü suçun kavramsal içeriğini oluşturmak için yeterli değildir. Bir kavramın tanımlamasının salt belirli hukuki neticeler göz önüne alınarak yapılması tanımın birçok yönden eksik kalmasına yol açmaktadır. Hukuki neticeler ilk bakışta nazara alınmalıdır, ancak salt bu sebeple de tanımlama yapılmamalıdır. Suçun kanuni tanımında yer alan özelliği haiz olmadığı için fail olamayan “*extraneus*”un her halükarda şerik olarak aynı “*intraneus*” gibi cezalandırılması, adaletsiz bir neticeye varılmasına yol açmaktadır. Gerçekten de Türk doktrininde ağırlıklı olarak ileri sürülen fail kavramına bağlı tanımlamadaki ve TCK’da özgü suça iştirak düzenlemesindeki sorunun kaynağı da doğru olmakla birlikte tek başına yetersiz olan bu tanımlamaya dayanılmasıdır.

(2) Özgü Yükümlülük Esas Alınarak Yapılan Tanımlama

Özgü suçun tanımlanmasında esas alınan bir başka kriter, özgü yükümlülüktür. Türk doktrininde de, Alman doktrininde de bu şekilde yapılan tanımlamalara rastlamaktayız.

Türk doktrininde bu yöndeki görüşe göre özgü suç, belirli nitelikleri haiz veya özel yükümlülük altında bulunan kişiler tarafından işlenebilen suçlardır¹²⁴.

Alman doktrininde özgü yükümlülüğü esas alan görüşe göre özgü suç, çoğunlukla ceza hukuku dışından kaynaklanan özgü yükümlülüğe (*außerstrafrechtlichen Pflichtstellung*) dayanan, sadece suç tipinde öngörülen fail tarafından gerçekleştirilebilen, faillik ile şeriklik arasında ne subjektif ne de fiil hakimiyeti kriterine göre sınırlandırma yapılamayan suçlardır¹²⁵. Eğer özgü suç

¹²⁴ Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.206; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.81. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.291; İçel, **a.g.e.**, s.553; Gökçen, Balcı, **Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83)**, s.181; Gökçen, Balcı, **Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m.81-83, 86-88, 91-93)**, s.178; Akbulut, **a.g.e.**, s.363; Tunçer, **a.g.e.**, s.114; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **a.g.e.**, s.90; Akbulut, **a.g.m.**, s.183; Taşkın, **a.g.e.**, s.138.

¹²⁵ Günther Heine/Bettina Weißer in: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, 29. Auflage, 2014, § 25, kn.82; Chen, **a.g.e.**, s.30; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.104;

kavramında, özgü yükümlülük ihlali (*Sonderpflichtverletzung*) sadece failliği teşkil etmekteyse, başka koşullara bağlı olmaksızın özgü suçu tek başına oluşturmaktadır¹²⁶. Aynı yönde bir başka tanıma göre özgü suç, özgü yükümlülüğün ihlalidir¹²⁷. Alman pozitif hukuku, sadece özellikleri belirtilen belirli alandaki kişilerin yükümlülük altında olduğu suçlar bakımından zengindir¹²⁸.

Yükümlülük suçları teriminin tesadüfi olarak seçilmediğini, aksine kendi anlayışının diğer faile bağlı tanımlardan farklı olmasına işaret ettiğini belirtmeliyiz¹²⁹. Bu görüşe göre, özel kişisel unsurlardan bir kısmı failin özgü yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır¹³⁰ ve özgü suçu genel suçlardan ayırt ederken yükümlülük unsurundan faydalanmaktadır¹³¹. Yükümlülük suçlarında yer verilen “*ceza hukuku dışından kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali*” ifadesi, bu kavramın tanımının merkez noktasında bulunmaktadır¹³². Başka bir görüşe göre de, yükümlülük ihlalinin kendisi hukuki değer ihlalinin hangi şekilde gerçekleştiğinden bağımsız olarak faillğe dayanmaktadır¹³³.

Alman doktrininde özgü suçun tanımlanmasında özgü yükümlülüğün esas alınmasına karşı olan bir görüşe göre, yükümlülük suçu öğretisi, bir suç grubu olarak sadece özgü suçun tanımlanmasında değil, aynı zamanda ceza kanununda öngörülen faillik ve şeriklik farklılıklarında da ikna edici değildir¹³⁴. Bu görüşe göre,

Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24; Martin, **a.g.e.**, s.23; Deichmann, **a.g.e.**, s.9; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.168.

¹²⁶ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.82; Langer, **Die Sonderstraftat**, s.221.

¹²⁷ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.103, kn.88.

¹²⁸ Langer, **Die Sonderstraftat**, s.226; Nagler, **a.g.e.**, s.9.

¹²⁹ Langer, **Die Sonderstraftat**, s.220.

¹³⁰ Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.54; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.103; Auerbach, **a.g.e.**, s.62.

¹³¹ Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.54; Deichmann, **a.g.e.**, s.9.

¹³² Deichmann, **a.g.e.**, s.9; Langer, **Die Sonderstraftat**, s.220.

¹³³ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.82.

Puppe, faile ilişkin özel unsurların bir kısmını hukuki değer ile açıklar iken, bir kısmını ise faile bağlı özgü yükümlülük ile açıklamaktadır. Bkz: Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.53, 54.

¹³⁴ Deichmann, **a.g.e.**, s.23.

yükümlülük suçu öğretisi, özgü suç kavramının doğrudan tanımlaması değildir, aksine fail kavramının daha detaylı ve öncelikli tanımlamasıdır¹³⁵.

Özgü suçun benzer kavramlar ile ilişkisi kısmında daha detaylı incelenecek olmakla birlikte, özgü suçun tanımlanmasında özgü yükümlülük kriterinin kullanılmasının özgü suçun içeriğinin yükümlülük suçlarına göre daha geniş olması, yükümlülük suçlarının özgü suçun kapsamı içerisinde yer alması ve özgü suçun bir görünüm şekli olması sebepleri ile uygun, ancak yeterli olmadığı düşüncesindeyiz.

(3) Özgü Norm Esas Alınarak Yapılan Tanımlama

Özgü suçun özgü norm esas alınarak tanımlandığını çoğunlukla Alman doktrinde görmekteyiz. Ancak Türk doktrinde de Özgenç, özgü suç ile norm arasındaki bağlantıyı incelemiştir. Yazar, herkesi davranış normlarının muhatabı olarak kabul etmekle beraber belli niteliği haiz kişinin asli muhatap (*intreneus*) olarak belirlendiğini ifade etmektedir. Örneğin, gerçeğe yönelik beyanda bulunma yükümlülüğü, bir olay hakkında beş duyusuyla bilgi sahibi olan kişinin asli muhatap olduğu bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüklerin kaynağını teşkil eden davranış normlarının asli muhatabı, belli nitelikleri haiz kişiler olsa dahi bu normların ihtiva ettiği emir ya da yasaklara uyulması, toplumdaki hukuk güvenliği açısından herkesi ilgilendiren bir husustur. Dolayısıyla “*extreneus*”, ilgili davranış normunun tali muhatabı olarak kabul edilmelidir, yani “*intreneus*”un özel yükümlülüğe aykırı davranışına katkıda bulunmama yükümlülüğü altındadırlar¹³⁶.

Alman doktrinde yazarların büyük bir çoğunluğu özgü normu, özel suç ve genel suç ayırımında bir unsur olarak incelemektedir¹³⁷. Bu tanımlar arasındaki önemli ortak özellik, mantıksal olarak ceza kanununda öngörülen ve kişisel

¹³⁵ Deichmann, a.g.e., s.9.

¹³⁶ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.130, dpn.8.; Aydın, a.g.e., s.273.

¹³⁷ Nagler, a.g.e., s.26; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.226; Sánchez Vera, a.g.e., s.90 vd.; Auerbach, a.g.e., s.63; Deichmann, a.g.e., s.31; Krause, a.g.e., s.33.

“Norm” çift anlamda kullanılmaktadır; yasak veya emrin yanı sıra suç hükmü olarak da anlaşılabilir. Bu sebeple de “özgü norm”un açık bir şekilde sadece suç unsurlarının sınırlandırmasını mı, yoksa aynı zamanda yasal düzenlemenin belirli kişileri sınırlandırmasını da mı içerip içermediği belirsizdir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.224).

hakimiyet alanında nitelikli kişilere yönelik sınırlandırılmış hukuki emir olan özgü norm esas alınarak genel suç ve özgü suçun ayırt edilmesidir¹³⁸. Özgü norma dayanan özgü suçun karakterize edilmesinde bir dizi farklı çeşit bulunmaktadır. Özgü norm kavramındaki görüş farklılıklarından dolayı özgü suçun tanımında kaçınılmaz olarak birbirinden farklı içeriklere ulaşılmıştır¹³⁹. *Bambach*'ın 1963 yılındaki “*Özgü suça iştirakin cezasızlığı*” isimli eserinde özgü suç, özgü norm temeline dayandırılmıştır¹⁴⁰. *Nagler, Binding*'in norm teorisine dayanarak özgü suç öğretisini geliştirmiş ve özellikle ayrıntılı bir şekilde temellendirmiştir¹⁴¹. Bu görüşe göre özgü suç, sınırlandırılmış muhatap alanı ile onun temelinde yatan emir ya da yasak şeklindeki normu karakterize etmektedir¹⁴².

Hukuk normunun geçerli olduğu kişisel hakimiyet alanının pozitif sınırlandırılmasının kesin olarak saptanması, her zaman “*özgü yükümlülük*” (*die Sonderverpflichtung*) için de bir ölçüt oluşturmuştur¹⁴³. Bizzat kişisel olarak suç işleyebilen kişi kategorisi ile sınırlandırılmış bir temele dayanan özgü hükme aykırı fiiller, özgü suçlar (*delicta propria, eigentümliche Verbrechen*) olarak adlandırılmaktadır¹⁴⁴. Özgü norm ile karakterize edilen özgü suç, “*özgü normun ihlalinin faili sadece bir meslek mensubu olabilir. Bu açıdan özgü suç ihlali bu meslek mensuplara özel suçlardır (delicta propria)*” olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁵. Özgü suçu sadece meslek suçları ile ilişkilendirmek, *-ki sıklıkla savunulmuştur-*, konunun tek yönlü işlenmesine yol açmıştır¹⁴⁶. Halbuki belirli sınırlandırılmış

¹³⁸ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.229.

¹³⁹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.226.

¹⁴⁰ Krause, *a.g.e.*, s.35.

¹⁴¹ Nagler, *a.g.e.*, s.7; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.226; Krause, *a.g.e.*, s.33.

Nagler, genel suç ve özgü suç arasındaki karakteristik farkın özgü suça ait olan özel kişisel unsurlar olduğunu kabul etmektedir. Bu kişisel unsurlar farklı türlerde olabilir. Suç tipinin bireyselleştirici unsurları hukuki ilişkiye uygun olarak bağlanabilir (*Nagler, a.g.e.*, s.26, 27).

¹⁴² Nagler, *a.g.e.*, s.26; Krause, *a.g.e.*, s.33.

¹⁴³ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.227; Auerbach, *a.g.e.*, s.63; Nagler, *a.g.e.*, s.16.

Faili belirli kişi grubuna ait olacak şekilde tanımlanan unsurlar arasında, onu özel yükümlülüklerin taşıyıcısı olarak tanımlayan unsurlar da bulunmaktadır (*Gerl, a.g.e.*, s.82; *Heidland, a.g.e.*, s.31). Öngörülen bu yükümlülüklerin taşıyıcıları sahip oldukları belirli kişisel unsurlar ile diğerlerinden ayrılmaktadır.

¹⁴⁴ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.227; Auerbach, *a.g.e.*, s.63; Nagler, *a.g.e.*, s.18; Sturm, *a.g.e.*, s.4.

¹⁴⁵ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.227; Auerbach, *a.g.e.*, s.63; Sturm, *a.g.e.*, s.4.

¹⁴⁶ Nagler, *a.g.e.*, s.27.

meslek grubu üyelerinin özgü yükümlülük ile oluşturulan yapının ana çekirdeğini oluşturduğu kabul edilmelidir. Meslek gruplarının yanı sıra özel hukukta olduğu gibi kamu hukukundan kaynaklanan hukuki ilişkiler de büyük rol oynamaktadır. Kişi kendisi doğuştan, kendi kararı ile ya da devlet tarafından görevlendirilerek bu ilişkinin içine girebilir ve bu ilişkiden hukuki anlamda özel bir davranış yükümlülüğü ortaya çıkabilir¹⁴⁷. Nagler, özgü suçu bu kavramın haksız bir şekilde daraltılmasından çıkarmıştır ve bugüne kadar da literatürün büyük bir kısmında bu tanım yol gösterici olmuştur¹⁴⁸. Nagler, doğrudan “özgü norm” terimini kabul etmese de, dolaylı olarak açıklamalarından özgü norma dayandığı anlaşılmaktadır. Yazara göre eğer hukuk düzeni, belirli kişiler bakımından özgü yükümlülük tesis ediyorsa, o halde öngördüğü hükümde sınırlandırılmış kişisel hakimiyet alanına özgü unsurlarla açık bir şekilde suç tipi ihdas etmelidir¹⁴⁹.

Özgü norm, özgü suç için temel bir ölçüt ise, ilgili tanım her zaman bağımsız bir tanımdır, bu tanım ile özgü suç (*delictum proprium*) bağımsız bir görünüm şekli olarak karakterize edilir¹⁵⁰. Bu tanımda faillik ve şeriklik kurumlarına hiçbir şekilde bağlılık bulunmamakta, bu kavramın oluşumuyla suça iştirak olasılığı belirlenmemiş, ancak soru yöneltmiştir¹⁵¹. Faillik ve özgü suç kategorilerinin birbirinden bağımsızlığı Nagler tarafından açıkça ortaya konulmuş, onun bu incelemesinde ayırım prensibi esas alınmış ve Langer tarafından da bu öğreti geliştirilmiştir¹⁵². Langer, “özgü norm” öğretisini kabul etmekte ve özgü norm veya özgü yükümlülük doktrinin özgü suçun temsil edilen tüm çeşit ve formlarını yapısal unsurlarının dayanaksız olduğunu ortaya koyduğunu iddia etmektedir¹⁵³. Deichmann’a göre de, yükümlülük düşüncesinden bağımsız olarak özgü suç ve genel suç arasındaki esaslı farklılık, genel suçlarda bağlayıcı normun herkes tarafından

¹⁴⁷ Nagler, a.g.e., s.27.

¹⁴⁸ Nagler, a.g.e., s.19; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.227.

¹⁴⁹ Nagler, a.g.e., s.26.

¹⁵⁰ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.229; Sturm, a.g.e., s.4.

¹⁵¹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.229.

¹⁵² Langer, *Die Sonderstrafat*, s.229.

¹⁵³ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.283.

ihlal edilebilmesi iken, özgü suçlarda sadece “*intraneus*”un muhatap normu ihlal edebilmesidir¹⁵⁴.

Son zamanlarda literatürde, özgü suçun tanımında “*norm*” terimi yerini “*emir veya yasak*” ile değiştirmiştir, ancak terminolojideki bu değişiklik içeriksel olarak bir değişikliğe yol açmamıştır¹⁵⁵. Doktrinde hakim olan görüşe göre, emir ya da yasak kavram olarak birbirlerinin yerine kullanılabilir. Eski formülasyona göre pozitif bir emir, kendi içinde tam tersini yasakladığını ifade eder, modern öğretiyeye göre, emir her zaman aynı zamanda tam tersi yasak içermemekte, aksine yasakların her zaman emre dönüştürülebileceği ifade edilmelidir¹⁵⁶. Bu görüşe göre, emir olarak formüle edilen norm, sadece garantör tarafından ihlal edilebilirken, yasak olarak formüle edilen norm herkes tarafından ihlal edilebilir¹⁵⁷.

Özgü normun belirleyici özelliği, ceza hukukundaki davranış kurallarından ve belirli toplumsal değerler için genel yükümlülüklerden bağımsız olarak var olmasıdır. Bu genel yükümlülüğü haiz olmayan kişiler bakımından cezai emir ve yasaklar asla oluşmazlar¹⁵⁸. Bir konu sadece belli kişiler tarafından ihlal edilebilirse, buna yönelik saldırının sadece belli kişiler için yasaklanması ve dahası böyle davranışların ceza tehdidi içermesi akla uygundur¹⁵⁹. Bu kriterlerin niteliksel

¹⁵⁴ Deichmann, *a.g.e.*, s.31.

Ceza kanunun içeriğinin tüm vatandaşları kapsaması halinde, ceza kanununun ilgili davranış normunun tüm halka yönelik olacak şekilde düzenlenmesi gerektiği tartışmasızdır (Langer, *Die Sonderstrafat*, s.226, 227).

¹⁵⁵ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.228; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.89.

Özgü normdan sadece belli kişilere yönelik ceza kanununda henüz suç olarak düzenlenmemiş emir ya da yasak içeren hüküm anlaşılmalıdır (Nagler, *a.g.e.*, s.10; Auerbach, *a.g.e.*, s.63).

Yargı kararlarında da, özel emir veya yasak konusu istikrarlıdır ve emir veya yasaktan kaynaklanan özgü yükümlülükler özgü suçun bir kriteri olarak tanımlanmaktadır (Langer, *Die Sonderstrafat*, s.228, 229; Heidland, *a.g.e.*, s.34; Auerbach, *a.g.e.*, s.63). Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, özgü suçun sadece belli kişilere yöneltilen emirler nedeniyle sadece bu kişiler tarafından işlenebileceğini içtihat etmiştir. Bkz: RGSt 62, 321 (Langer, *Die Sonderstrafat*, s.229). Ayrıca Alman Federal Yüksek Mahkemesi de, özgü suçun niteliğini failin özel bir yükümlülük alanına dahil olması olarak görmüştür. Bkz: BGSt 1, 139, 141; 8, 321, 324 (Langer, *Die Sonderstrafat*, s.229); BGSt 8, s.324 (Auerbach, *a.g.e.*, s.63).

¹⁵⁶ Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.90.

¹⁵⁷ Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.92.

¹⁵⁸ Bastian Endrulat, *Der “Umgekehrte Rechtsirrtum” Untauglicher Versuch und oder Wahndelikt?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, s.203.

¹⁵⁹ Auerbach, *a.g.e.*, s.63; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.223; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.92; Deichmann, *a.g.e.*, s.4; Deichmann, *a.g.e.*, s.41; Nagler, *a.g.e.*, s.26.

farklılığının sonucunda, niceliksel bir fark ortaya çıkmaktadır: Özgü norm özgü suç kavramı için belirleyici olarak kabul edilirse, suçun unsurlarının sınırlandırılması koşulu ile ortaya çıkan suç alanına göre bu suçun alanı daha çok daralır¹⁶⁰.

Özgü suçu genel suçtan ayırt etme ve özgü suçun içeriğini oluşturan esas kriteri belirleme amacıyla “*özü norm*” öğretisi ileri sürülmüş ve pek çok yazar tarafından da bu öğreti savunulmuş ve geliştirilmiştir. Bu öğretinin özü, yasak veya emir içeren normun belli kişilere yönelik olarak sınırlandırılmış olmasıdır. Düşüncemize göre esasen burada sınırlandırılan yasak veya emir değil, yasak veya emrin muhatabı olan kişilerdir. Örneğin, yaralama suçu herkes için bir yasaktır, bu yasak içeren bir normdur; yaralamanın kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi suçu da bir yasak içeren normdur. İlk suç normu ile ikinci suç normu arasındaki fark, normun içeriğini oluşturan yasağın değişmesi değil, aksine yasağın muhatabının değişmesidir. İlk normun muhatabı herkes iken, ikincisinin muhatabı kamu görevlileridir. Bu görüşümüz sadece gerçek olmayan özgü suç yönünden değil, gerçek özgü suçlar yönünden de geçerlidir. Örneğin, zimmet suçunda yasaklanan husus, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan ya da koruma veya gözetimle yükümlü olunan malı kişinin kendisi veya bir başkasının zimmetine geçirmesidir. Yaralama suçunda yaralamak nasıl yasak idiyse, nitelikleri belirtilen eşyayı zimmete geçirmek o şekilde yasaktır. Ancak bu suç yönünden suçun muhatabı olabilecek kişiler kamu görevlileri ile sınırlandırılmıştır. Yani burada da sınırlandırılan, özelleştirilen husus, yasak veya emir niteliğindeki normun içeriği değil, normun muhatabı olan “*fail*”dir. Bu sebeplerle düşüncemize göre “*özü norm*”, normun muhatabının sınırlandırılması ve “*özel*”leştirilmesi olarak kabul edildiğinde özgü suçun genel suçlardan ayırt edilmesi için uygun olan, ancak tek başına yeterli olmayan bir kriterdir.

¹⁶⁰ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.224.

(4) Özgü Hukuki Değer Esas Alınarak Yapılan Tanımlama

Alman doktrinde özgü suçun tanımlanmasında çoğu yazar tarafından özgü hukuki değer kriterinden faydalandığını görmekteyiz. Türk doktrinde ise *Demirel*, özgü suçun tanımlanmasında özgü hukuki değer kriterini kullanmış ve özgü suçun ayırt edici unsurunu, korunan hukuki değer sadece kanun koyucu tarafından yetkilendirilen kişi tarafından *doğrudan* ihlal edilebilir olması, yetkili olmayan kişilerin ise *dolaylı* olarak ihlal edebilmesi olarak tespit etmiştir¹⁶¹.

Alman doktrinde genel ve özgü suçlar arasındaki en büyük farkı temellendiren esas kriter ve ayırt edici unsur, ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, özgü hukuki değerdir¹⁶².

Hukuk normunun çıkarılmasındaki amaç, hukuki değer korunmasıdır¹⁶³. Bu görüşe göre, fail özelliklerinin ortak yönü, sadece bu özellikleri taşıyan kişilerin suçun kanuni tanımında yer alan hukuk değeri ihlal ediyor olmalarıdır veya diğer kişilerin hukuki değere yönelik saldırılarına kıyasla daha kolay ihlal edilebilir olmasıdır¹⁶⁴. Kanunda fiilin haksızlık değerlendirmesi, sadece ihlal edilenin bakış açısından değil, ihlal edenin tarafından da göz önüne alınmaktadır¹⁶⁵. Genel suçlar, korunan hukuki değerin ihlaline dayanmakta, bu hukuki değerler toplumun her bir

¹⁶¹ Demirel, *a.g.e.*, s.121.

¹⁶² Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.27; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.22, 268; Baumann, Weber, Mitsch, *a.g.e.*, s.116, kn.31; Baumbach von Kaimberg, *a.g.e.*, s.11; Puppe in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch*, § 29, kn.53; Walter Perron in: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 29. Auflage, 2014, § 14, kn.8; Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 28, kn.83; Gerl, *a.g.e.*, s.88; Heidland, *a.g.e.*, s.48.

¹⁶³ Langer, *Die Sonderstrafat a.g.e.*, s.225; Perron in: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, § 14, kn.8; Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 28, kn.83; Baumbach von Kaimberg, *a.g.e.*, s.11.

¹⁶⁴ Puppe in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch*, § 29, kn.53; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.27.

İnsanların bir arada yaşaması için önemli bir işlev olarak hukuki değer ihlal etme yasağına denk olan toplumsal birliği bozmama yükümlüğü söz konusudur. Bu yükümlülükler, hukuki değere göre belirlenmelidir, hukuki değerin anlam ve türü, yükümlülüğün kapsamı ve türünü etkiler, hukuki değer ihlalinin şekli ve yoğunluğu, yükümlülük ihlalinin şekli ve yoğunluğuna karşılık gelir (Gerl, *a.g.e.*, s.88).

¹⁶⁵ Gerl, *a.g.e.*, s.87, 88.

bireyini kapsamakta ve bu hukuki değerlere herkes uymak ile yükümlüdür¹⁶⁶. Özgü suçlarda ise farklı olarak, devlet ve ekonomi düzeni, sınırlandırılmış kişi alanına hukuki değer yüklemiş ve onların bu özel ilişkilerinden dolayı bu hukuki değerlere muhatap olabilmesi öngörülmüştür¹⁶⁷. Özgü suçların ihdası ile korunmak istenen amaç, sadece “*intraneus*” tarafından ihlal edilebilecek hukuki değerdir¹⁶⁸. Bu kişilerin cezalandırılabilmesinin temel sebebi de, kendilerine yüklenmiş olan hukuki değeri özel olarak korumaya mecbur olmalarına dayanmaktadır¹⁶⁹. Özel hukuki değerlerin yalnızca belirli kişiler tarafından ihlal edilebileceği durumlarda, kanun koyucu bu suç tiplerini tesis etmiştir ve bu suçlar, özgü suç tipleri olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁰. Özgü suçun özel bir sorumluluğa dayandığını kabul eden görüş, özel sorumluluğu, hukuki değer karşısında spesifik bir koruma yükümlülüğü, hukuki değer taşıyıcısı karşısında özel bir sadakat yükümlülüğü ya da belirli tehlike kaynakları karşısında özel bir sorumluluk veya belirli hukuki değerlere yönelik tehlikeyi önleme ve neticeyi engelleme yükümlülüğünden ortaya çıkabileceğini şart olarak kabul etmektedir¹⁷¹. Böylece genel ve özgü suçlar arasındaki zıtlıklar, hukuki değer düzeyinde gerekçelendirilmektedir¹⁷².

Sınırlandırılmış belirli kişilerin korunan konuyu ihlal edebilmesi ile karakterize edilen özgü suç, literatürde iki ayrı şekilde bulunmaktadır: Eski görüş, “*intraneus*” tarafından ihlal edilebilir bir korunan konu olduğunu kabul ederken, yeni doktrin, özel ve genel hukuki değer olarak iki korunan konu olduğunu kabul etmektedir¹⁷³.

¹⁶⁶ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.225.

¹⁶⁷ Nagler, **a.g.e.**, s.27; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.225; Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.11;

¹⁶⁸ Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.11; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.268; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.116, kn.31.

¹⁶⁹ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.83; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.225; Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.11.

¹⁷⁰ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.31; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.225; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.83; Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.11.

¹⁷¹ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.83; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.70, kn.33.

¹⁷² Gerl, **a.g.e.**, s.88; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.225; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.116, kn.31.

¹⁷³ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.268, 269.

Özgü hukuki değer öğretisi de doktrinde eleştirilmiştir. Sadece belirli kişiler tarafından ihlal edilebilen ve dolayısıyla sadece onlara karşı korunma ihtiyacı olan bir değer mi, yoksa sadece belirli kişilere karşı korunan ve bu yüzden sadece onlar tarafından ihlal edilebilen bir değer mi söz konusudur¹⁷⁴? Bu açıdan literatürde özgü suçun tanımı için “*özgü hukuki değer*” (*Sonderrechtgut*) kavramının kullanılması sıklıkla tek anlamlı değildir. Özgü hukuki değer, özgü suça ilişkin hukuki değerdir, belli kişiler tarafından ihlal edilebilen hukuki değerdir. Özgü hukuki değer, bu son anlayışta tanımlanırsa, bu özgü suç kriteri özgü norm ile özdeş olur¹⁷⁵. Sadece hususiyet arz eden değerlerin belli kişiler tarafından ihlal edilebilirliği sınırlandırılmışsa ve ancak bu hususiyet onun hukuki korunmasına dayanmıyorsa, özgü suç ve genel suç arasında bağımsız ayırt edici unsur olan özgü norm karşısında özgü hukuki değer bulunmaktadır. Genel suç olarak nitelendirilen ve özgü normun ihlaline dayanan bir suç bulunmamaktadır; çünkü onlar genel hukuki değerlerin korunmasına hizmet ederler¹⁷⁶.

İkinci olarak, özgü hukuki değerlerin belli kişiler tarafından ihlal edilebileceğine ilişkin varsayılan sınırlama, hukuki değer ihlali kavramı ile zaten bağdaşmamaktadır¹⁷⁷. Hukuki değer ihlali, gerçek özgü suçlarda dahi sadece “*intraneus*”a değil, aynı zamanda tüm “*extraneus*”lara da yasaktır¹⁷⁸. Bir toplumda menfaat, genel olarak uyulabilen veya riayet edilmeyen değerler olabilir. Özgü suçun hukuki değerlerin ihlali kriteri ile sınırlandırıldığı iddia edilirse, *Langer*’e göre bu isabetsiz anlayışın kaynağı için iki açıklama düşünülebilir: Ya özgü suçun yapısal unsuru olan sadece yükümlülük altında olan kişi tarafından ihlal edilebilen özgü norm dolaylı olarak kendini kabul ettirir. Böylece özgü suçun bağımsız özgü norm kriteri karşısında özgü hukuki değerden vazgeçilir ve özgü suç kriteri olarak sadece özgü normun tartışılması gereklidir¹⁷⁹. Pek çok yazar tarafından sadece nitelikli kişiler tarafından ihlal edilebilecek hukuki değerden bahsedilmesinin özel dogmatik

¹⁷⁴ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.269.

¹⁷⁵ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.269.

¹⁷⁶ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.269.

¹⁷⁷ Deichmann, *a.g.e.*, s.32; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.270.

¹⁷⁸ Deichmann, *a.g.e.*, s.32.

¹⁷⁹ Langer, *a.g.e.*, s.270.

bir etkisi bulunmamakta, aksine özgü norm öğretisinin daha iyi anlaşılmasına katkı sağlamaktadır¹⁸⁰. Ya da belli kişilerin ihlal edebileceği iddiası, suçun “*bizzat*” (*eigenhändig*) ihlal edilebilirliği ile karıştırılmasına dayanmaktadır¹⁸¹. Hukuki değer ihlal edilebilirliği, bizzat ihlal edilebilirliği sınırlandırılmış özgü suçlarda bile belli kişiler ile sınırlandırılmamıştır¹⁸². Özel bir grup tarafından ihlal edilebilecek bir hukuki değer korunması söz konusu ise, bu grup dışındaki hukuka tabi olan kişilerin korunan hukuki değeri doğrudan ihlal edebilmesi için bir sebep bulunmamaktadır¹⁸³. Böylece bu görüşe göre incelenen özgü suç tanımlarında özgü hukuki değer yoktur, hukuka tabi olanların tümü tarafından ihlal edilemeyen bir koruma konusu bulunmamaktadır¹⁸⁴.

Özgü hukuki değer kriterine göre, özgü suçları genel suçlardan ayıran husus, devletin belirli nitelikteki kişilere yönelik yüklediği hukuki değer ile onların bu değerleri özel olarak korumak zorunda olmalarıdır. Bu düşünceye göre, özgü suçlar ile sadece “*intraneus*” tarafından ihlal edilebilecek hukuki değerler öngörülmektedir. Gerçekten de genel suçlar ile korunan hukuki değer herkes tarafından ihlal edilebilirken, özgü suç ile korunan hukuki değer ise muhatap alanı sınırlandırılmış kişiler tarafından ihlal edilebilmektedir. Örneğin, bir özgü suç olan zimmet suçunda korunan hukuki değer, kamu görevlilerinin yükümlülüklerine uygun davranışlarına dair toplumdaki güvenin korunması ve ayrıca kamuya ait maddi menfaatlerin korunmasıdır. Dolayısıyla söz konusu hukuki değeri ihlal edebilecek kişiler kamu hukukuna dayanan yükümlülükleri olan kamu görevlileridir. Ya da güveni kötüye kullanma suçunda taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dayalı güven korunmaktadır. Bu suç ile korunan hukuki değeri ihlal edebilecek olan kişi, belli bir malın zilyetliği kendisine devredilmiş olan kişi yani bu ilişkinin tarafı olan kişidir. Bu sebeplerle, özgü suçlarda korunan hukuki değer “*intraneus*” tarafından ihlal edilebileceğini, “*extraneus*”un özgü suça katkı sunabilse dahi korunan hukuki değeri ihlal edemeyeceğini kabul etmek ile birlikte, özgü hukuki değer özgü suç genel

¹⁸⁰ Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.11; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.225.

¹⁸¹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.270.

¹⁸² Deichmann, **a.g.e.**, s.32; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.270.

¹⁸³ Deichmann, **a.g.e.**, s.32; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.227; Nagler, **a.g.e.**, s.17.

¹⁸⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.270, 271.

suçtan ayıran ve özgü suçun tanımlanmasında faydalanılan bir kriter olarak tek başına yeterli olmadığını ve bu kriterin gerekli de olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü yukarıda tartışmış olduğumuz özgü norm kriteri, esasen hukuki değerin sınırlandırmasını da kendi içerisinde barındırmaktadır. Dolayısıyla özgü normun dışında özgü hukuki değer ölçütüne gerek de kalmamaktadır.

Bu hususların yanı sıra özgü hukuki değer kriterine eleştiri olarak sunulan “*extraneus*”un da özgü suçlarda korunan hukuki değeri ihlal edebileceğine ilişkin görüşe katılmamaktayız. Eğer bu görüşü doğru kabul edersek, hukuki değeri ihlal eden bir kişinin, “*extraneus*”un özgü suçtan fail olarak cezalandırılmamasının bir boşluk olduğunu ve adaletsiz sonuçlara yol açtığını da kabul etmek gerekirdi. Başka bir deyişle özgü suçtan “*extraneus*”un fail olarak cezalandırılmaması önemli bir problem olurdu. Ayrıca özgü suçun esasını oluşturan kriter olan failin belirli bir özelliği haiz olmasına ilişkin temel de yerinden sarsılmış olur ve özgü suç olarak ayrı bir suç grubunun varlık sebebi anlamsızlaşırdı. Bu görüşün yanı sıra Türk doktrininde *Demirel* tarafından ileri sürülen korunan hukuki değerin doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal edilebilmesine ilişkin görüşe, şerikin fiilinin bağımsız bir haksızlık oluşturduğunu ve hukuki değeri ihlal edebileceğini kabul etmediğimizden dolayı katılmamaktayız.

(5) Özgü Suç Tipi Esas Alınarak Yapılan Tanımlama

Özgü suçun tanımlanmasında kullanılan bir diğer kriter ise, “*özgü suç tipi*” (*Sondertatbestand*)’dır. Bu öğretiye göre özgü suç, suçun unsurlarının sadece belli kişiler tarafından gerçekleştirilebildiği suçlardır¹⁸⁵. Bu tanıma göre, tüm ceza kanununda ceza tehdidinin yöneldiği kişilerin belli olduğu ve kanunda öngörülen özel emirlere sadece elverişli kişilerin uyması gerektiği ortak kavramsal unsurlar bulunmaktadır¹⁸⁶. Bu tanımlamaya göre özgü suç, suçun kanuni tanımında özellikleri belirtilen kişilerin ceza tehdidi altında oldukları suçlardır¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.230.

¹⁸⁶ Deichmann, *a.g.e.*, s.4, 41; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.230.

¹⁸⁷ Deichmann, *a.g.e.*, s.4, 41; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.283.

Görünüm şekli kavramından özgü suçun belirli bir özel ceza tehdidi içerdiği anlaşılmaktadır¹⁸⁸. Buna göre özgü suçun özünde, “*intraneus*”un cezalandırılabilirliğinin sınırlandırılması bulunmaktadır¹⁸⁹. Burada kanun koyucunun bilinçli olarak sadece nitelikli kişilerin norma aykırı eylemi işleyebilmesini ve karşılığında ceza tehdidinin olmasını öngördüğü özel hukuki karakteri bulunmaktadır¹⁹⁰. Bu görüşe göre, nitelikli özellikleri haiz olmayan kişi özgü suç ile korunan hukuki değeri ihlal edebilirse, muhakkak ki normlara aykırı bir eylem olur, ancak cezai açıdan önemsizdir. Bu anlayışa göre, genel ve özgü suçlar ne korunan hukuki değer ne de bunun ihlalini yasaklayan norm açısından farklılık göstermektedir. *Langer*’e göre, “*extraneus*” da özgü suçun konusunu ihlal edebilir, ancak “*extraneus*” için böyle ihlaller; yalnız tipikliğe uygun olmadığı için norma aykırı hukuki değer ihlali cezalandırılmamaktadır¹⁹¹. “*Extraneus*” ihlal teşkil eden davranışta bulunsada, özgü suç tipi kapsamına girmemektedir¹⁹². Özgü suçun yapısında, hukuka aykırı eylemlerin cezalandırılabilirliğinin fiili sınırlandırılması, “*intraneus*”da bulunmaktadır¹⁹³. Fail kavramına bağlı tanımlamanın aksine, özgü suçun bu tanımlamasının içerisinde ceza tehdidinin sınırlandırılmasının örneğin faillik ve iştirak öğretisini nasıl etkilediği, bu sınırlandırmanın sadece faillik veya iştirak için de uygulanıp uygulanmayacağı yer almamaktadır. Aksine, iştirakın doğası ve özgü suçun doğası birlikte dikkate alınarak belirlenmektedir¹⁹⁴.

Özgü suç tipi kriterine göre özgü suç, tipiklikte öngörülen fiilin sadece belli kişiler tarafından gerçekleştirilebildiği, suç tipinde öngörülen bu kişilerin ceza tehdidi altında oldukları ve sadece bu kişilerin cezalandırılabilmesinin öngörüldüğü suçlardır. Bu öğretinin önemli bir unsurunu “*özel cezalandırılabilirlik*” oluşturmaktadır. Çünkü bu öğretiyi savunanlara göre suç tipinde cezalandırılabilirlik, “*intraneus*” ile sınırlandırılmıştır. Bu öğretinin özünde, fiilin belli kişiler ile

¹⁸⁸ Deichmann, *a.g.e.*, s.4, 41.

¹⁸⁹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.230.

¹⁹⁰ Deichmann, *a.g.e.*, s.41; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.230.

¹⁹¹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.230.

¹⁹² Langer, *Die Sonderstrafat*, s.284.

¹⁹³ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.230.

¹⁹⁴ Deichmann, *a.g.e.*, s.41; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.231.

sınırlandırılması, sadece “*intraneus*” tarafından gerçekleştirilebilmesi, özel olarak bu kişilerin ceza tehdidi altında olmaları ve cezalandırılabilirlikleri bulunmaktadır. Ayrıca özgü suçu tanımlarken faillik ve iştirakten bağımsız olarak sadece genel olarak iştirak yapısının ve özgü suç yapısının dikkate alınmış olmasını da içeriğin daha doğru oluşturulması yönünden olumlu olarak değerlendirmekteyiz. Özgü suç tipini ayrı bir unsur ya da kriter olarak değil de, özgü suçun yapısını oluşturan diğer unsurlar ile bir bütün olacak şekilde değerlendirmekteyiz. Özgü suç tipi öğretisinin özgü suçun tanımlanması ve genel suçtan ayırt edilmesi noktasında suç tipinde failin sınırlandırılması ve faile yönelik özel bir ceza tehdidi ve cezalandırılabilirliği içermesi dolayısıyla doğru bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz. Daha detaylı olarak özgü suçun tanımı ve unsurları kısmında kabul ettiğimiz şekli ile açıklayacak olmakla birlikte özetle izah ettiğimiz bu sebeplerden dolayı özgü suç tipi öğretisini özgü suçu tanımlamak için tek başına yeterli olmasa dahi uygun görmekteyiz.

(6) Özgü Haksızlık Esas Alınarak Yapılan Tanımlama

Alman doktrininde savunulan bir görüşe göre özgü suç, özel tipik bir haksızlık ve özel cezalandırılabilirlik ile tanımlanmalıdır¹⁹⁵. Özgü haksızlık suç tipi, suçun görünüm şekillerinden genel suçlardan özel tipik haksızlık ile cezalandırılabilirlik koşulları bakımından ayrılmaktadır¹⁹⁶. Bu görüşe göre, özgü suç tipinin tanımı, özel kişisel unsur içinde barındıran özgü haksızlığın kanuni tanımıdır¹⁹⁷. Suçun kanuni tanımında yer alan özgü haksızlık, nitelikli kişi tarafından işlenebilen özel tipik bir haksızlıktır¹⁹⁸. Bir başka tanıma göre, özel kişisel unsurun bulunduğu haksızlık olarak ifade edilmekte ve genel suçların dışında, herkes

¹⁹⁵ Deichmann, **a.g.e.**, s.4, 41; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.291, 292; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.73.

Bu görüşü savunan yazarlar, kusurun unsurlarını ve cezalandırmaya tabiliğini haksızlığa bağlı olarak gördükleri için özel kusur ve özel cezalandırmaya tabiliği de özgü haksızlığa dayandırmaktadır ve özgü haksızlığın bu gibi davranışların tüm değersizliğini de içerdiğini kabul etmektedirler. Bu sebeple de bu yazarlar, özel ceza tehdidi ve özel cezalandırılabilirliği de özgü haksızlık ile birlikte incelemişlerdir.

¹⁹⁶ Deichmann, **a.g.e.**, s.4, 41; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.291, 292, 334, 346; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.73.

¹⁹⁷ Deichmann, **a.g.e.**, s.4, 41.

¹⁹⁸ Deichmann, **a.g.e.**, s.4; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.292.

tarafından işlenemeyen haksızlık olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁹. Doktrinde bir görüşe göre de, haksızlık biçimlerinin inceleme şeklinde özel haksızlık unsuru olarak ayrı bir kategorinin oluşturulduğu ve bu kavramın özgü suça ilişkin özel yükümlülük olarak tarif edildiği görülmektedir²⁰⁰.

Özgü suçun cezalandırılabilirlik koşulları özel bir yöntem ile karakterize edilmektedir. Özel cezalandırılabilirlik, özgü suçta suç teşkil eden davranışı, genel suçtaki davranıştan farklılaştırmaktadır²⁰¹. Eğer “*intraneus*”, ilgili suç türünün görünüm şekli kombinasyonlarından birinde “*extraneus*”a göre farklı bir ceza tehdidi ile karşılaşır, o zaman gerekli spesifik cezalandırılabilirlik kavramından söz edebiliriz. Buna göre genel suç, yalnızca tipe uygun, hukuka aykırı, hukuki değere

¹⁹⁹ Dirk Schwerdtfeger, **Besondere persönliche Unrechtsmerkmale**, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1992, s.125.

Genel haksızlık unsuru olarak hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığı gösterilmiştir. Tüm icrai suçların zorunlu unsuru, hareketin haksızlığıdır. Neticenin haksızlığı, genel unsur olarak tanımlanabilen ilgili haksızlık unsuru için haksızlık suç tipinde çoğunlukla bulunan bir unsurdur (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.103, kn.87). Buna karşılık özel haksızlık unsuru, genel unsurlar ile belirlenen yapı içerisinde haksızlığı daha detaylı karakterize eden unsurlardır (Deichmann, **a.g.e.**, s.25; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.103, kn.87; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.352, s.292).

Haksızlık hakkındaki tüm açıklamalar, bütün olarak özgü haksızlık için de geçerlidir ve bundan dolayı haksızlığın tüm kavram unsurları özgü haksızlıkta da bulunmalıdır. Bu ifade, haksızlığın yapısının özgü haksızlıkta da geçerli olduğu anlamına gelmektedir. Özgü haksızlık, haksızlığın maddi ve şekli haksızlığından oluşmaktadır ve hem nesnel hem de öznel bakış açısı ile incelenebilir (Deichmann, **a.g.e.**, s.25; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.292, 300).

Hukuki değer ihlalinin niteliğine göre, farklı bakış açısı ile onun cezalandırılabilirliğinin sebebi ya da sadece tipik suç görüntüsünün haksızlık niteliğinin spesifik tanımının belirlenmesi ile ilgilenir. İhlal edilen değer ne kadar önemli ise, hareketin haksızlığı da o kadar büyüktür: insan yaşamı ve hukuk devletinin varlığı en önemli menfaattir. Bu yüzden belgede sahtecilik ve hırsızlık suçuna göre vatana ihanet ve kasten öldürme suçları daha ağır suçlardır (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.103, kn.87).

Haksızlığın yoğunluğu, hukuka aykırı toplumsal değer ihlalini ilgili bir haksızlık unsuru ile değiştirmektedir, yani toplumsal değer ile ilişkisi olan özel ilişkili kişi ile işlenmesi durumunda yoğunluk artabilir ya da azalabilir. Her tür özgü haksızlığın bu genel yapısı, hem ilgili haksızlık unsurunun yapısına hem de biçimine bağlıdır: Genel haksızlığın böyle bir değişimi, haksızlığın yoğunluğunu değiştirse de, yapısını değiştirmez (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.300).

²⁰⁰ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.73.

Özgü haksızlığın kişisel yönünün incelenmesinde özgü yükümlülük ile arasındaki ilişki ele alınmıştır. Genel suçlar, herkes tarafından işlenebilen suçlardır; özgü suçlar, özel bir yükümlülük temelinde sadece sınırlandırılmış bir alanda olası failer tarafından işlenebilen suçlardır (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.104; Deichmann, **a.g.e.**, s.28). “Özgü yükümlülük ihlali” (*Sonderpflichtverletzung*) terimi, ilk olarak ek bir kişisel haksızlık unsuru olarak tanımlandığını akla getirmektedir. Bu görüşün temsilcileri için sistematik soru, sadece bu kişilerin haksızlığa iştirak etmelerinin mümkün olup olmadığı ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.322; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.54; Deichmann, **a.g.e.**, s.28).

²⁰¹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.346.

saldırı niteliğindeki haksızlığı ifade etmektedir yahut tüm görünüm şekillerinde herkes için aynı cezanın öngörüldüğü suçlardır²⁰².

Özgü suç, özel tipik haksızlığın sadece belirli kişiler tarafından işlenebildiği ve bu kişilerin belirli şekilde cezalandırılabilirdiği suçlar olarak ifade edilmektedir ve genel suçtan “*intraneus*”un gerçekleştirdiği spesifik ve özel tipik bir değersizlikten dolayı ayrılmaktadır²⁰³. Suçun tümünü kapsayan genel ve özgü haksızlık arasındaki farklılığın varlığını, kanun koyucu hareketin cezalandırılabilirliğini tipikleştirmeye başladığında zaten fark etmektedir ve tipikleştirilmeden önce de varolan (*vorstrafrechtlich*) değersizlik içeriğindeki bu farklılık, genel ve özgü suçun oluşumu için asıl sebeptir²⁰⁴.

Özetle, özgü haksızlığın sadece suçun kanuni tanımında öngörülen nitelikli kişi tarafından işlenebilen özel tipik haksızlık olduğu, özgü suçun genel suçtan da “*intraneus*”un gerçekleştirdiği özel tipik değersizlik ile ayrıldığı kabul edilmekte ve özel kişisel unsur ile tipikliğin özelleştirildiği savunulmaktadır.

Haksızlığı tipe uygun, hukuka aykırı bir fiil olarak tanımlayabiliriz. Suç, haksızlık teşkil eden bir fiil olmakla birlikte, haksızlığın suç teşkil edebilmesi için tipik olması gerekir. Tipik unsurları taşıyan bir fiil kural olarak haksız olmak ile birlikte aynı zamanda fiilin hukuka aykırı da olması gereklidir²⁰⁵. Haksızlığın iki formunu genel ve özgü şeklinde sınıflandırırsak, şüphesiz ki, özgü haksızlığın yoğunluğu, genel haksızlığa göre failin sahip olduğu yükümlülük ya da özel kişisel unsurdan dolayı daha fazladır. Bu durum faillik alanının suçun nitelikli şeklini sınırlandırdığı halde de söz konusudur. Burada söz konusu olan farklılık, tipiklikte öngörülen özel süjeye verilen daha ağır sorumluluktan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu sorumluluğun ihlali, haksızlığın yoğunluğunun da artmasına sebep olmaktadır. Her haksızlık suç alanına dahil olmadığı ve bu çalışma kapsamında suç teşkil eden haksızlığı ele aldığımız için “*suç tipinde öngörülen özel haksızlık*”

²⁰² Langer, **Die Sonderstrafat**, s.352.

²⁰³ Deichmann, **a.g.e.**, s.25; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.352, s.292.

²⁰⁴ Deichmann, **a.g.e.**, s.4; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.292.

²⁰⁵ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.87.

ifadesinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Daha detaylı olarak özgü suçun tanımı ve unsurları kısmında kabul ettiğimiz şekli ile açıklayacak olmakla birlikte özetle izah ettiğimiz bu sebeplerden dolayı özgü haksızlık öğretisini özgü suç tanımlamak için tek başına yeterli olmasa dahi uygun görmekteyiz.

(7) Diğer Tanımlamalar

Özgü suç kavramının eş anlamlısı olarak kendine özgü suç anlamında “*eigenständige Verbrechen*” (*delictum sui generis*) kavramı da kullanılmaktadır. Bu kavrama göre bu tür suçlar, suç tipi olarak başka bir yerde düzenlenen suça dayanmakta ve o suç türü ile tamamen ya da kısmen aynı olmakla beraber şekil açısından bu suçtan ayrı olarak ihdas edilmektedir²⁰⁶.

Özgü suçu detaylı, bütüncül bir anlayışla ve sistematik açıdan inceleyen *Langer* ve *Auerbach*, özgü suç kavramını bağlı ve bağımsız olarak iki ana gruba ayırarak incelemişlerdir²⁰⁷. *Langer*, hukuk literatürü incelendiğinde, özgü suç kavramının tanımını yazarların çoğunun başka bir kavrama bağlı olarak belirlediğinin anlaşıldığını ifade etmektedir²⁰⁸. Böylece özgü suçu, suçun bir görünüm şeklinde sadece bir suç grubu olarak görmüşler ve bu bağlılığı tanımda suçun görünüm şekillerini kabul ederek ifade etmişlerdir²⁰⁹. Bağlı kavram tanımlaması, görünüşte bağlı tanımlama, faile dayanan tanımlama ve tamamlanmış suç kavramına dayanan tanımlama olmak üzere üç farklı şekilde yapılmıştır²¹⁰. Bu bağlı kavram tanımlamaları, çoğunlukla suçun bir görünüm şekli çerçevesinde tartışılan sadece görünüşte yapılan tanımlardan farklılaşmaktadır²¹¹.

Özgü suçun tanımlanmasında, “*tamamlanmasına bağlı*” (*Vollendungsabhängig*) olarak adlandırılan tanımlama, özgü suçun tamamlanmasının sadece kanunda belirtilen kişiler ile sınırlandırılmasıdır. Diğer yandan teşebbüsten

²⁰⁶ Kühl in: *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch*, kn.33.

²⁰⁷ Auerbach, *a.g.e.*, s.62-65; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.214-230.

²⁰⁸ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.214.

²⁰⁹ Auerbach, *a.g.e.*, s.62; Deichmann, *a.g.e.*, s.4; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.214.

²¹⁰ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.214-222.

²¹¹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.216.

dolayı cezalandırılma ihtimali de bulunmaktadır²¹². Özgü suçun tamamlanmış suç kavramına bağlı tanımlaması, suçun tamamlanması için belirli, özel nitelikleri haiz elverişli süjenin ve belirli nitelikteki faillik alanının bulunmasını aramaktadır. Bu görüş, özgü suçun yapısının sadece kanunda tanımlanan kişi tarafından suçun tamamlanma aşamasında işlenebileceğini kabul etmektedir. Suçun tamamlanması ifadesinin özel faillik özelliğini tanımlamanın ötesinde bir anlamı bulunmamaktadır²¹³.

Özgü suçun fiile bağlı tanımlanmasında “*harekete bağlılık (tätigkeitsabhängig)*”, sadece kanunda belirlenen kişinin pozitif hareketi ile işlenebilen suçlar ile sınırlı olmakla birlikte ihmal ile işlenmesi imkânında koşul olarak bulunmamaktadır. Öğreti ve içtihatlarda bu tanımın bulunmaması, dikkate almaya değer tek şeydir. Çünkü özgü suçun faile bağlı ve suçun tamamlanmasına bağlı olarak sınırlandırılmasına ilişkin tanımlarda olduğu gibi fiile bağlı suçun işlenmesine ilişkin tanımlama olması da beklenirdi²¹⁴. Özgü suçun fiile bağlı olarak karakterize edilmesi, “*extraneus*”un icrai değil, ancak ihmali olarak işleyebileceği suç olarak tanımlanabilirdi. Özgü suç, ceza hukuku biliminde ihmali suçların ya da icrai suçların görünüm şekli içerisinde bir suç grubu olarak karakterize edilmemiştir. Eğer böyle bir tanım yapılsaydı bu açıkça eşyanın tabiatına aykırı olurdu. *Langer*’e göre, özgü suçun bağlı kavram tanımlamasında, bu görünüm şekline bağlılıktan anlamlı bir şey çıkması mümkün değildir²¹⁵. Düşüncemize göre, özgü suçun fiile bağlı tanımlaması yerinde değildir. Çünkü suçun icrai ya da ihmali şekilde işlenebilmesi, suçun işleniş biçimi ile ilgili olup, tipikliğin objektif unsurlarından fiille bağlantılıdır; oysaki özgü suç, tipikliğin objektif unsurlarından faille bağlantılı olduğundan özgü suçun açıklanmasında suçun işleniş şekline dayanılması suç sistematğine uygun düşmemektedir. Kaldı ki özgü suçun suç tipine uygun düştüğü ölçüde icrai ya da ihmali şekilde işlenebilmesi mümkündür.

²¹² Langer, *Die Sonderstrafat*, s.254.

²¹³ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.221.

²¹⁴ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.261.

²¹⁵ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.262.

Özgü suçun bağlı tanımlamalarına ilişkin olarak *Langer*'e göre, özgü suçun kendisi suçun bir görünüm şeklidir ve onun bu niteliği diğer görünüm şekillerinin sınırlandırılmasına yönelik tüm girişimlere üstün gelmiştir. Bu nedenle sadece özgü suçun bağımsız tanımı, meselenin özüne uygun olur²¹⁶. Düşüncemize göre *Langer*, özgü suçu belirli bir kavrama bağlayarak onun bir görünüm şekli olduğunu kabul etmemekte, özgü suçun kendisinin bir görünüm şekli olduğunu ve bağımsız bir şekilde tanımlanmasının uygun olacağı görüşündedir. Bağlı olarak ifade edebileceğimiz bu tanımlamaların ortak olarak dikkat çekici olan yönü, tanımlamayı amaçlanan neticeye uygun hale getirerek yapılandırılmalarıdır, ancak bu şekilde yapılan tanımlamalar birçok yönden eksikliği de içermektedir. Düşüncemize göre, özgü suçun mahiyeti, niteliği, unsurları, özellikleri ve diğer suç gruplarından onu ayıran özellikleri, gereklilikleri gibi hususlar göz önüne alınmaksızın yapılan tanımlamalar eksik kalmaya mahkumdur.

Özgü suçun bu şekilde yapılan bağlı tanımlamalarından farklı olarak özgü suç, birçok yazar tarafından herhangi bir görünüm şekline dayandırılmaksızın bağımsız olarak da tanımlanmıştır²¹⁷. Özgü suçun bağımsız kavram tanımlamasında genel ve özgü suçların ayırt edilmesinde kullanılan ve özgü suçu karakterize eden kriterler üç gruba ayrılmaktadır: özgü suç tipi (*der Sondertatbestand*), özgü norm (*die Sondernorm*), özgü hukuki değer (*das Sonderrechtsgut*)²¹⁸. İlk anlayışa göre, özgü suç genel suçtan sadece cezalandırılabilirliğin yasal sınırlandırılması ile ayırt edilmektedir; ikinci anlayışa göre, emir ya da yasak içeren normun sadece sınırlı bir alana yönelik olması ile ayırt edilmektedir; üçüncü anlayışa göre ise, özgü suçun hukuki değerini sadece “*intraneus*”un ihlal edebilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir²¹⁹.

²¹⁶ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.266.

²¹⁷ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.223.

²¹⁸ Krause, *a.g.e.*, s.35; Auerbach, *a.g.e.*, s.63; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.223.

²¹⁹ Nagler, *a.g.e.*, s.26; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.223.

b. Özel Kişisel Unsur Kavramı

Özgü suçun tanımlanması kapsamında, özel kişisel unsur kavramının içeriksel olarak incelenmesinin tanımlamaların daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacağı düşüncesindeyiz. Bu sebeple bu kısımda Alm. CK'da yer alan ve Alman doktrininde sıklıkla kullanılan bir terim olan özel kişisel unsur kavramı ele alınacaktır.

“Özel kişisel unsur” kavramını Alm. CK § 28 ve § 14 hükümlerinde görmekteyiz. Özgü suçun uygulama alanının kanuni uzantısı, Alm. CK § 14'de bulunmaktadır²²⁰. Suç tipinde temsilciye yüklenen özel kişisel unsurlar, 14. paragrafa göre özgü suç ile ilgili olarak önemli bir anlama sahiptir²²¹. “Başkası için hareket etme” başlıklı bu hükme göre, bir kişinin temsilci sıfatıyla hareket ettiği hallerde, özel kişisel unsurun temsil edilen kişide olması durumunda, özel kişisel unsurun düzenlendiği hüküm temsilci hakkında da uygulanır. Bu hükme göre, temsilci ya da yönetici elverişli fail olur²²². Temsil edilenin söz konusu subjektif niteliklere ya da yükümlülüğe sahip olması, ilgili tüzel kişi için yönetici veya müdür olarak hareket eden bir kişinin sorumluluğu için yeterlidir²²³. Özel niteliği haiz olmayan organ, temsilci ya da görevlileri temsile yetkili olarak hareket etme fonksiyonları ile özgü suçun “*intraneus*”u haline gelmeleri için özgü haksızlık, özgü haksızlık suç tipi ve

²²⁰ Henning Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, 3. Auflage, 2017, § 14, kn.44; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.353; Wolfgang Joecks, **Münchener Kommentar zum StGB**, 3. Auflage, 2017, § 28, kn.19; Claus Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 11. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, s.25, kn.58; Hoyer, **a.g.e.**, § 14, s.4, kn.1; Martin, **a.g.e.**, s.20; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.63, kn.2.

²²¹ Martin, **a.g.e.**, s.20.

Suç süjesinin saptanması, belirli bir suçun faili olarak düşünülebilecek kişi alanının belirlenmesi için önem taşımaktadır. Özellikle 14.paragrafın özgü suça uygulanabilirliği ile ilgili olarak onları diğer olası faillerden ayıran belirli kişi gruplarının cezalandırılabilirliğinin mümkün olup olmadığı sorusu sorulmaktadır (Martin, **a.g.e.**, s.123).

²²² Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.36.

Türk Hukuku bakımından TCK'da bu düzenlemeye benzer mahiyette bir düzenleme bulunmamakla birlikte Kabahatler Kanunu m.8'de benzer nitelikte bir hüküm bulunmaktadır. Ancak belli birkaç yönüyle de farklılıklar barındırmaktadır. Bu hükmün ikinci fıkrasına göre, temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş olduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da yaptırım uygulanır. Üçüncü fıkra da, temsilcide yahut temsil edilen kişide özel niteliğin arandığı hallerde de bu hükmün uygulanacağı ifade edilmek suretiyle özel nitelik aransa dahi bu niteliği taşımayan temsil edilenin sorumlu olabileceği düzenlenmiştir.

²²³ Heinrich, **a.g.e.**, s. 512, kn. 1196.

özel cezalandırılabilirlik, § 14'e dayanmalıdır²²⁴. Cezalandırılmanın temel sebebi olan özel kişisel unsurun eksikliğine rağmen, “*intraneus*” için temsilci olarak hareket eden “*extraneus*”, özgü suçun faili olabilir²²⁵.

Bu hüküm, sadece gerçek kişilerin cezalandırılabilirliğini kapsamakta, tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğinin dayanağını oluşturmamaktadır²²⁶. Bir taraftan ceza normu tüzel kişiyi de muhatap almasına rağmen, cezalandırılabilir olamamasından kaynaklanan boşluk, diğer taraftan hareket eden gerçek kişinin özgü yükümlülüğünden fail olarak sorumlu olamamasından kaynaklanan boşluk, § 14 ile doldurulmaktadır. Bu hüküm, ceza hukuku sorumluluğunu tüzel kişiden gerçek kişiye, yani tüzel kişinin kanuni temsilcisi ya da organına aktarmaktadır²²⁷.

Cezalandırılabilirlik boşlukları, özne alanının daraltılmasının sonucunda ortaya çıkabilir. Bir özgü suçu birlikte işleyen her bir kişi özgü suçun unsurlarının bir kısmını gerçekleştirebilir. Örneğin birisi hukuki değeri ihlal ederken, diğeri süje niteliğini gerçekleştirmiş olabilir²²⁸. Temsilcinin şerikliğinin cezalandırılabilirliği, temsil edilenin hukuka aykırı asıl fiili işlememesinden dolayı imkansız hale geldiğinde, ceza politikası gereği temsilciyi ceza sorumluluğuna dahil etme ihtiyacı ortaya çıkmaktadır²²⁹. Alm. CK § 14 hükmü kapsamında özgü suçlarda sorumluluk temsilciye kadar genişletildiği sürece, özel kişisel unsur cezalandırılmanın temel sebebi için geçerlidir; cezayı artıran sebepler için geçerli değildir²³⁰. Bu hüküm, tipiklikte öngörülen fail özelliğine sahip olmaksızın başkası adına hareket eden kişilerin ceza alanına dahil edilmesi ihtiyacından ortaya çıkmıştır ve hakim olan görüşe göre, cezalandırılabilirlik boşluklarını doldurmak için özgü suçun fail alanının

²²⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.364; Hoyer, **a.g.e.**, s.19, kn.42.

²²⁵ Hoyer, **a.g.e.**, s.19, kn.42.

²²⁶ Hoyer, **a.g.e.**, § 14, s.5, kn.5; Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.36; Martin, **a.g.e.**, s.20.

²²⁷ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.63, kn.2.

²²⁸ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.353.

Örneğin bir limited şirket müdürü yetkisi kapsamında bir aracı gerekli ehliyeteye sahip olmayan bir şoföre bırakmıştır. Dolayısıyla bu kişinin ne tüzel kişi olarak, ne de Trafik Kanunu § 21/1/2'ye göre şirket müdürü olarak cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü motorlu aracın maliki değildir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.354).

²²⁹ Hoyer, **a.g.e.**, § 14, s.5, kn.4.

²³⁰ Perron in: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, § 14, kn.8; Brigitte Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017, s.201, kn.3.

genişletilmesi, cezalandırmanın genişletilmesi olarak anlaşılmalıdır²³¹. Bununla birlikte fail alanının bu şekilde genişletilmesi, özgü yükümlülüğün tüm temsilcilerine ilişkin değil, sadece işleve sahip olanlarla ilgilidir²³². Eğer dolaylı faillik ve müşterek failliğin özel durumları bir kenara bırakılırsa, Alm. CK § 14 hükmünün yürürlüğe girmesinden evvel, her iki iştirak şekli de cezalandırılmazlardı²³³. Özgü suçu işlerken özel süje için gerekli niteliği haiz olmayan temsilci veya vekilin eylemi ile ilgili olan bu durum için cezalandırılabilirlik boşluğunun olduğu erkenden fark edilmiştir ve bu boşluk kabul edilebilir bir durum olarak görülmemiştir²³⁴. Düşüncemize göre, bu hüküm ile “*extraneus*”un da fail olarak sorumlu tutulması, bir başka deyişle temsilcinin sahip olmadığı özel kişisel unsur dolayısı ile sorumlu tutulabilmesi, özgü suçun en temel unsuru olan suçu işleyen kişinin özel niteliği haiz olması unsuru burada bertaraf edilmiş olmaktadır.

Özel kişisel unsurların üç çeşit suç grubunda bulunduğu kabul edilmektedir: özgü yükümlülük (*sonderpflichten*), korunan hukuki değerler ile özel ilişkilerinden dolayı özel tehlike arz eden kişi grupları ve temsilcilerin diğer insanların çoğunluğu ile aynı şekilde suç işleyebildikleri fail tanımıdır²³⁵. Yükümlülük suçunu ayrı bir kategori olarak kabul eden görüşe göre, özgü ve yükümlülük suç kavramlarının kapsamı ve işlevi, özellikle § 28/1’e göre özel kişisel unsur açısından bakıldığında

²³¹ Jähnke, Laufhütte, Odersky, **a.g.e.**, s.92; Krause, **a.g.e.**, s.56; Hoyer, **a.g.e.**, § 14, s.4, kn.2; Martin, **a.g.e.**, s.21; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.63, kn.2.

Bu hükme ilişkin olarak bir görüşe göre, tek tek suç tipleri yorumlanarak kavranılabilen bu hüküm, kısmen gereksiz, kısmen de lafzi yorum ve etki alanı açısından isabetli değildir. Çünkü kanun koyucu tarafından bu hüküm cezalandırmanın genişletilmesi olarak düşünülmüşse de, ölçüsüz bir şekilde temsilcinin cezalandırma alanı sınırlandırılmıştır (Jähnke, Laufhütte, Odersky, **a.g.e.**, s.97).

²³² Hoyer, **a.g.e.**, § 14, s.4, kn.1.

²³³ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.353.

Özel kişisel unsur, suçun tüm görünüş şekillerinde cezalandırılabilirlik için önem taşımaktadır (Winrich Langer, “Zum Begriff der ‘besonderen persönlichen Merkmale’”, **Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, s.241-264, s.242; Winrich Langer, **Das Sonderverbrechen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, s.32, 364).

Kanun, faillik ve şeriklik ile ilgili ve ayrıca genel ve özgü suçlarda özel kişisel unsur kavramını net bir şekilde kullanmakta, icrai ve ihmalî suçlarda en azından terim olarak kullanmakta ve teşebbüs ile tamamlanmış suç kavramında hiç kullanmamaktadır (Langer, **a.g.m.**, s.242).

²³⁴ Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.201, kn.1; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.354; Krause, **a.g.e.**, s.56.

²³⁵ Carsten Momsen, Sebastian Laudien in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, 38. Edition, 2018, § 14, kn.29; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.70, kn.33; Krause, **a.g.e.**, s.66; Gerl, **a.g.e.**, s.5.

tartışmalıdır²³⁶. Bu hüküm, sadece tüzel kişiler için organ ya da temsilci sorumluluğu öngörmemiş, aynı zamanda özgü yükümlülük altındaki belli kişilerin temsilcilerine yönelik olarak da uygulama alanını genişletmiştir²³⁷. Gittikçe yaygınlaşan görüşe göre, haksızlığın alanına göre özgü suçun sadece belirli bir haksızlığı, özel kişisel unsuru oluşturan bir unsur olabilir, bilhassa özgü yükümlülüğe (*Sonderpflicht*) dayanan bir unsur olabilir²³⁸.

Özel kişisel unsurların objektif ya da subjektif unsur olup olamamasına yönelik olarak doktrinde tartışma bulunmaktadır. Özel kişisel unsurlar, bir inceleme şekline göre cezalandırmanın temel sebebi olan ve cezayı ağırlaştıran unsurlar,

²³⁶ Grunst, **a.g.m.**, s.549.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda “özel kişisel unsur” olarak garantör yükümlülüğünün değerlendirilmesi, geniş bir fikir yelpazesi açmaktadır. Bu fikir yelpazesi, 28.paragraftaki sınıflandırma ve bu sınıflandırmanın reddinin yanında, garantör yükümlülüğünün kapsamına göre farklı çözümleri içermektedir. Bu görüşe göre, garantör yükümlülüğü özel kişisel unsur olarak kabul edilirse, açıkça cezalandırmanın temel sebebi olur. Garantör yükümlülüğüne aykırı davranan failin cezasının belirlenmesinde sadece Alm. CK § 13/2’ye göre cezanın isteğe bağlı indirilmesi söz konusu olmaz, ayrıca tam ve zorunlu olarak Alm. CK § 28/1’e göre de indirim söz konusu olur (Henning Radtke, “Besondere persönliche Merkmale gem. § 28 StGB”, **JuS**, 2018, s.641-647, s.642, 643).

²³⁷ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.63, kn.2.

Roxin’in yükümlülük suçları kavramına göre, sadece ceza hukuku dışından kaynaklanan özgü yükümlülük (*Sonderpflicht*) suç tipini ihlal eden kişi fail olabilir. Çünkü *Roxin* ihmali suçları, açıkça yükümlülük suçları olarak nitelendirmiş ve § 14 hükmünün ilk baştan itibaren sadece yükümlülük suçları ile ilişkili olduğunu ifade etmiştir (Jähnke, Laufhütte, Odersky, **a.g.e.**, s.106; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24, 25; Martin, **a.g.e.**, s.23).

Bu tipteki suçlar ile en çok ekonomi hukukunda karşılaşmaktadır (Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.44; Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.202). Bu tür fail unsurlarının ve 14.paragrafın uygulanması alanı, yan ceza hukukuna göre çok daha geniştir (Jähnke, Laufhütte, Odersky, **a.g.e.**, s.124; Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.202).

Ekonomik suçların büyük bir çoğunluğu da özgü suç olarak düzenlenmiştir. Ekonomik suçlarda özgü suçun detaylı olarak incelendiği eser için bkz: Eva Julia Krause, **Sonderdelikte im Wirtschaftsstrafrecht**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008.

²³⁸ Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.106.

Eğer herkese yönelik emir içeren suç söz konusu ise, bu halde daha çok fiil tanımlanmaktadır ve unsur fiile ilişkindir (Grunst, **a.g.m.**, s.549). Alman Federal Yüksek Mahkemesi, *Roxin*’in özel kişisel unsurun bu kısmına ilişkin teorik anlayışını takip etmiştir, bu anlayışa katılmıştır. Ancak sadece özgü yükümlülüğün özel kişisel unsur olduğu hususunda *Roxin*’den ayrılmaktadır. *Grunst*’a göre, özgü yükümlülüğün ceza hukukunun dışından kaynaklanması onaylanmalıydı (Grunst, **a.g.m.**, s.549).

BGH’ye göre, suçun kanuni tanımında yer alan unsurun yükümlülük ile alanının sınırlandırılması için belirleyici faktör olarak yükümlülüğün hangi türünün unsur olduğu tanımlanmalıdır. Eğer ceza hukukundan önce de varolan, henüz tipikleştirilmemiş (*vorstrafrechtlich*) özgü yükümlülük failin şahsiliği olarak tanımlanmışsa, bu unsur faile ilişkindir (Grunst, **a.g.m.**, s.549).

Özel bir kişisel unsurun ne zaman bulunduğunu tespit edebilmek için yükümlülük suçunda fail unsurunun neden cezalandırıldığını ya da başka bir deyişle hangi düşünceler ile kanun koyucunun bu grubu oluşturan kişileri cezalandırmaya layık fail olarak gördüğünü belirlemek gereklidir (Heidland, **a.g.e.**, s.35).

cezayı indiren unsurlar ya da cezayı kaldıran unsurlar olmak üzere üçe ayrılarak ve cezalandırmanın temel sebebi olan ve cezayı ağırlaştıran unsurlar da faile ilişkin objektif unsurlar ile faile ilişkin subjektif unsurlar olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir²³⁹. Bir görüşe göre objektif ya da subjektif unsur, haksızlık, kusur ya da cezanın belirlenmesi alanının bir parçası olabilir ya da cezayı ortadan kaldırabilir²⁴⁰. Suçun kanuni tanımında failin subjektif özelliklerini tanımlayan unsurlar bulunduğu gibi, objektif unsurlar da ruhsal bir durumu ya da süreci anlatmaya hizmet edebilir²⁴¹. Özel kişisel unsurlar, failin kişiliğini dış dünyaya yansıtmaya olarak tanımlayan faile ilişkin objektif unsurlar ve failin manevi durumuna ilişkin olarak tanımlayan faile ilişkin subjektif unsurlar olarak ikiye ayrılmaktadır²⁴². Bu kategorinin kapsamına objektif ve subjektif olarak suç tipinde süreyi tanımlayan tüm unsurlar (*kamu görevlisi, erkek, kazaya karışan kişi, anne gibi*) girmektedir²⁴³. Doktrinde bir görüşe göre, geçici türde durumlar, bilhassa failiğe ilişkin tutum, saik ya da amaç gibi unsurlar da özel kişisel unsur kapsamındadır²⁴⁴. Aksi yöndeki görüşe

²³⁹ Gerl, **a.g.e.**, s.81 vd.

²⁴⁰ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.11, 14; Hoyer, **a.g.e.**, § 14, s.14, kn.28; Radtke, **a.g.m.**, s.645; Langer, **a.g.m.**, s.258; Joecks, **a.g.e.**, § 28, kn.22; Kühl in: **Lackner/Kühl Strafrechtsgesetzbuch**, § 28, kn.4; Gerl, **a.g.e.**, s.175, s.52; Heinrich, **a.g.e.**, s.595, kn.1351.

Aksi yöndeki görüşe göre, Alm. CK § 28 ve Alm. CK § 14'de yer alan özel kişisel unsur, özgü haksızlığın tipikleştirilmiş bir haksızlık unsurudur (Langer, **a.g.m.**, s.264). Benzer yönde başka bir görüşe göre, özel kişisel unsur "*kişisel haksızlık*" içerisinde karakterize edilmektedir (Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.106).

Roxin'e göre, haksızlık ya da kusur unsurunun ayrı ayrı mı, yoksa tamamen mi 28. paragraf ile ilgili olduğu sorusunun cevabı, paragrafın uygulama alanı ile ilgili belki de önemli bir açıklama getirebilir (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.11, kn.20; Heidland, **a.g.e.**, s.4).

²⁴¹ Gerl, **a.g.e.**, s.81.

²⁴² Hoyer, **a.g.e.**, s.14, kn.28; Gerl, **a.g.e.**, s.81; Heidland, **a.g.e.**, s.31.

²⁴³ Langer, **a.g.m.**, s.258; Joecks, **a.g.e.**, kn.22; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.65, kn.17; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.11, 14; Radtke, **a.g.m.**, s.7; Gerl, **a.g.e.**, s.175, 52; Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.143; Heinrich, **a.g.e.**, s.595, kn.1351.

Bu hükümde yer alan özel kişisel unsurlar, failin şahsıyla ilgili unsurlardır (Kasiske, **a.g.e.**, s.78, kn.208; Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.201, kn.2).

Görev suçlarında, kamu görevlisi özelliğini haiz olma bu unsurlara örnektir (Kasiske, **a.g.e.**, s.78, kn.208; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.31; Bernward Gätzler, **Die Besonderen Persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des § 50 Abs. 2. StGB**, München, 1955 s.75; Paul Bockelmann, Klaus Volk, **Strafrecht AT**, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1987, s.184; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.60; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.113, kn.285; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.353; Jakobs, **a.g.e.**, s.175, kn.90; Welzel, **a.g.e.**, s.63, 64; Chen, **a.g.e.**, s.29; Nagler, **a.g.e.**, s.27; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15; Sturm, **a.g.e.**, s.25).

²⁴⁴ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.14.

göre ise, Alm. CK § 28 anlamında özel kişisel unsurlar sadece objektif unsurlar bakımından mümkün olup, subjektif unsurlar (*tutum, saik ya da amaç unsuru*) bakımından, hiç kimsenin temsil veya emir şeklinde bu unsurları taşıması mümkün olmayacağından söz konusu olmaz²⁴⁵. Düşüncemize göre, Alm. CK § 14 kapsamında

Birçok suç tipi, dış dünyaya yansıyan bir eylemin tanımı için yeterli değildir, aksine ruhsal alana ilişkin unsurlar içerir. Bu gruba, belirli amaç, eğilim, tutum, saiki belirleyen unsurlar dahildir. Ayrıca genel kastın bilme unsuru koşulu da bu kapsamdadır ve birkaç tipikliğin görünürde objektif unsurlar olan “*mesleki*”, “*alışkanlık*” ve “*ticari*” unsurları da bu kapsamdadır (Gerl, **a.g.e.**, s.175, 176; Heidland, **a.g.e.**, s.109). Bu görüşe göre, faile ilişkin subjektif unsur, Alm. CK § 28’in ana uygulama alanını oluşturmaktadır; çünkü bir insanın ruhsal alanından daha fazla kişisel olabilecek bir unsur bulunmamaktadır (Gerl, **a.g.e.**, s.176).

Özel kişisel unsur, tipikliğin subjektif unsurları ile ilgili olabileceği gibi genel olarak böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır (Heinrich, **a.g.e.**, s.595, kn.1351; Hoyer, **a.g.e.**, § 14, s.14, kn.28). Faile ilişkin subjektif unsurlar; amaç unsurları, saik ve tutum unsurları, mesleki, alışkanlık ve ticari olarak ayrılmıştır (Heidland, **a.g.e.**, s.123-150; Gerl, **a.g.e.**, s.183-218). Amaç unsuru, Alm. CK’da farklı anlamlarda kullanılmaktadır, kanunda farklı ifadelerle rastlanmaktadır, örneğin, “*-mek, -mak için*”, “*amaç*”, “*aldatmak için*” gibi (Heidland, **a.g.e.**, s.123). Amaç unsurlarına örnek olarak; “*suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi*” suçunda “*zenginleşme amacı*” (Alm. CK § 259); “*meslek veya sanat halinde fuhşa aracılık*” suçunda “*kendisine malvarlığı çıkarı sağlamak amacı*” (Alm. CK § 181a/1/2); saik ve tutum unsurlarına örnek olarak; “*nitelikli insan öldürme suçu*”nda yer alan “*öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin etme, sırf maddi menfaat ve sair saik nedeni*” (Alm. CK § 211); mesleki unsura örnek olarak; “*fuhuş yapan kişilerin sömürülmesi suçu*”nda yer alan “*meslek veya sanat haline getirerek*” (Alm. CK § 180a/1, 180a/2, 181a/2) gösterilmiştir (Heidland, **a.g.e.**, s.123-150; Gerl, **a.g.e.**, s.183-218). Bu düşünceyi desteklemek amacı ile Alm. CK § 331 ve devamında yer alan kamu görevlisi olma şeklindeki tipikliğin objektif unsurunun görev sırasında işlenen suçlar bakımından faile ilişkin özel kişisel unsur olması; § 242’de yer alan hırsızlık suçunda özgüleme amacı şeklindeki tipikliğin subjektif unsurunun ve § 271/3’de yer alan resmi belgeleri dolaylı olarak gerçek dışı düzenleme suçunda kazanç elde etme amacı, yararlanma amacının fiile ilişkin bir unsur olması örnek olarak gösterilmektedir (Heinrich, **a.g.e.**, s.595, 596, kn.1351; Joecks, **a.g.e.**, § 28, kn.23; Krause, **a.g.e.**, s.42.).

²⁴⁵ Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.185; Momsen, Laudien in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 14, kn.29; Roxin in: **Jähne/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59; Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.54; Hoyer, **a.g.e.**, s.14, kn.28; Perron in: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, § 14, kn.8, 12; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.11, 14; kn.28; Radtke, **a.g.m.**, s.645; Langer, **a.g.m.**, s.251, 258; Joecks, **a.g.e.**, kn.22; Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, § 28, kn.4; Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.144.

Özel kişisel unsurlar arasında herkesi ilgilendirmeyen, sadece belirli kişiyi tanımlayan faile ilişkin objektif unsur bulunmaktadır (Heidland, **a.g.e.**, s.31; Gerl, **a.g.e.**, s.82). Faile ilişkin objektif unsur, ilgili kişiye bağlıdır (Joecks, **a.g.e.**, kn.22; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.65, kn.17). Faile ilişkin objektif unsorda, ceza hukuku dışında yükümlülük altında olan bir kişi tanımlanmaktadır (Heidland, **a.g.e.**, s.34). Özel kişisel ilişki kapsamında, 14.paragraf temsilciliğe izin verdiği sürece, çoğunlukla faillğe ilişkin objektif unsur bulunmaktadır (Martin, **a.g.e.**, s.25; Perron in: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, § 14, kn.10, 11).

Tipikliğin subjektif unsurlarının kişisel yönü bulunmakta ise de, Alm. CK § 28 anlamında “*özel kişisel unsur*” değıllerdir (Radtke, **a.g.m.**, s.645).

Alm. CK § 28 hükmü, “*canavarca hisle*” ya da “*genel tehlike yaratacak şekilde*” işlenmesi halinde uygulanmaz (Bohlander, **a.g.e.**, s.174).

Gerl, faile ilişkin objektif unsurları özel yükümlülük durumları ve yükümlülük durumu olmaksızın yapılan tanımlar olarak ayırarak incelemiştir. Yükümlülük içeren faile ilişkin objektif unsurlar; mesleki yükümlülükler, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülükler ve bunların dışında kalan diğer

özel kişisel unsuru haiz olmayan temsilcinin gerçekleştirdiği eylem nedeni ile sorumlu olması öngörüldüğünden dolayı bu unsurlar, temsil edilene ilişkin tipikliğin objektif unsurları ile ilgili olabilir. Subjektif unsurlar, fail ile fiil arasındaki subjektif bağ olduğundan ve objektif unsurların bilinip bilinmemesine ilişkin olduğundan bu kapsamda olmadığı düşüncesindeyiz.

Alm. CK § 14’de “*nitelik, ilişki ya da durum*” olarak tanımlanan cezalandırmanın temel sebebi olan özel kişisel unsur kavramı, Alm. CK § 28 hükmünden farklı anlamdadır²⁴⁶. Özel kişisel unsur kavramının kanunda yer aldığı hükümler incelenirse, bu halde kanunun münferit alanlarında farklı şekilde işlendiği anlaşılmaktadır²⁴⁷. Alm. CK § 14’deki yasal tanıma rağmen, bu unsurların içerik ve sınırları kesin bir şekilde açıklanmamıştır²⁴⁸. *Langer*, özel kişisel unsur kavramını suç tipinde faile ilişkin kişisel nitelik, ilişki ya da durum olarak tanımlamaktadır²⁴⁹.

yükümlülükler olarak sınıflandırılmıştır (Gerl, **a.g.e.**, s.97-165; Heidland, **a.g.e.**, s.52-102; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.384; Chen, **a.g.e.**, s.35). Mesleki yükümlülük durumlarına örnek olarak; kamu görevlisi, kamu hizmeti sunan yükümlüler, temsilciler, bilirkişiler, posta görevlisi, asker, diplomatik temsilci, demiryolu, havayolu ve denizyolu araçlarının sürücüler (*Alm. CK § 315a*), inşaat müdürü ve inşaatı gerçekleştirenler (*Alm. CK § 330*); aile hukukundan kaynaklanan yükümlülük durumlarına örnek olarak; nafaka yükümlülüğü, bakım veya eğitim yükümlülüğü, birden çok evlilik, yasağı, akrabalar arasında cinsel ilişki yasağı, himayesine verilen kişinin cinsel istismar yasağı; diğer yükümlülük durumlarına örnek olarak ise, askerlik yükümlülüğünden kaçınma yasağı (*Alm. CK § 109, 109a*); trafik kazası yerinden kaçma yasağı (*Alm. CK § 142*); gerçeği söyleme yükümlülüğü (*Alm. CK § 153, 154, 156*) (Gerl, **a.g.e.**, s.97-165; Heidland, **a.g.e.**, s.52-102; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.72, kn.37; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.384; Chen, **a.g.e.**, s.35). Faile ilişkin yükümlülük durumu içermeyen objektif unsurlara örnek olarak; meslek icrası yasağının ihlali (*Alm. CK § 145 c*), yetki gaspı (*Alm. CK § 132*), hükümlü, erkek, seyahat eden, gemi kaptanı, çete üyesi (*Alm. CK § 244/1*) verilmiştir (Gerl, **a.g.e.**, s.165-175; Heidland, **a.g.e.**, s.102-109).

Heidland’ın inceleme şekline göre ise, faile ilişkin objektif unsur, yükümlülük suçları ve ceza hukuku dışından kaynaklanmayan failin yükümlülük durumlarının tanımlandığı unsurlar olarak ikiye ayrılmıştır (Heidland, **a.g.e.**, s.102). İnceleme şekilleri farklı olsa da her iki gruba ilişkin olarak *Heidland* ve *Gerl*’in açıklamaları benzer yöndedir.

²⁴⁶ Heinrich, **a.g.e.**, s.596, kn.1353; Hans Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, 38. Edition, 2018, § 28, kn.4; Radtke, **a.g.m.**, s.645; Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, § 28, kn.3; Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.54; Joecks, **a.g.e.**, § 28, kn.19; Perron in: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, § 14, kn.8; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.11; Klaus Weber, **BtMG**, 5. Auflage, 2017, kn.767; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.185; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.25, kn.58; Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.201, kn.3; Ralph Ingelfinger in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017, s.347, kn.3; Krause, **a.g.e.**, s.56; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.65, kn.15; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.63, kn.3; Langer, **a.g.m.**, s.247.

²⁴⁷ Langer, **a.g.m.**, s.242.

²⁴⁸ Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.201, kn.3.

²⁴⁹ Langer, **a.g.m.**, s.247.

Suçun kanuni unsurunun özel kişisel nitelik, ilişki ya da duruma dayanıp dayanmadığı her olay için ayrıca değerlendirilmelidir²⁵⁰.

Kişisel nitelik, kişinin hukuki, doğal, fiziksel ya da ruhsal bir özelliğine ilişkin olabilir²⁵¹. Örneğin, yaş ya da cinsiyet gibi²⁵². Bu özellikler, kişinin şahsından ayrılamayan, şahsa bağlı unsurlardır²⁵³. Kişisel ilişki, insanın çevreyle ya da bir başka insan, eşya veya kurum ile olan dış bağıı ifade etmektedir²⁵⁴. Özel kişisel ilişkiye örnek olarak, Alm. CK § 246’da yer alan “*güveni kötüye kullanma*” suçunda eşyanın emanet edildiği kişiye yönelik güven ilişkisi, Alm. CK § 133’de yer alan “*resmi bir makamın muhafazasının ihlali*” hükmü kapsamında emanet görevine dayanan ilişki, Alm. CK § 173’de yer alan “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*” hükmü kapsamında akrabalık ilişkisi ya da kamu görevlisi olmak, doktor veyahut avukat olmak örnek olarak gösterilmiştir²⁵⁵. Kişisel durumlar, özel kişisel nitelik ya

²⁵⁰ Heinrich, **a.g.e.**, s.596, kn.1353.

²⁵¹ Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 28, kn. 5; Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, § 28, kn.3; Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.54; Perron in: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, § 14, kn.8; Weber, **a.g.e.**, kn.768; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.65, kn.16; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.12.

²⁵² Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 28, kn. 5; Joecks, **a.g.e.**, kn.20; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.12; Weber, **a.g.e.**, kn.768; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.65, kn.16.

Yaş için örnek olarak, § 173’de yer alan “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*” suçunda yer alan “*henüz onsekiz yaşını doldurmuş olmayan hısımlar ve kardeşler*” gösterilmiştir (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59).

²⁵³ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.12; Joecks, **a.g.e.**, kn.20; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.65, kn.16.

Ayrıca bkz: BGHSt 6 262 (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59).

²⁵⁴ Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.54; Joecks, **a.g.e.**, kn.21; Perron in: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, § 14, kn.10, 11; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.13; Weber, **a.g.e.**, kn.768; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.65, kn.16.

Ayrıca bkz: BGHSt 6 262 (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59).

²⁵⁵ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.13; Gätzeler, **a.g.e.**, s.66; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.65, kn.16; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.64, kn.3; Bohlander, **a.g.e.**, s.35; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.38; Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 28, kn.6.

Heine/Weißer’a göre, kamusal hizmet için özel yükümlü olanlar, hakimler, askerler, kamu görevlisi özelliğine sahip olanlar özel kişisel ilişki kapsamındadır (Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.13). Kamu görevlisi olmanın özel kişisel nitelik olduğuna ilişkin görüş de bulunmaktadır. Bkz: Gätzeler, **a.g.e.**, s.75.

Bu ayrımı mantıklı bulmayan Roxin’e göre, örneğin akrabalık gibi bir unsur insanın şahsına ayrılmaz bir şekilde bağlı iken, bir yandan da diğer insanlarla belirli bir ilişki içindedir. Bu yüzden de nitelik

da ilişki olmayan faile ilişkin diğer kişisel unsurlardır²⁵⁶. Nitelik ve ilişki unsurundan farklı olarak durum unsurunda devamlılık unsuru gerekli değildir, geçicidir²⁵⁷. Kişisel duruma, “*hamilelik*” de örnek olarak verilebilir²⁵⁸. Örneğin, Alm. CK § 260’da yer alan “*meslek veya sanat haline getirerek suç eşyasının satın alınması*” suçunda “*meslek veya sanat haline getirme*” duruma örnek olarak gösterilmiştir²⁵⁹.

Kişisel unsurlardan hangilerinin özel olarak kabul edilmesi gerektiği, yanıtlanması çok daha zor bir problemi ortaya çıkarmaktadır²⁶⁰. Burada kavramın tanımındaki ana problem, içeriksel olduğu kadar metodik de olan bu soruda bulunmaktadır. Özel ve genel kişisel unsur arasındaki sınır, sadece kişisel haksızlık unsuru içerisindedir: Özel kişisel unsur, sadece kişisel unsuru taşıyan iştirak edene uygulanabilen kişisel bir haksızlık unsurudur²⁶¹. Genel ve özel kişisel unsurun sınırlandırılması için esas olan kategoriler, genel haksızlık ve özgü haksızlıktır. Her haksızlık, hukuk normuna aykırı bir toplumsal değer ihlalidir, nesnel bakış açısı altında hukuki değer ihlalidir²⁶². Suç tipinde herkes tarafından gerçekleştirilebilecek genel unsur, genel haksızlık unsurudur. Sadece belirli kişiler tarafından gerçekleştirilebilen, genel haksızlığın karşısında bulunan, ilgili haksızlık unsurunu bireyselleştiren, özgü suç tiplerinde bulunan haksızlık unsuru, özel haksızlık unsurudur²⁶³.

“Özel” ve “kişisel” kelimeleri yorumlanmaya devam ettiği sürece, bu kavramlardan hangisinin yorum için faydalı olduğu konusunda tartışma bulunmaktadır. Bu anlayışın temelinde ilk adım, hükmün uygulama alanı için maddi

olarak da, ilişki olarak da sınıflandırılabilir. Esasen böyle bir ayrımın pratik bir anlamı da yoktur. Çünkü kanun koyucu nitelik ve ilişkiyi eşit olarak ele alır (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59).

²⁵⁶ Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 28, kn.7; Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.54; Joecks, **a.g.e.**, kn.21; Perron in: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, § 14, kn.12; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.14; Weber, **a.g.e.**, kn.768; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59.

²⁵⁷ Joecks, **a.g.e.**, kn.21; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.59; Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.142; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.65, kn.16.

²⁵⁸ Bohlander, **a.g.e.**, s.35; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.38; Joecks, **a.g.e.**, kn.20.

²⁵⁹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.225, kn.596.

²⁶⁰ Gerl, **a.g.e.**, s.52; Langer, **a.g.m.**, s.258; Langer, **Das Sonderverbrechen**, s.258.

²⁶¹ Langer, **a.g.m.**, s.258, 260; Langer, **Das Sonderverbrechen**, s.260.

²⁶² Langer, **a.g.m.**, s.261; Langer, **Das Sonderverbrechen**, s.280, 338.

²⁶³ Langer, **a.g.m.**, s.261; Langer, **Das Sonderverbrechen**, s.436.

unsurlardan kişisel unsurların ayrılmasıdır, ikinci adım ise, geniş kapsamlı olan kişisel unsurlardan “*özel*” olanlarının bulunup çıkarılmasıdır²⁶⁴. Teleolojik düşünceden bağımsız bir incelemede, “*özel*” kelimesinin ifade bakımından değeri önemsizdir²⁶⁵. “*Özel*” kelimesinin günlük dilde olduğu gibi, “*belli*”, “*belirli*” ya da benzeri bir anlamının olduğu pek düşünülemez. “*Özel*” kelimesinin tek olası anlamı, her suçun unsuru olmayan, aksine sadece bazı suçlarda bulunan bazı kişisel unsurların söz konusu olmasıdır. Ancak bu “*özel*” kelimesi, “*özel*” suçların niteliği ve karakteristiği hakkında birşey ifade etmemektedir ve bu kelimenin bulgusal değeri azdır²⁶⁶. Bir başka görüşe göre ise, Alm. CK § 28’e göre bir unsurun hangi koşullarda “*kişisel*” olduğunu bulmak zordur. Suçun unsurları, failin fiilini tanımlar ve böylece her zaman fiile ilişkindir. Diğer taraftan tipiklik unsurları, her zaman sadece nedensel bir süreci ilgilendirmez, aksine her zaman failin şahsına atıf yapan bir insan hareketini de içerir. En geniş anlamıyla faile ilişkin olma, Alm. CK § 28’de kesinlikle ele alınmamıştır, çünkü aksi takdirde “*kişisel*” kavramı gereksiz olurdu ve özel bir kural öngeren bu hüküm için unsur belirlemesi, sadece “*özel*” sıfatı ile yapılmalıydı. Eğer ceza kanunun genel hükümlerinin cezalandırılabilirlik koşullarından farklı olarak suç tipine ait olma, “*özellik*” olarak anlaşılsaydı, “*kişisel*” kavramı şekli olarak belirlenirken 28.paragraf anlayışında yetersiz kalırdı²⁶⁷. Düşüncemize göre, “*özel*” ve “*kişisel*” kelimeleri ile bazı unsurların genel unsurlardan ayrılması ve bu şekilde sınırlandırılması amaçlanmaktadır. Her iki kelimenin de ifade etmek istediği anlam farklı olduğu için her ikisinin de kullanılması gerektiği düşüncesindeyiz. “*Kişisel*” kavramı, nesnelin karşıtı olan kişiye ilişkin olan unsurları, “*özel*” kavramı ise genelin karşıtı olarak belirli hususlara ilişkin olan unsurları ihtiva etmektedir. Ayrıca, “*kişisel*” kavramı ile faile ilişkin unsurun olduğu da anlaşılmaktadır²⁶⁸.

²⁶⁴ Radtke, **a.g.m.**, s.645.

²⁶⁵ Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.142.

²⁶⁶ Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.143.

²⁶⁷ Gerl, **a.g.e.**, s.52, 53.

²⁶⁸ Aynı yönde Alm. CK § 28’de yer alan “*kişisel*” ifadesinden dolayı fiile ilişkin unsurlardan ayrıldığını kabul eden görüş için bkz: Momsen, Laudien in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 14, kn. 29.

c. Değerlendirme ve Tanım

Özgü suç kavramının tanımlanması, genel suç ile arasındaki sınırın belirginleştirilmesi, benzer kavramlar ile ayrımının açık bir şekilde belirlenmesi ve tanımın içeriğinden yola çıkarak unsurların oluşturulması konuları ile arasında yakından ilişki bulunmaktadır.

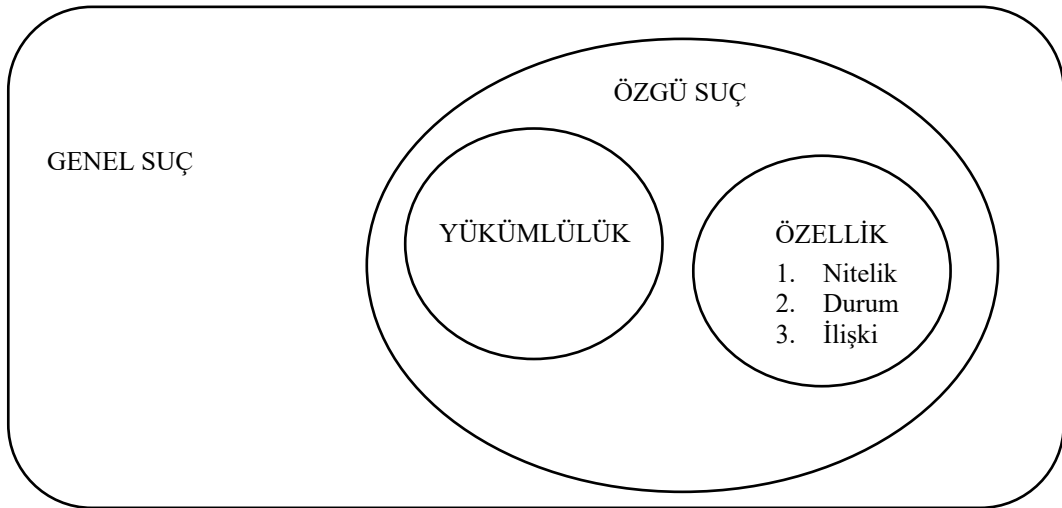
Özgü suçun kavramsal incelemesine birinci bölümde detaylı ve kapsamlı bir şekilde yer verilmesi bilinçli bir tercih olup, aynı zamanda yaygın bir şekilde rastlanmış olduğumuz salt hukuki neticeler göz önüne alınarak yapılan yüzeysel tanımlamalardan kaçınılmak istenmiştir. Salt hukuki neticeler göz önüne alınarak yapılan tanımlamaların isabetli olmadığı ve eksiklikler içerdiği yukarıda incelenen pek çok tanımda tespit edilmiştir. Bu sebeple, hukuki neticelerin ortaya çıkardığı pek çok sorunun çözümüne ancak derinlemesine incelenme sonucunda ulaşılan tanımlama sayesinde ulaşılabileceği düşüncesindeyiz. Ancak şüphesiz ki tanımlama, hukuki neticeleri öngörecektir şekilde olmalı, belli bir sistematığa dayanmalı, konunun ceza hukuku öğretisindeki konumunu belirleyici nitelikte olmalı, hukuki niteliği anlaşılabilirliği, benzer kavramlarla olan ilişkisinde sınırları çizebilmeli ve unsurları kapsayıcı mahiyette olmalıdır.

Özgü suçu geniş anlamda ve dar anlamda olarak iki farklı perspektifle inceleyebiliriz. Geniş anlamda özgü suç, suçun kanuni tanımında faillik alanının herhangi bir suretle sınırlandırıldığı suçtur; dar anlamda özgü suç ise özgü suçun faillik alanının daraltılması şekillerine göre her bir yöntem kapsamı ile sınırlı olarak özgü suçun kabul edilmesidir. Faillik alanında yapılan sınırlandırma işlemi o suç tipini, özgü suç grubunun içerisine dahil eder. Düşüncemize göre özgü suç, suçun kanuni tanımında failin herhangi bir kişi olarak öngörülmediği, haksızlığın özel olarak belirlendiği ve tipik hale getirildiği, ceza tehdidinin ve cezalandırılabilirliğinin özel olarak kararlaştırıldığı ve buna tipiklikte yer verildiği, failin belirli bir yükümlülüğünün (*özel yükümlülük*) ya da özelliğinin (*özel nitelik, durum, ilişki*) öngörüldüğü, bu yöntemlerle faillik alanının sınırlandırıldığı suçlardır.

Benzer kavramlarda detaylı bir şekilde incelenecek olan doktrinde ileri sürülen yükümlülük suçları, bizzat işlenebilen suçlar, amaç suçlar veya başka bir isim ile adlandırılabilen yine faillik alanını sınırlandıran suçları, bir suç grubu olarak genel ve özgü suç gruplarının yanı sıra harici olarak kabul etmediğimizi, bu suç türlerinden bir kısmının özgü suç grubu içerisinde özgü suçun görünüm şekilleri olabileceğini kabul ettiğimizi ifade etmeliyiz.

Özetle, faillik alanına göre suçları, genel suç ve özgü suç olarak sınıflandırmakta, özgü suçların faillik için belirli bir yükümlülük ya da özelliğin öngörüldüğü suçlar olduğunu, özelliğin kapsamına ise faile ilişkin nitelik, durum ya da ilişkinin dahil olduğunu kabul etmekte, bu yöntemler ile sınırlandırılan faillik alanının dışında kalan ve herkes tarafından işlenebilen suçların ise genel suçlar olduğunu kabul etmekteyiz. Benimsediğimiz sınıflandırma ve tanımlamaya bağlı ayrım aşağıda yer alan tablo incelendiğinde daha açık bir şekilde anlaşılabacaktır:

Tablo 1.1



C. Özgü Suçun Tarihsel Gelişimi

1. Doktrinde Yapılan Çalışmalar Yönünden Tarihsel Gelişimi

Türk doktrinin aksine Alman doktrinde özgü suç kavramına ilişkin olan sayıca pek fazla olmasa dahi monografik nitelikte bilimsel çalışmalar bulunmakta

olup, tarihsel gelişim göz önüne alınarak konuya ilişkin yapılan önemli çalışmalar ve bu çalışmaların özgü suçun gelişimi yönünden katkıları incelenecektir.

Nagler'in “*Özgü Suça İştirak*” isimli eseri ile özgü suç kavramının dogmatik temelde geliştirilmesinin üzerinden bir yüzyıl geçmiştir²⁶⁹. *Nagler*, çalışmasının konusunu iştirak alanı ile sınırlandırmıştır ve iştirak alanındaki sorunlara çözüm getirmeyi amaçlamıştır²⁷⁰. Esasen *Nagler*'in 1903 yılında yayımladığı bu eserden önce bu konu üzerinde çalışılmıştır, ancak inceleyen yazarlar özgü suçu başlı başına bir konu olarak değil, suç tipinin farklılıkları kapsamında yüzeysel olarak ele almışlardır²⁷¹.

Bu eserin yanı sıra, 1917 yılında *Baumbach von Kaimberg*'e ait “*Özgü Suçun Niteliği, Özellikle Özgü Suça İştirak*” isimli eserde de, özgü suçun niteliği, özellikle özgü suça iştirak meselesi incelenmiştir²⁷².

Daha sonra *Sturm* tarafından 1939 yılında yayımlanan “*19.yüzyıldan İtibaren Özgü Suçun Doktrin ve İctihatlarda Gelişimi*” isimli eser, özgü suçu hem kavram ve unsurları yönünden hem de iştirak yönünden incelemiştir²⁷³. *Sturm*, eserinde kavramsal incelemeyi derinlikli olarak ele almamış, tek tek Alman hukuku tarihsel dönemlerine göre özgü suç tiplerine örnekler vererek açıklamış, suç ve disiplin haksızlığını incelemiştir.

Nihayet *Langer*'in 1972 yılında yayımlanan “*Özgü Suç*” isimli monografik nitelikteki eseri, özgü suçu bütüncül olarak sistematik bir biçimde inceleyen ilk eserdir²⁷⁴. *Nagler*, özgü suç ön kavramıyla ve onun karşıtı niteliğinde olan genel suçun ön kavramıyla bu araştırmayı başlatmıştır ve bu araştırmasının devamında

²⁶⁹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.206.

Eser için bkz: Johannes Nagler, **Die Teilnahme Am Sonderverbrechen**, Verlag Von Wilhelm Engelmann, 1903.

²⁷⁰ Nagler, **a.g.e.**, s.4; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.206.

²⁷¹ Nagler, **a.g.e.**, s.1.

²⁷² Eser için bkz: Ernst Baumbach von Kaimberg, **Das Wesen des Sonderverbrechens insbesondere die Teilnahme am Sonderverbrechen**, Strassburg, 1917.

²⁷³ Eser için bkz: Walter Sturm, **Die Entwicklung der Sonderverbrechen in Wissenschaft und Rechtsprechung seit dem 19. Jahrhundert**, Graphische Werkstätten, Gatzert & Hahn, Schramberg (Schwarzwald), 1939.

²⁷⁴ Eser için bkz: Winrich Langer, **Das Sonderverbrechen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1972.

kavramın kapsamını sınırlandırmış ve içerik olarak da ayrıntılı bir tanım yapmıştır²⁷⁵. *Langer*'in bu eseri, önceki yazarlardan farklı olarak özgü suç kavramını tüm yönleriyle belirli bir sistematik içinde farklı bir bakış açısı ile kapsamlı olarak inceleyen ve özgü suçun geliştirilmesinde çok büyük öneme sahip bir eserdir.

Daha sonra *Deichmann* tarafından 1994 yılında yayımlanan “*Özgü Suçun Sınırları*” isimli eserde, özgü suç kavramsal olarak irdelendikten sonra tanıklık suçları ve trafik suçlarının özel kişisel unsur ile süje niteliği sorunları tartışılmıştır²⁷⁶. Bu eser, özgü suç kavramını tüm yönleri ile ele alan bir çalışma olmaktan ziyade, iki farklı suç grubunun tartışmalı kısımlarını inceleyen nitelikte bir bilimsel eserdir.

2. Özgü Suç Kavramının İçeriği Yönünden Tarihsel Gelişimi

Özgü suç kavramı, genel hukukun başlangıcından beri ceza hukuku biliminin bir kavramı olmuştur. Bu kavramın içeriğinin tanımlanması ise, neredeyse sadece literatürde ve az da olsa yargı kararlarında yapılmıştır²⁷⁷.

Bu kavram, Romalılar döneminde de bilinmekteydi²⁷⁸. Roma Hukuku döneminde suçlar, genel ve özgü suç olarak ayrılmamıştır. Ancak *Arrius Menander*'in sınıflandırması sonraki tanımlamalar için başlangıç noktasını oluşturmuştur²⁷⁹. Bu dönemde, özgü suç ve genel suç ayrımı henüz bilinmemekteydi; suçlar kamu suçları, özel ve olağan dışı suçlar olarak sınıflandırılmaktaydı²⁸⁰. Roma Hukuku döneminde, askeri suçlar “*delicta propria*” olarak adlandırılmakta ve sadece askerler tarafından işlenebilmekte ve diğer tüm suçlar “*delicta communia*” olarak adlandırılmakta ve herkes tarafından işlenebilmekteydi. Roma Hukuku'na göre suçlar, her vatandaş tarafından işlenebilen cinayet, zina ve sadece belirli bir sınıf tarafından işlenebilen suçlar olarak sınıflandırılmıştır. Askeri suçların yanı sıra

²⁷⁵ Langer, *Die Sonderstrafstat*, s.208.

²⁷⁶ Eser için bkz: Marco Deichmann, *Grenzfälle der Sonderstrafstat*, Duncker & Humblot & Berlin, 1994.

²⁷⁷ Langer, *Die Sonderstrafstat*, s.207.

²⁷⁸ Baumbach von Kaimberg, *a.g.e.*, s.19.

²⁷⁹ Krause, *a.g.e.*, s.31; Nagler, *a.g.e.*, s.18; Baumbach von Kaimberg, *a.g.e.*, s.19.

²⁸⁰ Baumbach von Kaimberg, *a.g.e.*, s.19; Krause, *a.g.e.*, s.31.

memur suçları, yükümlülük ihlali olduğu sürece din adamlarının suçları bulunmaktaydı²⁸¹.

Özgü suç ve genel suç ayrımı, daha sonra yapılmıştır ve bir süre için tüm kriminalistler tarafından kabul edilmiştir. *Geib* ve *Nagler*'in özgü suç ve genel suç arasındaki sınırı farklı şekillerde yorumlanmıştır²⁸². Roma Hukuku'nda maddi-hukuki kritere dayanan özgü suç-genel suç ayrımı yapılsa idi, *Menander*'in ayrımı ya da “*delicta publica-delicta privata ya da extraordinaria*” ayrımı kullanılabilirdi²⁸³.

Bu tanımlamalar, özgü suçun daha sonraki tanımları için bağlantı noktası olarak kullanılmıştır; *Feuerbach* tarafından yapılan özgü suçun devlette sadece özel görevin üyelerine karşı geçerli olması şeklindeki tanımda olduğu gibi. Buradan genel ve özgü suçlar arasındaki ayrım anlaşılmaktadır²⁸⁴. Özgü suçlar, kabul edildiği dönemde sadece meslek suçları (*Standesdelikte*) olarak görülmekteydi. Özel meslek suçları kavramından asker ve memur durumundakiler anlaşılmaktaydı²⁸⁵. Özgü suçun meslek suçları ile özdeşleştirilmesi, uzun bir zaman hakim görüş olarak kabul edilmiştir, 19.yüzyıl literatüründe çoğunlukla bu tanım kullanılmıştır²⁸⁶. *Geib*, meslek suçları (*Standes/besondere Delikte*) ifadesini kullanmış, ondan sonra gelen çok sayıda temsilci de bu şekilde incelemiştir²⁸⁷. 1932 yılına ait eserinde *Hippel* de, özgü suç olarak adlandırılan suçların özellikle mesleki ve kamusal durumlarda cezalandırmanın temel sebebinin oluşumunda etkili olduğunu ifade etmiştir²⁸⁸.

Özgü suç kavramını farklı şekilde yorumlayan yazarlar da olmuştur. Sadece hizmet ve kamu ilişkisinin bulunduğu kişiler tarafından işlenebilen suçlar olarak tanımlanması da buna bir örnektir²⁸⁹. Özgü suçun meslek suçu olarak

²⁸¹ Sturm, **a.g.e.**, s.4.

²⁸² Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.19.

²⁸³ Krause, **a.g.e.**, s.31.

²⁸⁴ Krause, **a.g.e.**, s.32.

²⁸⁵ Nagler, **a.g.e.**, s.27; Krause, **a.g.e.**, s.32.

²⁸⁶ Krause, **a.g.e.**, s.32.

²⁸⁷ Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.19, 20.

Meslek suçlarını yükümlülük suçu olarak kabul eden görüş için bkz: Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.384; Chen, **a.g.e.**, s.35.

²⁸⁸ Robert Hippel, **Deutsches Strafrechts**, Springer Verlag Berlin Heidelberg GmbH, 1971, s.482.

²⁸⁹ Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.19.

tanımlanmasında önemli bir bakış açısı *Binding* tarafından ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre özgü normun ihlali, sadece normun geçerli olduğu meslek grubunun mensubu olan kişi tarafından gerçekleştirilebilir²⁹⁰. Nagler, *Binding*'in norm teorisine dayanarak özgü suç öğretisini geliştirmiş ve özellikle ayrıntılı bir şekilde temellendirmiştir²⁹¹. 19.yüzyılda özgü suç meslek suçları ile eşit sayılmaktayken, günümüzde artık hakim görüş, özgü suçun meslek suçları ile eşit sayılmayacağını kabul etmektedir²⁹². 19.yüzyılın başından itibaren ders kitaplarının ceza kanunu üzerindeki etkisi, kanun sistematüğinde suç tipinin yapısına da yansımıştır. Kanun koyucu ceza kanununda, Roma hukuk sistemindeki “özel” ve “genel” şeklindeki açık ayrımaya dayanmayan suçlara karşılık, kanun yapısında bu ayrımı dikkate almıştır²⁹³.

Alman İmparatorluğu Genel Alman Hukuku döneminde, bu suç grubu altında memura verilen ve üstlenilen devlet hizmet yükümlülüğünün ihlali ile oluşan “özel disiplin suçları” (*besonderen Disziplinarverbrechen*) anlaşılmaktaydı. Genel Alman Hukuku'nun hakim olan öğretisine göre, “*delicta propria*” suç grubunun içerisinde askeri suçların yanı sıra görev suçları ve özel meslek suçları bulunmaktadır. Suç teşkil eden fiili icra edenin “özel yükümlülük ya da ilişki” ifadesi üzerinde sıklıkla durulmuştur. Tüm özel meslek suçlarını kapsayan tanımlamaya rağmen, genel hukuk döneminde hukuk kitaplarında “*delicta propria*” sadece asker ve memur suçları olarak incelenmekteydi²⁹⁴. Genel Hukuk döneminde “*delicta propria*” olarak kabul edilen suç tiplerine örnek olarak, rüşvet suçu, zimmet suçu, hukuku kasten ihlal ederek yapılan uygulama suçu, görevden ötürü sır saklama suçu, memurun mahpusun kaçmasını sağlama suçu gösterilmektedir²⁹⁵.

Kaimberg'e göre, özgü suçun niteliği hakkındaki bu tanıma katılmak mümkün değildir (Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.19).

²⁹⁰ Krause, **a.g.e.**, s.33.

²⁹¹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.226; Krause, **a.g.e.**, s.33.

²⁹² Krause, **a.g.e.**, s.32, 35; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.207.

²⁹³ Sturm, **a.g.e.**, s.23.

²⁹⁴ Sturm, **a.g.e.**, s.5.

²⁹⁵ Sturm, **a.g.e.**, s.7-21.

Genel hukuk döneminde, pratikte sadece devlet hizmetinden kaynaklanan özgü suçlar bulunmaktaydı. En eski zamanlarda dahi kraliyet yetkilileri özgü suç altında bulunmaktaydı. Disiplin ihlali, önceki zamanlarda özel hukuktan kaynaklanan hizmet ve krala bağlılığın ihlali olarak anlaşılmaktaydı²⁹⁶. İlk başta kral ile memur arasında özel hukuk ilişkisi varken, 18.yüzyılda kralın devlet organı olması ile kamu hukuku ilişkisine dönüşmüştür. Memur devletin kendisine doğrudan sorumlu olmuştur. Özgü suç sayılamayan suçlar, disiplin ve suç ihlali kapsamında birleştirilmiştir. Bundan da disiplin hukuku ve ceza hukuku arasında o dönemde henüz temel bir ayırım yapılmadığı anlaşılmaktadır. Cezai neticeleri göz önüne alındığında bu suçlar kısmen disiplin, kısmen suç niteliğini haizdi. Genel hukuk döneminde disiplin içeriği ve suç normu bakımından sınırlandırmanın eksik olduğu anlaşılmaktadır²⁹⁷. Kanun koyucunun münferit düzenlemelerinden genel ve özgü suç ayırımının farkında olduğunu tespit edebiliriz. Kanun koyucu, görev suçları ya da kamu hizmeti ile ilgili suçların yer aldığı kısımlarda, özgü suç olarak sadece görev suçları yani memurlara ilişkin suç tiplerini tesis etmiştir²⁹⁸.

Özgü suçu daha iyi açıklamak için “*yer itibariyle sınırlı hukuk*” (*Partikularrecht*)²⁹⁹ dönemindeki ceza kanunlarından faydalanılmıştır ve örnek olarak 6 Mayıs 1813 tarihli Bavyera Krallığı, 30 Mart 1813 tarihli Saksonya Krallığı, 1 Mart 1839 tarihli Württemberg Krallığı, 6 Mart 1845 tarihli Baden Büyük Dükalığı, 17 Eylül 1841 tarihli Hessen Büyük Dükalığı, 8 Ağustos 1840 tarihli Hannover Krallığı Ceza Kanunu gösterilmiştir³⁰⁰. Sınırlı hukuk dönemindeki özgü suçlar olarak görevi kötüye kullanma suçu, rüşvet suçu, zimmet suçu, göreve ihanet suçu, kanun hükmünün kasten kötüye kullanılması suçları öngörülmüştür³⁰¹. Memurların özgü suçlarının yanı sıra “*yer itibariyle sınırlı ceza kanunlarında*” (*Partikularstrafgesetzen*) kanun koyucu, meslek grupları ve diğer mesleklere ilişkin

²⁹⁶ Sturm, a.g.e., s.21.

²⁹⁷ Sturm, a.g.e., s.22.

²⁹⁸ Sturm, a.g.e., s.24.

²⁹⁹ “*Yer itibariyle sınırlı hukuk*” olarak tercüme ettiğimiz “*Partikularrecht*”, 19.yüzyılın sonlarında tek düzenli hukuk sistemine geçmeden önce, genel hukukun önünde olan ve Alman devletinde geçerli olan çok sayıda eyalet hukukunda uygulanan hukuk anlamına gelmektedir.

³⁰⁰ Sturm, a.g.e., s.27.

³⁰¹ Sturm, a.g.e., s.27-46.

özgü suçları öne çıkarmıştır³⁰². Örnek olarak, din adamlarına ilişkin suçlar, avukatlara ilişkin suçlar, doktorlara, eczacılara, ebelere ilişkin özel meslek suçları ve son olarak Saksonya Ceza Kanunu'nda özel bir yükümlülük ihlali olarak öngörülen gerçeğe uygun ifade verme yükümlülüğüne aykırılık suçu da oluşturulmuştur³⁰³. Daha sonraki dönemde yürürlüğe giren 10 Kasım 1861 tarihli Bavyera Krallığı Ceza Kanununda da, 11 Ağustos 1855 tarihli Saksonya Krallığı Ceza Kanunlarında olduğu gibi özgü suç (*Sonderverbrechen*) kavramından uzak durulmuştur³⁰⁴. Bu kanunlardaki özgü suçlara örnek olarak rüşvet suçu, zimmet suçu, hukuku kasten ihlal ederek yapılan uygulama suçu, görevden ötürü sır saklama suçu, sır saklama suçu, mahpusun kaçmasını sağlama suçu, belgede sahtecilik suçu, belirli memurların ihbar yükümlülüğü gösterilmiştir³⁰⁵. Diğer meslek suçlarına örnek olarak, din adamları, avukatlar, noterler, tıp personeli örnek olarak verilmiştir³⁰⁶.

Alm. CK'da halen yürürlükte olan “başkası için hareket etme” başlıklı 14. paragrafın karşılığı, 1871 tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu'nun 50.paragrafında düzenlenmiştir³⁰⁷. Eski literatürde, 29 Mayıs 1943'deki kapsamında 50.paragrafın 2.fikrası kapsamına girmeyen unsurlar, “*nitelik*” ve “*ilişki*” kavramları ile ayırt edilmek istenmiştir³⁰⁸. İştirakte sınırlı bağlılık kuralının tanınması ile bugünkü § 29'un karşılığı olan § 50/1 hükmü oluşturulmuştur³⁰⁹. § 50/1 hükmü değişmeden kalmıştır. 50.paragrafın 2.fikrası, 3.fıkra haline gelmiş ve “*özel kişisel nitelik veya ilişki*” kavramı, “*özel kişisel unsur*” kavramı ile değiştirilmiştir. Böylece “*özel kişisel nitelik ve ilişkiler*”, “*kişisel durumları*”ı da kapsayacak şekilde genişletilmiştir ve bu üç kavram “*özel kişisel unsur*” üst kavramı altında

³⁰² Sturm, **a.g.e.**, s.58.

³⁰³ Sturm, **a.g.e.**, s.57-62.

³⁰⁴ Sturm, **a.g.e.**, s.64.

³⁰⁵ Sturm, **a.g.e.**, s.67-77.

³⁰⁶ Sturm, **a.g.e.**, s.78-80.

³⁰⁷ Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.36; Heidland, **a.g.e.**, s.3; Burkhard Jähne, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 11. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, s.87.

³⁰⁸ Gerl, **a.g.e.**, s.5; Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.38.

³⁰⁹ Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.38.

Bu hükmün yorumlanması konusunda içtihat ve doktrin, fikir birliğinden uzaktır (Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.29).

toplanmıştı³¹⁰. Kanunun önceki düzenlemesinde, 50. paragrafın 2.fikrasında, özel kişisel nitelik ya da özel kişisel ilişki, iştirak hallerinde dikkate alınmaktaydı³¹¹.

Alm. CK § 28 hükmü, çok da yeni değildir. Alm. CK § 28/2 hükmü anlam olarak Ceza Kanunun başlangıcından beri bulunmaktadır. 28.paragrafın tam anlamı ile bugünkü düzenlemesi, 1968’de Ceza Kanunu yürürlüğe girmeden önce, 1960’dan 1962’ye kadar olan hükümet hazırlıklarında aynı ifadelerle öngörülmüştür³¹². 1968 yılında “özel kişisel unsur” kavramının öngörülmesi ve “kişisel durumların” dahil edilmesi, içtihatlardaki temel ilkelere uygun düşmüştür³¹³. 1975’te Alman Ceza

³¹⁰ Schwerdtfeger, a.g.e., s.39.

Alman İmparatorluk Mahkemesi (RG), “özel kişisel nitelik ya da ilişki” kavramını (eski 50 hükmü), ilgili unsurun koşullarına göre ayırarak soyut bir şekilde tanımlamaya teşebbüs etmiştir (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.12, kn.21). Mesleki ve alışkanlık kavramlarına ilişkin en ayrıntılı açıklama, 18.04.1894 tarihli kararda Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından yapılmıştır (RGSt 25 266 (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.12, kn.21)). Bu kararda, özellikle bahsedilen unsurları taşıyan kişide devamlılık olmasına bağlı olduğu (bu yüzden “nitelik” olduğu) ve bu unsurların var olup olmamasının suç tipini hiçbir şekilde etkilemediği ifade edilmiştir (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.12, kn.21).

İmparatorluk Mahkemesi, eski 50 hükmünde yer alan “özel kişisel nitelik veya ilişki” için “alışkanlık ölçütü” (RGSt 4, 184, 186; 23, 378; 25, 266, 268); “mesleki ölçüt” (RGSt 4, 184, 186; 23, 378; 25, 266, 268; 26, 3, 4; 61, 268, 269); “tekerrür” (RGSt 2, 161, 162; 4, 184, 186; 23, 378; 74, 273, 274); “kamu görevlisi niteliği ve resmi bir kurum ile ilişki” (RGSt 55, 181, 182; 63, 31, 35; 65, 102, 104; 68, 90, 91); “asker olma niteliği” (RGSt 25, 234, 236) (Schwerdtfeger, a.g.e., s.52, 53) saymaktadır.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH), İmparatorluk Mahkemesi kararlarını büyük ölçüde tartışmalı olmayan unsurlarını temel bir yenilik olmaksızın izlemiştir (BGHSt 1 235, 240; BGHSt 5 75, 81 (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.13, kn.23)). Alman Federal Yüksek Mahkemesi, 28.paragrafın tartışmasız suç tiplerine ilişkin (görev suçları ya da güveni kötüye kullanma gibi) İmparatorluk Mahkemesi’nin kararlarını özel gerekçe oluşturmaksızın sürdürmüştür (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.14, kn.26). Alman Federal Yüksek Mahkemesi, çok sayıda kararında İmparatorluk Mahkemesi kararlarına dayanmıştır (Schwerdtfeger, a.g.e., s.52). Öyle ki; İmparatorluk Mahkemesi kararlarını (RG) bilmeden, bugünkü Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin (BGH) “özel kişisel unsur” ile ilgili şimdiki bakış açısını anlamak pek mümkün değildir (Schwerdtfeger, a.g.e., s.52). Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu kararlarda, “devamlılık” unsurunun kişisel “nitelik veya ilişki” için bulunup bulunmaması gerektiğini açıkça ifade etmemiştir ve § 50/2 (bugünkü 28/2) kapsamına girip girmediğini açık bırakmıştır (BGHSt 1 368, 372; BGHSt 22 375, 378 (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.13, kn.23)).

İmparatorluk Mahkemesi, eski 50 hükmünde yer alan “özel kişisel nitelik veya ilişki” için “alışkanlık ölçütü” (RGSt 4, 184, 186; 23, 378; 25, 266, 268); “mesleki ölçüt” (RGSt 4, 184, 186; 23, 378; 25, 266, 268; 26, 3, 4; 61, 268, 269); “tekerrür” (RGSt 2, 161, 162; 4, 184, 186; 23, 378; 74, 273, 274); “kamu görevlisi niteliği ve resmi bir kurum ile ilişki” (RGSt 55, 181, 182; 63, 31, 35; 65, 102, 104; 68, 90, 91); “asker olma niteliği” (RGSt 25, 234, 236) (Schwerdtfeger, a.g.e., s.52, 53) saymaktadır.

³¹¹ Gätzeler, a.g.e., s.1.

³¹² Gerl, a.g.e., s.1.

³¹³ Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.13, kn.24.

Kanunu revizyonunda özgü suçun geçerliliğine dokunulmamış, aksine özgü suç dogmatığının diğer alanlarına dokunulmuştur³¹⁴.

Özgü suçun kavramsal gelişiminde, ceza hukukunda geçmiş yüzyılın son otuz yılındaki suçun yapısı sadece hukuki değer ihlali olarak anlaşılmaktayken sonrasında “sosyal etik değere aykırılık” konusu vurgulanmıştır³¹⁵. Özellikle o zamanda, tüm suçların unsuru olarak hukuki değer ihlali yerine “yükümlülük ihlali” kabul edilmiştir ve özellikle bu kabul, genellikle özgü suç olarak kabul edilen suçlarda geçerli olmuştur³¹⁶. Özgü suçlarda fail belirli niteliğe sahip kişi olmaktadır, bu nitelikte genel olarak ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlülük durumu bulunmaktadır ve bu sebeple “yükümlülük suçları” denilmesi uygun görülmüştür³¹⁷.

Türk doktrininde ise, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde suçun unsurları dışında kalan şartlardan biri olarak “ön şart” kabul edilmekteydi. Fiilin suç teşkil edebilmesi için suçun unsurlarından önce var olan ve suçun işlenmesi için bulunması gereken şartlara ön şartlar denilmekteydi³¹⁸. Bu şartlar, kurucu unsurların dışında var olduğu suçun olmazsa olmaz şartlarını ifade etmekteydi³¹⁹.

Bununla birlikte bu konudaki tartışmalar, cezalandırmanın temel sebebi olan özel kişisel unsurun eksikliğinde cezanın indirilmesinin öngörüldüğü 1968’den itibaren daha da yoğunlaşmıştır (Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.29).

³¹⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.207.

³¹⁵ Deichmann, **a.g.e.**, s.30; Krause, **a.g.e.**, s.34, 73.

³¹⁶ Krause, **a.g.e.**, s.34, 35.

³¹⁷ Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24; Krause, **a.g.e.**, s.35; Chen, **a.g.e.**, s.30; Deichmann, **a.g.e.**, s.9, 28; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129; Herzberg, **a.g.m.**, s.901; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.168.

³¹⁸ Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s.160; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.211; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.129; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.165; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.22; Zafer, **a.g.e.**, s.140; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **a.g.e.**, s.19.

Özellikle İtalyan doktrininde kabul edilen bu görüşe göre, bir suçta ön şart aranmakta ise, suçun unsurlarından önce bu koşulların varlığının araştırılması gerektiği kabul edilmekteydi (Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s.160; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.129; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **a.g.e.**, s.19).

Suç genel teorisi içerisinde suçun unsurlarının dışında ön şartların bulunduğu fikrini ilk savunanlardan biri *Manzini*’dir (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt:1, 7. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1979, s.350).

³¹⁹ Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.129.

Ön şartların neler olduğu konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir anlayışa göre, suçun ön şartı kural ve yaptırım unsurlarını içeren ceza normudur³²⁰. Bir başka görüşe göre, fail ve hukuki konu, suçun ön şartını oluşturmaktadır³²¹. Bir diğer kabule göre, suçun ön şartı isnat edilebilirliktir³²². Türk doktrininde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, özgü suçlar belirli sıfat veya nitelik aramak suretiyle birer ön şart içermektedir³²³. Bu anlayışa göre, ön şart ile bir kısım suçların oluşması için gerekli olan ve suç teşkil eden fiilden önce var olan ve ondan bağımsız olan fiili veya hukuki unsurlar kastedilmektedir³²⁴. Bu yöndeki görüşlerden farklı içeriği haiz olması dolayısı ile ayrılan bir görüşe göre, tipikliğe uygunluk için gerçekleşmesi gereken olgulardan bir kısmı eylemden önce de var iken, bir kısmı failin eylemi ile aynı zamanda bulunmaktadır³²⁵. Fiilden önce de var olması öngörülen koşulları ön şart olarak kabul eden bu görüşe göre, failin ön şartları bilmesi yeterli olup, istemesi

³²⁰ Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.129.

Toroslu, bu görüşü, hukuki müesse olarak suç ile fiili ayırarak suçun norm ile birlikte doğduğunu, ceza normuna bir öncelik tanınmanın mümkün olmadığını ifade ederek eleştirmiştir (Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.129).

³²¹ Toroslu, **a.g.e.**, s.129.

Toroslu, bu görüşe yönelik olarak aktif süjenin ve pasif süjenin suç teorisi içerisinde kendilerine özgü bir yerleri bulunduğundan ayrıca ön şart kavramı içerisinde yer vermeye gerek olmadığını düşünmektedir (Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.129).

³²² Toroslu, **a.g.e.**, s.129; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.352.

Toroslu bu görüşü, isnat edilebilirliğin faile ceza verilebilmesi için aranan bir koşul olduğunu ifade ederek eleştirmektedir (Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.129). *Battaglini*'ye göre, isnat edilebilirlik daima ve zorunlu bir ön şart olmakla birlikte belirli bir kısım suçlarda başka ön şartlar da bulunabilir (Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.352).

³²³ Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s.161; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.130.

³²⁴ Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.130; Zafer, **a.g.e.**, s.140; Tunçer, **a.g.e.**, s.159.

Hafizoğulları/Özen'e göre bu husus, "*fiilin ön şartı*" olarak isimlendirilmiş ise de, bu terim yerinde görülmeyerek "*hareketin ön şartı*" teriminin kullanılması daha uygundur. Bu düşüncenin gerekçesi olarak ise, bu şartların failin hareketinden bağımsız olmakla birlikte suç teşkil eden fiilin içinde olduğu ifade edilmiştir (Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.165).

Fiili veya hukuki unsura ilişkin olarak "*mantıki veya hukuki olgular*" ifadesi için bkz: İçel, Evik, **a.g.e.**, s.22; İçel, **a.g.e.**, s.240. Bu şartların "*maddi, hukuki, olumlu, olumsuz*" nitelikte olabileceğine yönelik görüş için bkz: Zafer, **a.g.e.**, s.140.

³²⁵ İçel, Evik, **a.g.e.**, s.24; İçel, **a.g.e.**, s.232, 233; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.353; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **a.g.e.**, s.22.

Altavilla'ya göre, suçun ön şartları ve cezalandırılabilirlik şartları, suçun dışında kalan unsurlardan olup, suçtan önce var olanlar ön şart ve eylemden sonra gerçekleşen koşullar ise cezalandırılabilirlik şartlarıdır. Ön şartlar ve cezalandırılabilirlik şartları, failin iradesi dışında gerçekleşen koşullardır (Kunter, **Kanuni Unsurlar**, s.44, İçel, **a.g.e.**, s.240; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **a.g.e.**, s.20).

aranmamalıdır³²⁶. Ön şarta örnek olarak ise, çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarının işlenebilmesi için kadının gebe olması şartı³²⁷ ya da rüşvet, zimmet suçlarında failin kamu görevlisi olması şartı³²⁸, hırsızlık suçunda taşınır malın başkasına ait olması³²⁹, güveni kötüye kullanma suçunda failin mala zilyet olması şartı³³⁰ gösterilmektedir. Suçun unsurları dışında ön şartların bulunabileceğini kabul eden bu görüşü savunanlar, “suçun önşartları-failin önşartları”, “faile-mağdura suçun konusuna-suçta kullanılan araçlara” ilişkin ön şartlar şeklinde ayrımlara tabi tutmuşlardır³³¹. Bu ayrımların yanı sıra, “fail ile mağdur arasındaki ilişkiler”, “suç işleme yeri”, “suç işleme zamanı”, “hukuki veya fiili durumlar” şeklindeki ön şart sınıflandırmaları da bulunmaktadır³³².

Aksi yöndeki görüşe göre ise, ön şart olarak isimlendirilen halin gerçekleşmemiş olması, suçun oluşmasını engelleyeceğinden bu koşulların unsur kavramına dahil olduğu kabul edilmelidir³³³. Suçun kanuni tipe uygunluğunun

³²⁶ İçel, Evik, **a.g.e.**, s.24; İçel, **a.g.e.**, s.242; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.353; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **a.g.e.**, s.22.

³²⁷ Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s.160, 161; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.130; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.191; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.147; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.22; Zafer, **a.g.e.**, s.140; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.351; İçel, **a.g.e.**, s.240; Tunçer, **a.g.e.**, s.159; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **a.g.e.**, s.20.

Çocuk düşürtme suçunda suçun mağdurunun gebe kadın olmasının tipikliğe ilişkin bir unsur olduğuna ilişkin olarak bkz: Tülay Kitapçioğlu, “Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:18, Sayı:1, Yıl:2012, s.297-331, s.306.

³²⁸ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.211; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.147; Zafer, **a.g.e.**, s.140; Bock, **a.g.e.**, s.39; Sturm, **a.g.e.**, s.7.

³²⁹ Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.130; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.165.

³³⁰ Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.130.

³³¹ İçel, Evik, **a.g.e.**, s.22; Zafer, **a.g.e.**, s.140; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.351, 352; İçel, **a.g.e.**, s.231; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **a.g.e.**, s.20; Tunçer, **a.g.e.**, s.159.

Aile bireylerine karşı işlenen suçlarda evlilik bağının bulunması, eylemin ön şartı olarak; belirli sıfatlara haiz kişilere karşı işlenebilen suçlarda belirli sıfatı haiz mağdur olma, mağdura ilişkin ön şart; suçun maddi konusunda aranan nitelikler, maddi konuya ilişkin ön şart; suçta kullanılan araçların nitelikleri, suçun aracına ilişkin ön şarta örnek olarak gösterilmiştir (İçel, Evik, **a.g.e.**, s.23; İçel, **a.g.e.**, s.240, Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.352; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **a.g.e.**, s.20). Failin kamu görevlisi sıfatını haiz olması, suçun ön şartına örnek olarak gösterilerek yalnızca hukuki nitelik taşıdığı ifade edilmiştir (Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.351). Bir başka görüşe göre ise, failin kamu görevlisi olması, hem suçun hem de failin ön şartı olarak kabul edilmiştir (İçel, **a.g.e.**, s.241).

³³² Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.352.

³³³ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.211; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.130; Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s.161; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.165; Hakeri, **Ceza Hukuku**

gerçekleşmesi, bu koşulların gerçekleşmesi ile bağlantılıdır³³⁴. Zira bu koşulların bulunmaması halinde, suçun asli unsuru olmayacağından suç normunun ihlali de gerçekleşmemiş olacaktır³³⁵.

Günümüzde doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, suça öncel olan bu türde bir şartlar kategorisinin bulunmadığı yönündedir³³⁶. Gerçekten de suçun kanuni tanımında yer alan failin sahip olması gereken özellik, failik alanına göre suçların sınıflandırılmasında bir suç grubu olarak özgü suç içerisinde değerlendirilmelidir³³⁷. Suçun kanuni tanımında öngörülen faile ilişkin özellikler özgü suçu oluşturduğundan suçun unsurları dışında ön şart olarak kabul edilmesine yönelik görüşe katılmamaktayız.

II. ÖZGÜ SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Özgü Suça İlişkin Normatif Düzenlemeler

1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

5237 sayılı TCK m.40'da düzenlenen bağıllık kuralının karşılığı 765 sayılı TCK'da bulunmamaktadır. Ancak 765 sayılı TCK'da m.66 ve m.67 hükümlerinde fiile ve şahsa bağlı ağırlatıcı nedenlerin uygulanmasına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu kanun döneminde suça etki eden nedenler, fiile ve şahsa bağlı nedenler olarak kabul edilmekteydi. Bu hükümler ile şahsa bağlı ağırlatıcı nedenlerle

Genel Hükümler, s.148; Zafer, **a.g.e.**, s.140; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.23, 24; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.22; İçel, **a.g.e.**, s.241; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.353.

Şen, ön şart olarak belirtilen hususların birer unsur olduğu, suçun kanuni unsuru içinde yer aldığını ve ön şart-unsur ayrımının pratik açıdan fayda sağlamayacağını ifade etmiştir. Bkz: Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s.161.

³³⁴ İçel, Evik, **a.g.e.**, s.24; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.353; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **a.g.e.**, s.21.

³³⁵ Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.130; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.165; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:1, s.353.

³³⁶ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.165; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.211; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.130; Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s.161.

Günümüzde halen ön şartları kabul eden görüş için bkz: Tunçer, **a.g.e.**, s.114.

³³⁷ Zafer'e göre, faile ilişkin ön şartlar suçun özgü suç niteliğini haiz olmasına sebep olmaktadır (Zafer, **a.g.e.**, s.140).

fiile bağılı ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanmasına ilişkin kurallar öngörölmüştür.

765 sayılı TCK'da öngörölen “*asli iştirak-fer'i iştirak*” ayrımı terkedilerek 5237 sayılı TCK'da fiil üzerindeki hakimiyet ölçüt olarak belirlenerek iştirak türleri, faillik ve şeriklik (*azmettirme, yardım etme*) olarak belirlenmiştir.

765 sayılı TCK'nın 65.maddesinde yer alan “*fer'i iştirak*” ifadesi yerine 5237 sayılı TCK'da “*yardım eden*” ifadesi kullanılmış ve “*zorunlu fer'i faillik*” düzenlemesine yer verilmemiştir.

765 sayılı TCK m.66'ya göre, “*Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmaya yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altında biri indirilebilir ve ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur*”. Bu hüküm ile şahsa bağılı ağırlatıcı sebebin iştirak iradesinin ortaya çıktığı anda bilinmesi koşulu ile faillere dahi sirayet etmesi düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK m.67'ye göre, “*Fiilin cezasını teşdit eden maddi esbabı dahi cürüm veya kabahatin vasfını tebdil edecek şekilde olsa bile fiil işlendiği zamanda ona vakıf olan şeriklere saridir*”. Bu hüküm ile fiile bağılı ağırlatıcı sebebin fiil işlendiği anda bilinmesi koşulu ile tüm şerikler hakkında uygulanacağı düzenlenmiştir.

İştirake ilişkin düzenlemeye ve konuya ilişkin tartışmalara detaylı bir biçimde üçüncü bölümde yer verileceğinden bu kısımda değinilmeyecektir. Ancak bu kısımda 765 sayılı TCK'da özgü suç kavramına, tanımına ve hukuki neticelerine ilişkin bir kurala yer verilmediğinin tespiti ile yetiniyoruz.

2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

5237 sayılı TCK'da özgü suça ilişkin doğrudan ayrı bir düzenleme bulunmamakla birlikte bağıllık kuralını düzenleyen 40.maddenin 2.fıkrasında özgü suç kavramına, tanımına ve iştirake ilişkin kurala yer verilmiştir. Bu hükme göre;

“Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur”.

Bu hüküm esas olarak iştirake ilişkin bir düzenleme niteliğinde olmak ile birlikte “özgü suç” teriminin kullanılmış olması ve genel anlamda bir tanımlama öngörmüş olması sebebi ile önem taşımaktadır³³⁸. Kanunda yer alan bu hüküm ile failde özel nitelik aranan suçların özgü suç olarak tanımlandığı anlaşılmaktadır.

Madde gerekçesinde, özgü suça ilişkin olarak hükümde yer alan tanıma tekrar yer vermek ve ek olarak da örnek vermek suretiyle açıklama yapılmıştır. Gerekçede, “... Özel faillik niteliğinin arandığı suçlarda, ancak bu niteliğe sahip olan kişiler fail olabilir. Örneğin zimmet suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir. ...” şeklinde ifade edilmiştir.

Doktrinde bir görüşe göre, “bizzat işlenebilen suç” ve “yükümlülük suçları”nın da bu hüküm kapsamında kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³³⁹. Düşüncemize göre bu hüküm, doktrinde farklı şekillerde ifade edilen ve özgü suçun birer görünüm şekli olarak kabul edilebilecek olan suçlardan yükümlülük suçlarını kapsamaktadır.

Kanunun normatif düzenlemesinde “özgü suç” teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Özgü suç, faillik alanının sınırlandırılmasıyla oluşturulan suçlar olarak

³³⁸ Demirel, kanun maddesinde faillik-şeriklik ayırımına ilişkin kurala yer verildiğini, özgü suç tanımının ise madde gerekçesinden anlaşıldığını ifade etmiş ise de, hem madde metninde hem de madde gerekçesinde benzer anlatımlar ile esasen genel anlamda özgü suçun tanımının yapıldığını ifade edebiliriz (Demirel, **a.g.e.**, s.120).

³³⁹ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.387; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.572; Akbulut, **a.g.e.**, s.366; Akbulut, **a.g.m.**, s.190; Erdem, **a.g.m.**, s.206.

tanımlanırsa ve aynı zamanda şerik olarak niteliği haiz olmayan kişinin genel kurallara göre cezalandırılabilirdiği kabul ediliyorsa, o zaman bu tanım fail kavramını esas alan bir tanım olur. TCK’da yer alan bu düzenleme de, faili esas alan bir özgü suç tanımlamasını içermektedir.

Özgü suça iştirake ilişkin düzenlemeye ve bu düzenlemeye ilişkin tartışmalara detaylı bir biçimde üçüncü bölümde yer verileceğinden hükmün iştirak yönü bu kısımda değerlendirilmemiştir.

3. Alman Ceza Kanunu’nda Yer Alan Düzenleme

Alm. CK’da özgü suça ilişkin esas düzenleme, “*Özel Kişisel Unsurlar*” başlıklı 28.paragrafta yer almaktadır. Bu hükme göre;

“ (1) *Failin cezalandırılmasının sebebini oluşturan özel kişisel unsurlar (m.14/1) şerikte (azmettiren veya yardım eden) yoksa, bu kişinin cezası 49.maddenin 1.fikrasına göre indirilir.*

(2) *Kanunda özel kişisel unsurlar nedeniyle cezanın artırılması, indirilmesi veya sanığa ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi öngörülmüşse, bu hüküm sadece bu özel nitelikleri şahsında taşıyan iştirak eden (fail veya şerik) hakkında uygulanır”.*

Alm. CK § 28’de faile ait özel kişisel unsurlar ve § 29’da kusurluluğa ilişkin unsurlar düzenlenmiştir. Bu hükümler ile suça etki eden sebeplerin sirayeti ve özgü suçta fail ve şeriklerin cezai sorumluluğuna ilişkin kurallar öngörülmüştür.

Özel kişisel unsurun bulunması halinde Alm. CK § 28 münhasıran uygulama alanı bulur. 28.paragraf, suça iştirak edenlerin faile ilişkin özel kişisel unsurlara sahip olmaması halinde dikkate alınmaktadır³⁴⁰. Bu paragrafın hangi fıkrasının uygulanacağı sorusunun cevabı ise, unsurun cezalandırma sebebine mi

³⁴⁰ Hoffmann-Holland, a.g.e., s.226, kn.599; Roxin in: Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, s.6, kn.5.

(*birinci fıkra*) yoksa cezanın artırılması, indirilmesi veya ceza verilmesine yer olmadığına dair bir sebep mi (*ikinci fıkra*) olduğuna bağlıdır.

Alm. CK § 28'e ilişkin hüküm, iştirake ilişkin olması dolayısıyla daha detaylı olarak üçüncü bölümde incelenecek olmak ile birlikte TCK'da öngörülen iştirak düzenlemesinden farklılıklar taşıdığını ifade etmek gereklidir. Bu hükümde, TCK'dan farklı olarak özel kişisel unsurun cezalandırmanın temel sebebi olması ve cezalandırmayı ağırlaştırıcı, hafifletici ya da ortadan kaldırıcı bir sebep olmasına göre ayırım yapılmak suretiyle düzenleme yapılmıştır. Alm. CK § 28 hükmünün karşılığı bir düzenleme TCK'da bulunmamaktadır³⁴¹.

Özel kişisel unsur kavramına ilişkin açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi özgü suça ilişkin önemli bir başka düzenleme “*Başkası için hareket etme*” başlıklı Alm. CK § 14'de yer almaktadır. Bu hükme göre, bir kişinin temsilci sıfatıyla hareket ettiği hallerde, özel kişisel unsurun temsil edilen kişide olması durumunda, özel kişisel unsurun düzenlendiği hüküm temsilci hakkında da uygulanır. Suç tipinde temsilciye yüklenen özel kişisel unsurlar, 14. paragrafa göre özgü suç ile ilgili olarak önemli bir anlama sahiptir.

B. Özgü Suçun Öğretide Suç Sistematiğindeki İncelenme Yeri

Özgü suçun hukuki niteliğinin belirlenmesinde, öğretide suç sistematiği içerisinde nerede incelendiğinin belirlenmesi önemlidir. Bu bağlamda, Türk doktrininde ve Alman doktrininde özgü suçun suç sistematiği içerisinde nerede incelendiği araştırılmış ve belirli bir şekilde gruplandırılarak izah edilmeye çalışılmıştır. Şöyle ki;

Türk doktrininde, birinci inceleme yöntemine göre özgü suç, tipikliğin objektif (*maddi*) unsurları içerisinde fail kısmında ele alınmaktadır³⁴². İkinci inceleme yöntemine göre, suça ilişkin ön açıklamalar kısmında suçun faili başlığı

³⁴¹ Erdem, **a.g.m.**, s.214.

³⁴² Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s.11; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.114-116; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.139-146; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.290-293; Soyaslan, **a.g.e.**, s.223.

altında ele alınmaktadır³⁴³. Üçüncü inceleme yöntemine göre, eylemin tipikliği başlığı altında incelenmektedir³⁴⁴. Dördüncü inceleme yöntemine göre, iştirak kısmında suçlu başlığı altında ya da doğrudan özgü suça iştirak başlığı altında ele alınmaktadır³⁴⁵. Beşinci inceleme yöntemine göre, suçların sınıflandırılması üst başlığı altında suçların genişliği itibari ile sınıflandırılması kısmında incelemektedir³⁴⁶. Altıncı inceleme yöntemine göre, özgü suç, suçun unsurları içerisinde yer alan ancak fiilin özellikleri dışında kalan yapısal unsurlar arasında incelenmektedir³⁴⁷. Türk doktrinde literatür incelemesinde özgü suçun genellikle tipikliğin objektif unsurlarından fail ile ilgili olan kısımda ve iştirak kısmında olmak üzere iki ayrı kısımda incelendiği görülmektedir.

Alman doktrinde birinci inceleme yöntemine göre özgü suç, suçun görünüm şekilleri ve sınıflandırılması başlığı altında diğer suç grupları ile birlikte incelenmektedir³⁴⁸. İkinci inceleme yöntemine göre suç türleri başlığı altında ve ayrıca iştirak kısmında incelenmektedir³⁴⁹. Üçüncü inceleme yöntemine göre özgü suç, tipikliğin objektif unsurları içerisinde olası fail alanına göre suç tiplerinin sınıflandırılması başlığı altında ele alınmıştır³⁵⁰. Dördüncü inceleme yöntemine göre özgü suç, haksızlığın özel unsuru başlığı altında incelenmiştir³⁵¹. Beşinci inceleme yöntemine göre özgü suç, faile ilişkin ve fiile ilişkin suç unsurları ayırımında faile

³⁴³ Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.107; Zafer, **a.g.e.**, s.133-137.

³⁴⁴ İçel, **a.g.e.**, s.303.

³⁴⁵ Demirbaş, **a.g.e.**, s.486; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.504.

³⁴⁶ Taner, **a.g.e.**, s.129, 130.

³⁴⁷ Zafer, **a.g.e.**, s.133.

Bu görüşün gerekçesi ise, suçun özü ve tarihsel süreç içerisinde suç incelemesinin başlangıcını failin fiili oluşturduğundan fiilin bazı özelliklerinin fiil ile birlikte değil, fiilden önce ve ayrı olarak incelenmesinin tercih edilmesi olarak açıklanmıştır (Zafer, **a.g.e.**, s.134).

³⁴⁸ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.18, 19; Helmut Frister, **Strafrecht AT**, 7. Auflage, C.H. Beck, München, 2015, s.103, 104; Allfeld, **a.g.e.**, s.99, 100; Rolf Schmidt, **Strafrecht AT**, 19. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH, Hannover, 2018, s.48-50; Tofahrn, **SAT-I**, s.20, 21; Volker Krey, Robert Esser, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Verlag W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, 2012, s.226, 232; Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, **Strafrecht AT**, 47. Auflage, C.F. Müller GmbH, Heidelberg, 2017, s.14, 15, 267, 289.

³⁴⁹ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.116-119, 691, 736, 750; Heinrich, **a.g.e.**, s.61, 511; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.339, 340; Cilt II, s.7, 110, 112; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8; **AT II**, s.8, 10; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, 71, 339; Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2017, s.68, 69, 333.

³⁵⁰ Bock, **a.g.e.**, s.38-41; Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, **Strafrecht AT I**, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2004, s.86, 87.

³⁵¹ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.103-106.

ilişkin suç unsurlarında ve iştirak kısmında incelenmiştir³⁵². Altıncı inceleme yöntemine göre özgü suç, tipikliğin objektif unsurları içerisinde suçun süjesi başlığı altında ve iştirak kısmında incelenmiştir³⁵³. Alman doktrinde ağırlıklı olarak özgü suçun suçun görünüm şekilleri içerisinde yapılan sınıflandırma kapsamında ve ayrıca iştirak kısmında incelendiği görülmektedir.

C. Özgü Suçun Hukuki Niteliğine İlişkin Değerlendirme

Doktrinde faile ilişkin özelliğin hukuki niteliğine ilişkin olarak farklı görüşler de bulunmaktadır. Bir görüşe göre, suçun kanuni tanımında yer alan faile ilişkin belirli bir özellik, tipikliğin objektif unsuru, hukuka uygunluk sebebi, suçun nitelikli hali veya suçun unsurları dışında kalan hallerden şahsi cezasızlık sebebi olarak öngörülebilir³⁵⁴. Bir görüşe göre failin özel niteliği, suçun bir unsuru veya bir ön şartını oluşturmaktadır³⁵⁵. Bir görüşe göre de, failin suçun kanuni tanımında belirtilen özelliği taşıması, tipikliğe ilişkindir³⁵⁶.

Düşüncemize göre, suçun kanuni tanımında yer alan faile ilişkin belirli bir özellik, suçun temel ya da nitelikli şeklinin bir unsuru veya suçun unsuru dışında kalan bir hali temsil edebileceğinden ve bu sebeple birçok farklı neticeyi doğurabileceğinden özgü suçu sadece suçun unsuru, ön şart ya da tipiklik gibi sınırlandırılmış bir alan ile ilişkilendirmemek gereklidir. Bu sebeple faile ilişkin belirli bir özelliğin suçun unsurları ve unsurları dışında kalan hallere etki edebilen bir yönünün olduğu kabulü ile faile ilişkin özelliğin suçun unsuru olup olmadığı yahut suçun unsurları dışında kalan bir hale karşılık gelip gelmediği tespit edildikten sonra hukuki niteliğin belirlenmesi, daha isabetli sonuca ulaştıracaktır. Faile ilişkin özellik, çoğunlukla tipikliğin objektif unsurları içerisinde yer almaktadır, dolayısıyla eğer söz

³⁵² Blei, **a.g.e.**, s.94, 266, 283.

³⁵³ Reinhart Maurach, Heinz Zipf, **Strafrecht AT-Teilband 1**, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, s.294-297; Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, **Strafrecht AT-Teilband 2**, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 2014, s.379, 385, 428-430, 488, 522, 540, 541; Max Ernst Mayer, **Der Allgemeine Teil Des Deutschen Strafrechts**, 2.Auflage, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923, s.94-97, 411-413; Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2015, s.128.

³⁵⁴ Demirbaş, **a.g.e.**, s.488, 489; Dönmezer, **a.g.e.**, s.254; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.517.

³⁵⁵ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.518.

³⁵⁶ Zafer, **a.g.e.**, s.136, 403.

konusu özelliğın tipikliğın unsuru olduğu tespit edilebiliyorsa, bu özelliğın yokluğu suçun unsurunun da yokluğuna yol açacağından tipik bir eylemin olmamasına ve suçun oluşmamasına yol açacaktır. Özgü suç, suç inceleme sistematigi açısından tipikliğın objektif unsurları içerisinde fail başlığı altında incelenmeli ve tipikliğın diğer unsurlarında ilgili olduğu kısımlarda, hatta suçun unsurları dışında kalan hallerde de ilgili olduğu bölümlerde, ayrıca özgü suçun hukuki neticelerinin tezahür ettiğı iştirak kısmında incelenmelidir. Yani özetle özgü suç, tipikliğın objektif unsurlarından faile ilişkin faillik alanını sınırlandıran bir suç grubu olup, suç genel teorisi içerisindeki pek çok kavram ile de ilişkilidir.

III. ÖZGÜ SUÇUN BENZER KAVRAMLAR İLE İLİŞKİSİ

A. Yükümlölük Suçları

1. Yükümlölük Suçlarını Kabul Eden Görüş

Asıl olarak Alman doktrininde ortaya atılmış ve geliştirilmiş olan “yükümlölük” kavramını Türk doktrininde kullanan yazarların olduğunu görmekteyiz³⁵⁷. Genel olarak yükümlölük suçı, suç tipinde failin ceza hukuku dışında başka bir hukuk düzeninden kaynaklanan özel bir yükümlölüğe tabi tutulduğu suçlar olarak tanımlanmaktadır³⁵⁸.

Türk doktrinde yükümlölük suçlarını kabul eden Özgenç, yükümlölük suçlarını “sırf yükümlölük suçları”, “hakimiyet ve yükümlölük suçları” olarak ikiye

³⁵⁷ Koca, Üzölmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; İzzet Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlölük Suçları, Yükümlölük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1-2, s.329-348, s.344; İzzet Özgenç, “Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1-2, Yıl:1994, s.159-190, s.188; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.206; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.572; Erdem, **a.g.m.**, s.206; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.173, s.386, 387; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.291; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.81; İçel, **a.g.e.**, s.295; Demirel, **a.g.e.**, s.113; Akbulut, **a.g.e.**, s.363; Aydın, **a.g.e.**, s.271; Erdem, **a.g.m.**, s.206.

³⁵⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.206; Özgenç, “Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, s.188; Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlölük Suçları, Yükümlölük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, s.344; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.387; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.291.

ayırarak incelemektedir³⁵⁹. Bu görüşe göre sırf yükümlülük suçlarında fail olabilmek için ceza hukuku dışında başka bir hukuk disiplininin kaynaklanan özel bir yükümlülük altında olmak gerekli iken, hakimiyet ve yükümlülük suçlarında fail olabilmek için özel yükümlülük aranmakla birlikte suç tipini oluşturan belirli bir fiil de tanımlanmaktadır³⁶⁰. Yazar, hakimiyet ve yükümlülük suçuna örnek olarak TCK m.204’de yer alan “*resmi belgede sahtecilik suçu*”nu göstermektedir³⁶¹. Bu görüşe göre, kamu görevlilerinin müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmeleri için birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurmaları gereklidir³⁶². Sırf yükümlülük suçlarında ise, soyut bir şekilde özel yükümlülüğe aykırı davranmak suç olarak öngörülmektedir³⁶³. Bu suçlarda özel yükümlülüğün ihlal edilmesi, suçun oluşması için yeterli kabul edilmekte, fail olarak sorumlu olabilmek için fiil üzerinde hakimiyet kurması aranmamaktadır³⁶⁴. Sırf yükümlülük suçuna örnek olarak TCK m.257’de yer alan “*görevi kötüye kullanma*” suçu gösterilmektedir³⁶⁵. Özgenç, kamu görevi ile görevlendirilen kişinin bu görevi dolayısıyla kamu hukuku yükümlülüğü altına girdiğini ifade etmektedir. Böylece kamu görevlileri görevin gerekli kıldığı yükümlülöklere uygun hareket etmek

³⁵⁹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.546; Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.290, 291; Özgenç, “*Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik*”, s.188.

³⁶⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.546, 547; Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.290; Özgenç, “*Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik*”, s.188; Özgenç, “*Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)*”, s.345; İçel, *a.g.e.*, s.303; İçel, Evik, *a.g.e.*, s.81; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, *a.g.e.*, s.91.

³⁶¹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.547; Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.291; Özgenç, “*Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik*”, s.188. Hakimiyet ve yükümlülük suçlarına rüşvet, zimmet, irtikap suçları da örnek olarak gösterilmiştir (İçel, Evik, *a.g.e.*, s.81; İçel, *a.g.e.*, s.303; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, *a.g.e.*, s.91).

³⁶² Özgenç, “*Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik*”, s.188; Özgenç, “*Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)*”, s.345.

³⁶³ İçel, Evik, *a.g.e.*, s.81; İçel, *a.g.e.*, s.303; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, *a.g.e.*, s.90; Özgenç, “*Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)*”, s.345.

³⁶⁴ Özgenç, “*Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)*”, s.345.

³⁶⁵ İçel, Evik, *a.g.e.*, s.81; İçel, *a.g.e.*, s.303; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, *a.g.e.*, s.90; Özgenç, “*Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)*”, s.345.

Sırf yükümlülük suçlarına ayrıca gerçek olmayan ihmalî suçlar da örnek olarak gösterilmiştir (Öztürk, Erdem, *a.g.e.*, s.387; Aydın, *a.g.e.*, s.272).

zorundadır³⁶⁶. Özgenç tarafından doktrinde ileri sürülen bu ayrımın temel sebebi, sırf yükümlülük suçu olarak adlandırılan suçların temel şeklinin özel olarak yükümlülük altında olan kişi tarafından işlenebilmesi dolayısıyla fail olabilmesi için bu yükümlülüğü taşımasının yeterli görülmesi, hakimiyet ve yükümlülük suçlarında ise, suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebiliyor olması ve özel faillik niteliğini taşısa dahi fiil üzerinde hakimiyet kurabilmiş olması gerekliliğidir.

Türk doktrininde yükümlülük suçlarını kabul eden *Demirel*, özgü suçların yanı sıra “*yükümlülük suçları*” kavramını da kullanmış ve her iki kavramın da aynı içeriği temsil ettiğini kabul etmiştir. Bu bağlamda yazara göre, suçun kanuni tanımında failin kamu görevlisi olması gerektiğinin arandığı zimmet, irtikap, rüşvet, görevi kötüye kullanma suçları hem yükümlülük hem de özgü suçlardır³⁶⁷. Yazar, özgü suç ile yükümlülük suçunun aynı olduğunu, ancak failin belirlenmesinde yükümlülüğün özel bir önemi olması dolayısıyla “*yükümlülük suçu*” kavramını tercih ettiğini ifade etmiştir. Özgü suçlar kapsamında özel faillik niteliğinden kaynaklanan bir yükümlülük öngörüldüğünden ve özel yükümlülüğe neden olan özel faillik niteliği olduğundan özgü suçların birer yükümlülük suçu olduğunu kabul etmektedir³⁶⁸. Yazar, fail hakkında yükümlülük öngörülmüş olup da özgü suç olmayan bir suç tipinin bulunmadığını kabul etmektedir. Anlayışımıza göre, yükümlülük suçları özgü suçun içerisinde bir görünüm şekli olduğundan dolayı fail hakkında öngörülmüş yükümlülüğün olduğu suçlar birer özgü suçtur. Ancak tam tersini yani her özgü suçun yükümlülük suçu olduğunu kabul etmek düşüncemize göre isabetli değildir. Çünkü faillik alanının sınırlandırıldığı özgü suç, yükümlülük dışında faile ilişkin farklı pek çok özelliği barındırabilir. Dolayısıyla yazarın her özgü suçun yükümlülük suçu olduğuna ilişkin görüşüne katılmadığımızı ifade etmeliyiz.

Yükümlülük suçlarında öngörülen yükümlülüğün suçun kanuni tipinde açık veya zımni olarak yer alabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşe örnek olarak ise,

³⁶⁶ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.206.

³⁶⁷ Demirel, *a.g.e.*, s.125, 126.

³⁶⁸ Demirel, *a.g.e.*, s.125, 126.

“kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” suçunda yükümlülüğe açıkça yer verilmiş iken, zimmet, rüşvet, irtikap gibi kamu görevlisi tarafından işlenen suçlarda suçun yapısından anlaşılabilmesi gösterilmektedir³⁶⁹. Suçun kanuni tipinde açık veya zımni olarak bir yükümlülüğe yer verilmesi ile birlikte suçun faili açısından bir sınırlandırmanın, belirlemenin yapıldığı dolayısıyla yükümlülük olmasına rağmen özgü suç olmayan bir suç tipinin bulunmadığı savunulmaktadır³⁷⁰. Yine bu kapsamda, yükümlülük suçlarının tüm suçlarda var olan yükümlülüğün yanı sıra ek bir yükümlülüğü ihtiva ettiği ifade edilmektedir. Bu ek yükümlülük ise, ceza hukuku dışındaki bir alandan kaynaklanan özel ve ayrı bir yükümlülüktür. Yükümlülük suçlarında önem arz eden husus, özel faillik niteliğinin yanı sıra özel faillik niteliğinden doğan özel yükümlülüğü haiz olmasıdır³⁷¹. Yazar, Alman doktrinde de ileri sürülen yükümlülük suçlarının *“sırf yükümlülük suçları”* ve *“görünüşte yükümlülük suçları”* olarak ikiye ayrıldığına ilişkin görüşe katılmaktadır. Yazara göre sırf yükümlülük suçları gerçek özgü suçların karşılığı olarak ifade edilmekteyken, görünüşte yükümlülük suçları gerçek olmayan özgü suçların karşılığı olarak ifade edilmektedir³⁷².

Yükümlülüğün kaynağının kamu hukuku ya da özel hukuk olabileceği kabul edilmektedir³⁷³. Örneğin, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunda yükümlülük, özel hukuk ilişkisine dayalı bir sözleşmeden ya da özel hukuk alanında bir kanundan kaynaklanabilir³⁷⁴.

³⁶⁹ Demirel, **a.g.e.**, s.115.

³⁷⁰ Demirel, **a.g.e.**, s.126.

³⁷¹ Demirel, **a.g.e.**, s.141.

Örneğin, zimmet suçunda failin kamu görevlisini sıfatını haiz olması yeterli olmayıp, kamu görevlisi sıfatının bahse konu görevle ilişkisi olması gerekmektedir (Demirel, **a.g.e.**, s.141, 142).

Bu görüşe benzer yönde Yargıtay 5.CD. tarafından verilen 22.05.2017 tarih ve 2014/7950 E., 2017/2271 K. sayılı kararda da, ambar memuru olarak görev yapan sanığın görev ve sorumluluk kapsamının ve suça konu ürünlerin kendisine görevi sebebiyle teslim edilip edilmediğinin, muhafaza ve görev sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti gerektiği içtihat edilmiştir (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2014-7950.htm>, Çevrimiçi, 25.09.2018).

³⁷² Demirel, **a.g.e.**, s.117-120.

³⁷³ Demirel, **a.g.e.**, s.115; Akbulut, **a.g.e.**, s.363.

³⁷⁴ Demirel, **a.g.e.**, s.115.

Yazar bu örneğin yanı sıra kasten öldürme suçunun *“altsoy, üstsoy, eş ve kardeşe”* karşı işlenmesi nitelikli halinde de, eşe karşı işlenmesinin Medeni Kanun’da evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüğe dayandığını ve altsoy, üstsoya karşı işlenmesinde de velayet hakkından kaynaklanan bir

Yargıtay kararlarında bu konuya ilişkin tartışmalara sık bir şekilde rastlamamak ile birlikte bir kararında, faillerin belirli yükümlülük altında bulunduğu suçların özgü suçlar olduğu ifade edilmiş ve devamında karara konu suça ilişkin olarak failin ilgili yasalardan kaynaklanan yükümlülüğü izah edilmiştir³⁷⁵.

Alman doktrininde *Roxin* tarafından “özgü suç” kavramı yerine “yükümlülük suçları” kavramı kullanılmıştır³⁷⁶. Bu kavram, daha sonra literatürde başka yazarlar tarafından da tanınmıştır³⁷⁷. Yükümlülük suçu kavramının geliştirilmesi ile genel anlamda özgü suç ile aynı suçlar ifade edilmektedir³⁷⁸. Yükümlülük suçları adlandırması tesadüfi olarak seçilmemiş, aksine faile bağlı olarak yapılan tanımdan kendi anlayışını ayırmak için tercih edilmiştir³⁷⁹.

Roxin, iştirak incelemesinde suçları, hakimiyet suçları, yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlar olarak sınıflandırmaktadır³⁸⁰. Bir suçun hakimiyet ya da yükümlülük suçu olarak belirlenmesi kanun koyucunun değer yargısıdır³⁸¹. Hakimiyet ve yükümlülük suçları arasındaki ayrım, fail kavramı anlayışından değil, suç tipinin farklı yapısından kaynaklanmaktadır³⁸². Hakimiyet ve yükümlülük suçu şeklindeki ayrım, toplumsal gerçeklik anlayışını yansıtmaktadır. Bir emir olarak kanunlaştırılan suç tipi, sadece hakimiyet suçlarının tanımı olarak değil, aynı

yükümlülüğün bulunduğunu ve neticede özel hukuk alanından kaynaklandığını ifade etmektedir (Demirel, *a.g.e.*, s.116).

³⁷⁵ Yargıtay 4.CD., 2011/1216 E., 2011/8440 K. (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 19.09.2018).

Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 4.CD., 2011/8670 E., 2011/7070 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 19.09.2018); Yargıtay 4.CD., 2011/8668 E., 2011/7069 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 19.09.2018); Yargıtay 4.CD., 2011/8668 E., 2011/7069 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 19.09.2018); Yargıtay 9.CD., 23.01.2014 tarih ve 2013/14302 E., 2014/722 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 11.04.2019).

³⁷⁶ Roxin, *Strafrecht AT*, Band I, s.340, kn.129; Krause, *a.g.e.*, s.35; Heidland, *a.g.e.*, s.35; Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.10, kn.14; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.22; Deichmann, *a.g.e.*, s.9.

³⁷⁷ Heine/Weiße, *a.g.e.*, kn.83; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.220; Krause, *a.g.e.*, s.35; Heidland, *a.g.e.*, s.34; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.22; Deichmann, *a.g.e.*, s.9.

³⁷⁸ Deichmann, *a.g.e.*, s.9; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.220.

³⁷⁹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.220.

³⁸⁰ Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.10, kn.16; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.354, 355; Deichmann, *a.g.e.*, s.9; Herzberg, *a.g.m.*, s.902.

³⁸¹ Chen, *a.g.e.*, s.36.

³⁸² Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.25.

zamanda bir yükümlülük suçunun tanımı olarak da anlaşılmaktadır, bu sebeple hem yükümlülük suçunu hem de hakimiyet suçunu ifade ediş şeklidir³⁸³. Roxin, kanun koyucunun suç tiplerini oluştururken iki farklı yönteminin olduğunu kabul etmektedir³⁸⁴. Kanun koyucu, bu değerlendirmesini hukuki değer ihlali çerçevesinde yükümlülük durumunu ne kadar önemli gördüğüne bağlı olarak yapmaktadır³⁸⁵. İlki, ceza ile tehdit edilen sosyal açıdan dayanılmaz ölçüde zarara yol açan hareketlerin tanımlanmasıdır. Örneğin öldürme, yaralama, dolandırıcılık suçları gibi³⁸⁶. Bugün hakim olan görüşe göre, suçların çoğunda, belirleyici faktör, “fiil hakimiyeti” öğretisidir. Roxin bu suçları “hakimiyet suçları” (*Herrschaftsdelikten*) olarak adlandırmaktadır ve bu suçlarda tek başına faillik ya da başka birisiyle birlikte fiil hakimiyeti olabilir³⁸⁷. Bu suçların çoğunluğunda kanun koyucu tipik eylemi mümkün olduğunca açık tarif etmiştir. Bu halde fail, fiil üzerinde hakimiyet kuran kişidir. Örneğin, yağma suçunun tanımında dışsal ve içsel olgular bulunmakta olup, bütüncül olarak tipik resimde “hareket içerisinde hırsızların” olduğu kesin olarak anlaşılmaktadır. Bu nedenle buradaki fail, suçun icrası üzerinde hakimiyeti kuran kişidir³⁸⁸. Bu suç tiplerinde, faillik ve şeriklik birbirinden özel yükümlülük durumu ile değil, aksine fiil hakimiyeti ile ayrılırlar³⁸⁹.

İkinci yöntemde, suç tipini oluşturan yükümlülükler, hukuk düzenin farklı alanlarında kendilerini göstermişlerdir ve o suç tipinin neticelerine sebep olmak veya tipik neticeyi engellemek ceza ile tehdit edilmektedir. Kanun koyucu, bu yöntemi failin davranışının dış dünyadan görünen bir özelliğe bağlanmadığı hallerde kullanır. Çünkü cezalandırmanın temel sebebi, kişinin üstlendiği toplumsal rolün gerekliliklerini ihlal etmesidir. Bu durumlarda, icrai ya da ihmali bir biçimde neticenin gerçekleşmesine katkıda bulunan, tipiklikten öngörülen yükümlülüğü ihlal

³⁸³ Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.99.

³⁸⁴ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.106, kn.267; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.25.

³⁸⁵ Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.27; Chen, **a.g.e.**, s.36.

³⁸⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.106, kn.267, s.10, kn.13; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.354, 355; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.22; Chen, **a.g.e.**, s.29; Herzberg, **a.g.m.**, s.901.

³⁸⁷ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.13; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.354, 355; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.22; Jyh-Huei Chen, **Das Garantensonderdelikt**, Duncker & Humboldt, Berlin, 2006, s.29; Herzberg, **a.g.m.**, s.901.

³⁸⁸ Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.22.

³⁸⁹ Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.354, 355.

eden kişi, birden fazla iştirakın merkez noktasındaki kişidir. Buna karşılık fiil hakimiyeti ya da neticeye olan katkının ölçüsü önemli deęildir³⁹⁰. Yüğümlölük suçlarında, cezalandırmanın sebebinde toplumsal bir rolün ihlali bulunmaktaysa, bu halde yüğümlölük ihlalinin icrai ya da ihmali olarak gerçekleştirilmesinin bir önemi bulunmamaktadır³⁹¹. Yüğümlölük suçlarında, icrai ve ihmali ayrımın pratikte neredeyse bir önemi bulunmamakta ve bu eşitlik bir problem ortaya çıkarmamaktadır. Bu görüşe göre yüğümlölük suçları, icrai suçlar ile ihmali suçlar arasında bir köprü oluşturmaktadır, hakimiyet kriteri ile eşit durumda gözükmektedirler³⁹². İhmali suçlar dışındaki yüğümlölük suçları, güveni kötüye kullanma suçu (*Alm. CK m.266*); cebri icrayı engelleme suçu (*Alm. CK § 288*) olarak örneklendirilmektedir³⁹³. *Roxin* bu suçlarda, suç tipinin merkezinde herkesi ilgilendirmeyen özel yüğümlölüğü ihlal eden kişi bulunduğunu ifade etmektedir³⁹⁴. Bu suçların kendine münhasır özelliğinin henüz tipikleştirilmeden önce de varolan (*vorstrafrechtlich*) özgü yüğümlölüğün tek başına ihlal edilmesi olduğu ve fiil hakimiyeti gibi failliğin diğer unsurlarından tamamen bağımsız olduğu kabul edilmektedir³⁹⁵. *Roxin*, bu suçlarda belirli niteliğe, faillik özelliğine sahip olan kişinin fail olabildiğini ve kural olarak buradaki niteliğin ceza hukuku dışından kaynaklanan yüğümlölük durumu olduğunu kabul etmekte ve bu suçları “*yüğümlölük suçu*” olarak adlandırmaktadır³⁹⁶. Bu suçlarda özel bir yüğümlölük bulunmakta ve fail bu özel yüğümlölüğe sahip kişi olmaktadır³⁹⁷.

Tüm bu hallerde, mahiyeti halen açıklanmayı bekleyen yüğümlölük ihlalinde faillik için belirleyici bir kriter bulunmaktadır. Bu bağlamda eskiden beri

³⁹⁰ Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.106, kn.268; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.23, 24; Chen, *a.g.e.*, s.29.

³⁹¹ Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.26; Chen, *a.g.e.*, s.69.

³⁹² Chen, *a.g.e.*, s.69.

³⁹³ Georg Freund, *Strafrecht AT*, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2009, s.334, kn. 48; Roxin, *Strafrecht AT*, Band I, s.340, kn.129; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, s.10, kn.14; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24; Chen, *a.g.e.*, s.46.

³⁹⁴ Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.10, kn.14; Herzberg, *a.g.m.*, s.901; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24; Deichmann, *a.g.e.*, s.9.

³⁹⁵ Grunst, *a.g.m.*, s.549; Chen, *a.g.e.*, s.29; Deichmann, *a.g.e.*, s.9; Herzberg, *a.g.m.*, s.901; Krause, *a.g.e.*, s.35; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24.

³⁹⁶ Roxin, *Strafrecht AT*, Band I, s.340, kn.129; Krause, *a.g.e.*, s.35; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24; Chen, *a.g.e.*, s.30; Deichmann, *a.g.e.*, s.9; Herzberg, *a.g.m.*, s.901.

³⁹⁷ Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24; Deichmann, *a.g.e.*, s.9; Herzberg, *a.g.m.*, s.901.

çok tartışılan ceza hukukundan kaynaklanan yükümlülük öğretisi üzerinde ayrıntılı olarak durmaya gerek yoktur³⁹⁸. *Roxin*'e göre, yükümlülük suçlarındaki yükümlülük, ceza hukukundan kaynaklanan yükümlülük değildir ve bu yükümlülüğün ihlali suç tipinde öngörülen cezaya sebep olmaktadır³⁹⁹. *Roxin*, bu suç grubunda failliğin belirleyici kriterini ceza hukuku dışından kaynaklanan özgü yükümlülüğün ihlali ile tanımlamıştır ve bu ihlal suça iştirak eden her kişi için geçerli değildir, ancak suç tipinin gerçekleştirilmesi için gereklidir⁴⁰⁰. Yükümlülüklerin tümü, genel olarak hukukun diğer alanlarından kaynaklanan ve

³⁹⁸ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.354.

³⁹⁹ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.354; Chen, *a.g.e.*, s.30; Deichmann, *a.g.e.*, s.9.

⁴⁰⁰ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.352; Chen, *a.g.e.*, s.30; Martin, *a.g.e.*, s.23; Deichmann, *a.g.e.*, s.9; Krause, *a.g.e.*, s.35; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24.

Alman doktrininde bir görüşe göre özgü yükümlülük, ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlülük ve sosyal etik yükümlülüğün ihlali olarak iki açıdan incelenmelidir (Deichmann, *a.g.e.*, s.28).

Hukuki yükümlülükleri belirli kategorilere ayırarak inceleyen bir görüş, "*failin belirli niteliklerine dayanan yükümlülük*"ün öngörüldüğü yükümlülük suçlarını bu kapsamda incelemiştir (Bohlander, *a.g.e.*, s.44).

Bir görüşe göre de bu suçlar, ahlakın genel emirlerine dayanan suçlardır ve aynı zamanda hukuki yükümlülükleri de oluşturmaktadır. Yükümlülük suçlarında, ilk olarak tarif edilen kişinin mesleki yükümlülük durumunu tanımlayan fail unsurları incelenmelidir (Heidland, *a.g.e.*, s.34, 52).

Özgü suçu, özgü yükümlülüğün ihlali olarak tanımlayan görüş; garantörsel yükümlülüğünün ihlali ve kamusal yükümlülüğün ihlali olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir. Bazı haksızlık tiplerinde fiil, *-herkesin ilgili yükümlülüğünden farklı olarak-* failin özel koruma yükümlülüğüne karşı hukuki değer ihlali teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır (Schmidhäuser, *a.g.e.*, s.103, kn.88). Garantör yükümlülüğü, koruma ya da gözetim yükümlülüğüne bağlı olmaksızın bir nitelikli yükümlülük durumudur (Radtke, *a.g.m.*, s.9). Garantör yükümlülüğünün koşulu, içtihat ve doktrinde, "*garantörlük durumu*" (*Garantenstellung*) olarak belirlenmiştir (Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, kn.6). Kamusal yükümlülüğün ihlali ise, failin eyleminin haksızlığı ya da onun belirli niteliği suçun temel şeklinde olabilir (*Alm. CK § 336'da yer alan "kamu hizmetinin ihlali" suçu*) ya da herkes tarafından işlenebilen suçlara kıyasla haksızlık artırılabilir (*Alm. CK § 120'de yer alan "mahpusun kaçmasını sağlama" hükmünün 2.fıkrasında kamu görevlisi tarafından işlenmesinin daha ağır cezayı gerektirmesi gibi*) (Schmidhäuser, *a.g.e.*, s.104, kn.89). Garantörsel yükümlülük suçları ile kamusal yükümlülüğün ihlali suçları, herkes tarafından işlenemeyen, sadece özel yükümlülük altındaki kişi tarafından işlenebilen suçlar olup, bu yükümlülük bu kişilerin hukuki değer konusunu koruma yükümlülüklerine ya da kamusal bir görevi icra etmesine ya da elde bulundurmasına dayanmaktadır (Schmidhäuser, *a.g.e.*, s.104, kn.90).

Bu tür yükümlülük suçlarının ana uygulama alanı, ilk başta yan ceza hukuku ya da kabahatler hukuku idi (Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 28, kn.83). Örneğin, idare hukukunda belirli kişi gruplarında olan özgü yükümlülük içeren özel suç tipleri gibi (Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 28, kn.83). Ceza hukukundan farklı olarak, bu suç türleri Kabahatler Hukuku'nda son derece yaygındır (Rengier in: **Karlsruher Kommentar zum OWIG**, kn.18). Normun sınırlandırılmış muhatapları ile bu suç türleri genellikle girişimci, işletme sahibi, işveren, şoför, basın memuru, orman sahibi gibi unsurlar ile anlaşılır (Rengier in: **Karlsruher Kommentar zum OWIG**, kn.18; Martin, *a.g.e.*, s.25; Kindhäuser, *a.g.e.*, s.64, kn.3; Herzberg, *a.g.m.*, s.914). Eğer bir kabahatin özel kişisel unsuru, suçun nitelikli unsuru ise, Kabahatler Kanunu § 14'e göre iştirak için bu unsurun bulunması gereklidir (Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, § 28, kn.12).

mantıksal olarak bir ceza hukuku normunun tasarladığı yükümlülüklerdir⁴⁰¹. Bu kapsamda, kamu hukukundan kaynaklanan memur yükümlülüğü, özel hukuktan kaynaklanan bakım ve sadakat yükümlülüğü, bu türe örnek olarak verilebilir⁴⁰². Tüm bunlar için karakteristik olan özellik, yükümlülük sahipleri ile suça diğer iştirak edenler arasında fiilin haksızlık içeriğinin özel ilişkisi ile fark oluşturmalarıdır ve kanun koyucu bu yüzden sadece bu yükümlülükten dolayı onları eylemin merkez noktasında ve fail olarak görmektedir⁴⁰³. Bu bakış açısı en azından, yükümlülük suçlarını fiil hakimiyetinden ayırmakta ve bambaşka sınırlandırmalara yol açmaktadır⁴⁰⁴.

Yükümlülük suçlarına örnek olarak, Alm. CK § 331’de yer alan “*yarar kabul etme suçu*”nda sadece kamusal pozisyonu olan belirli yükümlülüğü ihlal edebilecek kişinin fail olabileceği veya Alm. CK § 203’de yer alan “*özel sırların ihlali*” suçunda belirli mesleklerde sır saklama yükümlülüğü altındaki kişiler tarafından gerçekleştirilebileceği gösterilmektedir⁴⁰⁵. Yükümlülük durumuna ilişkin olarak verilen başka bir örnek, görev suçlarında memur olmaktır⁴⁰⁶. Görev suçlarında sıklıkla suç tipinde, açıkça neticeyi gerçekleştiren ya da sadece neticenin gerçekleşmesini önlemeyen yükümlülük ihlali tanımlanmaktadır⁴⁰⁷. Örneğin, Alm. CK § 340’da yer alan “*görev sırasında yaralama*” suçunda görevi sırasında yaralama suçunu işleyen kamu görevlisi cezalandırılmaktadır. Bu suç ile kamu görevlisinin her yaralaması değil, aksine somut bir kamu görevinin icrası ile ilgili yaralaması cezalandırılmaktadır⁴⁰⁸. Örneğin, Alm. CK § 343’de “*zorla ifade alma*” suçunda “*extraneus*”, fiil üzerinde hakimiyete sahip olsa dahi bu suçun faili olamaz, çünkü bu suç tipinde suç süjesi olarak kamu görevlisi olma koşulu bulunmaktadır⁴⁰⁹.

⁴⁰¹ Chen, **a.g.e.**, s.30; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.354;

⁴⁰² Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.354; Chen, **a.g.e.**, s.30.

⁴⁰³ Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.354.

⁴⁰⁴ Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.354.

⁴⁰⁵ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.104; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129; Herzberg, **a.g.m.**, s.901.

⁴⁰⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.113, kn.285; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.353; Heidland, **a.g.e.**, s.52.

⁴⁰⁷ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.113, kn.285; Chen, **a.g.e.**, s.29, 30; Heinz Wagner, **Amtsverbrechen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, s.21.

⁴⁰⁸ Chen, **a.g.e.**, s.30; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.353.

⁴⁰⁹ Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.352; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.22; Chen, **a.g.e.**, s.29.

Somut bir hukuki mesele ile uğraştan dolayı belirli bir yükümlülük doğmaktadır ve bu yükümlülük, iştirak eden kişinin uygun bir şekilde ifade almasıdır, bu yükümlülüğün bilinçli ihlali failiği oluşturmaktadır. Bu nedenle görev suçlarında, sadece “*intraneus*”un fail olabileceği mutlak olarak görülmektedir⁴¹⁰.

Aynı durum, diğer memur suçları ve meslek suçları için de geçerlidir. Ceza hukukuna göre memur olmamakla birlikte benzer yükümlülük durumlarına sahip olanlar da bulunmaktadır⁴¹¹. Hakim veya hakemler, askerler bu gruba dahildir, Askeri Ceza Kanunu’nda (*As. CK*) sadece asker kişiler tarafından işlenebilen suçlar düzenlenmiştir⁴¹². Ceza Kanunu’nda iki belirli meslek grubunun (*tedavi edici meslek ve yargı mesleğini yürütenler*) yükümlülüklerini ihlal etmesi, ceza ile tehdit edilmektedir. Yükümlülüklerin bir sonraki büyük grubu, aile ve evlilik ile ilgilidir. Evlilik, her iki eş için de yükümlülükler getirmektedir⁴¹³. Örneğin, nafaka yükümlülüğün ihlali (*Alm. CK § 170*), bakım veya eğitim yükümlülüğünün ihlali (*Alm. CK § 171*) ve akrabalar arasındaki cinsel ilişki (*Alm. CK § 173*) gibi.

Bunların dışındaki suçlar da, failin belirli kişilere karşı otorite ya da bağımlılık ilişkisi nedeniyle kendisine verilen yükümlülükleri ihlal ettiği suçlardır. Bu suçlarda mağdur, failin hukuki değer ihlaline kolaylıkla maruz kalmaktadır, bundan dolayı failin kendisinin sebep olduğu tehlikeden kaynaklanan yükümlülüğü ceza hukuku kapsamına alınmıştır⁴¹⁴. Örneğin, *Alm. CK § 142*’de “*izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma*” suçunda, tespitlerin yapılmasını sağlama ve bekleme yükümlülüğünün ihlali suç olarak düzenlenmiştir⁴¹⁵.

Alman doktrininde bir görüşe göre, “*gerçek olmayan yükümlülük suçları*”, özellikle gerçek olmayan görev suçları, genel suçların özel hallerinin tam veya yaklaşık olarak tanımlanması ile oluşturulur⁴¹⁶. Bu suçlarda, özgü yükümlülük cezayı

⁴¹⁰ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.353; Chen, *a.g.e.*, s.29, 30.

⁴¹¹ Heidland, *a.g.e.*, s.59.

⁴¹² Welzel, *a.g.e.*, s.64; Heidland, *a.g.e.*, s.59, 60; Nagler, *a.g.e.*, s.28, 29.

⁴¹³ Heidland, *a.g.e.*, s.62, 68.

⁴¹⁴ Heidland, *a.g.e.*, s.82.

⁴¹⁵ Gerl, *a.g.e.*, s.96; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24. Heidland, *a.g.e.*, s.89.

⁴¹⁶ Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich *Strafgesetzbuch*, § 29, kn.32.

ağırlaştırıcı kişisel unsur olarak kabul edilmektedir ve bu sebeple “*extraneus*” için Alm. CK § 28/2 uygulama alanı bulur⁴¹⁷. Bu suçlarda, genel suç ve özgü suç arasındaki cezaların sınırları sadece asgari düzeyde farklılık gösterir. Gerçek olmayan yükümlülük suçlarına örnek olarak Alm. CK § 258a’da yer alan “*görevli kişi tarafından birinin cezalandırılmasının engellenmesi*” ve Alm. CK § 340’da yer alan “*görev sırasında yaralama*” gösterilmektedir⁴¹⁸.

Ceza hukuku dışından kaynaklanan bir yükümlülük ihlali de tanıklık suçlarında karşımıza çıkmaktadır (Alm. CK § 153, 154, 156)⁴¹⁹. Gerçeği beyan yükümlülüğü suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Çünkü bu gerçeği beyan yükümlülüğüne karşı bir ihlal, hukuki değer ihlali yasağından bağımsız sosyal etik yükümlülüğe dayanmadığı sürece ceza hukuku açısından önemli kişisel bir değersizlik oluşturmaz⁴²⁰.

Özgü suçun bu kategorisi, faillik için belirleyici bir unsuru kapsamına almamaktadır. Faillik alanı belirli bir meslek grubu ile sınırlandırılmadığı halde de, aynı sonuç ortaya çıkmaktadır⁴²¹. Roxin’e göre, güveni kötüye kullanma suçu (Alm. CK § 266) gibi suç tiplerinde, tipik eylem hakimiyet suçlarında olduğu gibi belirli dış dünyaya yansıyan hareket tarzı ile değil, aksine malın korunması yükümlülüğünün ihlali ile tanımlanmıştır⁴²². Bu suç, klasik bir yükümlülük suçu olarak görülmektedir. Mala zarar verenin yükümlülük ihlali farklı icrai hareketler ile

Hakim olan yükümlülük suçları öğretisine göre, özgü yükümlülüğün eksik olduğu gerçek olmayan yükümlülük suçlarında, azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olan suça iştirak eden “*extraneus*”, gerçek yükümlülük suçlarından tamamen farklı bir etkiye sahiptir (Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch, § 29, kn.35).

⁴¹⁷ Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch, § 29, kn.32, 54.

⁴¹⁸ Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch, § 29, kn.32, 35; Chen, a.g.e., s.30.

⁴¹⁹ Chen, a.g.e., s.37; Heidland, a.g.e., s.93.

⁴²⁰ Böyle bir sosyal etik yükümlülük, daha önceleri herkes için sadece yemin etmenin kutsallığı anlamında kabul edilmekteydi (Heidland, a.g.e., s.96, 97).

⁴²¹ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.353.

⁴²² Sánchez Vera, a.g.e., s.24; Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.10, kn.14; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.353; Chen, a.g.e., s.46.

Birçok insan çalıştıkları işyerlerinde pozisyonlarına göre belirli yükümlülüklerle tabi olurlar. Örneğin, bir yönetici girişimcilerinin finansal çıkarlarını korumak ile yükümlüdür ve eğer korumazsa, girişimcilerinin varlıklarında sebep oldukları zararlardan dolayı Alm. CK § 266’da yer alan “*güveni kötüye kullanma*” suçundan sorumluluğu doğar (Bohlander, a.g.e., s.44).

gerçekleştirilebileceği, ihmali hareketler ile de gerçekleştirilebileceği, suç tipinin gerçekleştirilmesinin dışı yansıyan hareketlere bağlı olmadığı açıktır. Kanunun açık ifadesine göre, fail mala zarar verecek şekilde tipik yükümlülüğü ihlal eden kişidir⁴²³.

Roxin, yükümlülük suçlarında fiil hakimiyetini kabul etmemektedir. Belirli suç normları yükümlülük suçları olarak anlaşılmaktadır ve ceza hukuku dışında özgü bir yükümlülüğe (*Sonderpflicht*) dayanmaktadır⁴²⁴. Örneğin, ihmali suçlar, yükümlülük suçları olarak anlaşılmaktadır⁴²⁵. Eğer özgü suç kavramında “özgü yükümlülük ihlali” (*Sonderpflichtverletzung*), sadece failliği teşkil etmekteyse, özgü yükümlülük ihlali başka koşullara bağlı olmaksızın tek başına failliği oluşturmaktadır⁴²⁶. Yükümlülük suçları kategorisi ile fiil hakimiyeti formülü, ceza hukuku dışından kaynaklanan özgü yükümlülük ihlalinin sihirli formülü ile yer değiştirir⁴²⁷. Yükümlülük suçlarından dolayı faillik için fiil hakimiyeti değil, aksine ceza hukuku dışında özgü yükümlülüğün ihlali esas alınmıştır⁴²⁸. Bu durumlarda fail, suç tipindeki özgü yükümlülüğü ihlal ederek neticeyi gerçekleştiren kişidir. İlgili yükümlülüğü yüklenmeyen kişi, suça iştirake katkısı ne olursa olsun, olayın gelişim süreci üzerinde hakimiyet dahi kurmuş olsa sadece şerik olabilir⁴²⁹. Bununla birlikte yükümlülük suçlarında, failin üstlendiği koruma ya da kontrol hakimiyetini gerçekleştirmemesi ile fiil hakimiyetinin aktif icrasıyla gerçekleştirilen hareketin aynı seviyede olamayabileceği de düşünülebilir⁴³⁰.

Hakimiyet ve yükümlülük suçları ile faillik ve şeriklik arasındaki sınırlamadaki büyük farklar, fail kavramını değiştirmemekte, fail kavramını

⁴²³ Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.107, kn.271; Chen, *a.g.e.*, s.46.

⁴²⁴ Freund, *a.g.e.*, s.344, kn.74, dn.89; Heine/Weiße, *a.g.e.*, kn.83; Deichmann, *a.g.e.*, s.9.

⁴²⁵ Freund, *a.g.e.*, s.334, kn.48; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.26; Chen, *a.g.e.*, s.69.

⁴²⁶ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.221; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.23, 24; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, s.106, kn.268; Herzberg, *a.g.m.*, s.901.

⁴²⁷ Freund, *a.g.e.*, s.334, kn. 49.

⁴²⁸ Heine/Weiße, *a.g.e.*, § 28, kn.82; Freund, *a.g.e.*, s.334, kn.48.

⁴²⁹ Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.10, kn.14; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.353; Chen, *a.g.e.*, s.29.

⁴³⁰ Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.108, kn.274.

“tipikliğe uygun hareketin merkezi” noktasında birleştirmektedir⁴³¹. Bu iki suç grubu arasındaki büyük farklar, sadece bu yol gösterici ilkenin farklı tezahürleri olarak kabul edilmektedir⁴³².

Alman doktrininde yükümlülük suçları ile özgü suçları birbirinden ayıran bir görüşe göre, suçun unsurlarında failin yükümlülük durumu koşul olarak aranmaktaysa yükümlülük suçu olarak tanımlanması ve fail özel bir işlev ile görevlendirilmişse ve faillğe ilişkin özel bir kişisel unsur içermekteyse özgü suç olarak adlandırılması önerilmektedir. Bir suçun yükümlülük suçu olup olmadığının tespitinde, faile bağlı objektif kişisel özelliklerin bulunup bulunmadığı esas alınmalıdır; bu unsuru haiz ise özgü suç söz konusudur⁴³³. Bu görüşe göre, örneğin, Alm. CK § 142’de yer alan “izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma suçu”, bir yükümlülük suçudur, ancak özgü suç değildir⁴³⁴.

2. Yükümlülük Suçlarını Kabul Etmeyen Görüş

Türk doktrininde yükümlülük suçlarını ayrı bir suç grubu olarak kabul etmemekle birlikte özgü suçun tanımında “özel bir yükümlülük” ifadesini kullanmayı tercih eden yazarlar bulunmaktadır⁴³⁵. Bu görüşe göre, yükümlülük suçları ayrı bir kategori olarak kabul edilmemekle birlikte özgü suçun kaynağını özel bir yükümlülük oluşturmakta olup, bu özel yükümlülük ceza hukuku veya ceza hukuku dışından kaynaklanan bir yükümlülük olabilir. Bu kabule göre, yükümlülüğü yerine getirmeyen garantör, özgü suçun failidir⁴³⁶. Bu görüş, yükümlülük suçlarını ayrı bir kategori olarak kabul etmemekte, ancak yükümlülüğün özgü suçun içeriğini oluşturduğunu kabul etmektedir.

⁴³¹ Deichmann, **a.g.e.**, s.9; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.108, kn.274; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.82; Chen, **a.g.e.**, s.30.

⁴³² Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.108, kn.274; Deichmann, **a.g.e.**, s.9.

⁴³³ Gerl, **a.g.e.**, s.96, 97; Martin, **a.g.e.**, s.25.

Gerl, eserinde yükümlülük suçlarını belirli bir sistem içerisinde tek tek incelemek suretiyle sahip oldukları unsurlara göre hukuki nitelendirmelerini yapmıştır (Gerl, **a.g.e.**, s.97 vd.).

⁴³⁴ Gerl, **a.g.e.**, s.96; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24. Heidland, **a.g.e.**, s.89.

⁴³⁵ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Akbulut, **a.g.m.**, s.183.

⁴³⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s.363; Akbulut, **a.g.m.**, s.184.

Alman doktrininde de bir görüşe göre, yükümlülük suçları olarak ayrı bir kategori kabul edilmemekle birlikte, özgü suçtan özel bir subjektif nitelik ya da görev suçlarında kamu görevlisi özelliği gibi özel bir yükümlülük veyahut da güveni kötüye kullanma suçunda başkasının malvarlığını idare etme yükümlülüğü veya ihmali suçlarda garantörlük yükümlülüğünün öngörüldüğü suçların anlaşılabilceği iddia edilmektedir⁴³⁷. Özel subjektif niteliği ya da yükümlülüğü haiz olmayan kişi fail olamaz⁴³⁸. Bu görüş de, yükümlülük suçlarını ayrı bir kategori olarak kabul etmemekte, ancak özgü suçun içeriğini oluşturduğunu kabul etmektedir.

Langer, iki sebepten dolayı yükümlülük suçlarına karşı çıkılması gerektiğini düşünmektedir. *Langer*, *Roxin*'in ortaya koyduğu yükümlülük suçu kategorisini, ilk olarak bu kavramın pozitif hukuk ile bağdaşmadığı gerekçesi ile bütünüyle reddetmiştir⁴³⁹. Yazar, yükümlülük suçu kavramının Alm. CK § 28/2 hükmü ile çelişki içinde olduğu düşüncesindedir. Bu hükümde niteliğin sadece şerikte bulunduğu açıkça düzenlendiğini ifade etmektedir⁴⁴⁰. İkinci olarak da yükümlülük suçları ile aynı şekilde suç tipi anlayışına sahip genel suçlar olduğunu iddia etmektedir. Bu durum, yükümlülük suçlarının varlığına ilişkin ispatı zayıflatmaktadır⁴⁴¹.

Yükümlülük suçları kavramını kabul etmeyen *Chen*'e göre, özgü suçlar yükümlülük suçları kapsamından çıkarıldığı anda, yükümlülük suçları kavramını devam ettirmek için bir sebep kalmamaktır. *Roxin*, garantör teorisinde cezanın sebebinin Alm. CK § 14'de yer alan temsilcinin ya da organın sorumluluğu olduğunu reddetmekte ve yükümlülük teorisi kabulüne bağlı kalmaktadır. Onun düşüncesine göre, faillğe ilişkin garantör durumunu oluşturan statü işaretleri vardır, ancak bu statü işaretlerinin tümü garantör durumunu oluşturmaktadır⁴⁴². *Chen*'e göre bu maddi gerekçe, belirli bir fail niteliğinden oluşturulan garantör durumunda bulunmaktadır.

⁴³⁷ Heinrich, **a.g.e.**, s.511, 512, kn.1196.

⁴³⁸ Heinrich, **a.g.e.**, s. 512, kn.1196.

⁴³⁹ Winrich Langer, **Das Sonderverbrechen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, s.223-227; Chen, **a.g.e.**, s.41.

⁴⁴⁰ Langer, **Das Sonderverbrechen**, s.224; Chen, **a.g.e.**, s.41.

⁴⁴¹ Langer, **Das Sonderverbrechen**, s.225; Chen, **a.g.e.**, s.44.

⁴⁴² Chen, **a.g.e.**, s.70.

Yazara göre, yükümlülük suçu öğretisi, özgü suç tipleri için kanunun lafzi ile ikna edici bir açıklama sunamamaktadır⁴⁴³.

3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Türk doktrinde yükümlülük suçları kavramını kabul eden Özgenç, yükümlülük suçlarını “sırf yükümlülük suçları”, “hakimiyet ve yükümlülük suçları” olarak ikiye ayırarak incelemektedir. Bu görüşe göre sırf yükümlülük suçlarında fail olabilmek için ceza hukuku dışında başka bir hukuk disiplininin kaynaklanan özel bir yükümlülük altında olması gerekli iken, hakimiyet ve yükümlülük suçlarında fail olabilmek için özel yükümlülüğün yanı sıra suç tipini oluşturan belirli bir fiil de tanımlanmaktadır ve faillik için fiil hakimiyeti gereklidir. Bu görüşün temeli, fiil hakimiyetinin belirleyici faktör olması bakımından Roxin’in “hakimiyet suçları” ve “yükümlülük suçları” ayrımı ile yakın ilişkilidir.

Türk doktrininde özgü suçun karşılığı olarak yükümlülük suçları kavramını kabul eden Demirel, yükümlülük suçlarını “sırf yükümlülük suçları” ve “görünüşte yükümlülük suçları” olarak ikiye ayırarak incelemektedir. Sırf yükümlülük suçları, gerçek özgü suçların karşılığı olarak ifade edilmekteyken, görünüşte yükümlülük suçları gerçek olmayan özgü suçların karşılığı olarak ifade edilmektedir. Esasen burada özgü suçun kendi içerisinde sınıflandırılmasının bir parçasını oluşturan gerçek özgü suç ve gerçek olmayan özgü suç ayrımının sadece terimsel olarak farklılaştırıldığı düşüncesindeyiz.

“Yükümlülük suçu” kavramı, özgü suçun faile bağlı tanımından kendi anlayışını ayırmak için tercih edilmiş ise de, yükümlülük suçlarında sadece yükümlülük altında olan kişinin fail olabileceği, “extraneus”un fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olsa dahi fail olamayacağı kabul edilerek faile bağlı tanımdan amaçlandığı gibi uzaklaşmamıştır.

Roxin, suçları “hakimiyet suçları” ve “yükümlülük suçları” olarak ayırmaktadır. Hakimiyet suçlarında, faillik noktasında fiil hakimiyeti belirli iken,

⁴⁴³ Chen, a.g.e., s.71.

yükümlülük suçlarında tipikliğin kurucu unsurlarında yükümlülük yer aldığından yükümlülüğü ihlal eden kişi, fiil hakimiyeti kurmuş olmasa dahi fail olmaktadır. Bu suç gruplarının ayırt edilmesinde, fiil hakimiyeti ölçüt olarak kabul edilmiştir.

Düşüncemize göre, ilk olarak suçların sınıflandırılmasında hukuki neticelerinden konu özelinde faillik ve iştirak meselesinden hareketle bir ayırım yapılması, isabetli olmayan ya da eksiklik taşıyan görüşlerin oluşmasına yol açmaktadır. Fiil hakimiyeti, faillik için bir kriter olup, suç gruplarında bunun istisnası oluşturulmamalıdır. Suçun tipik unsurları arasında fail için özel bir yükümlülük öngörülmüş olması fiil hakimiyeti taşımasına gerek olmadığını göstermemekte, aksine suç tipi incelemesine göre iki konu birbirinden ayrı şekilde değerlendirilmelidir. İkinci olarak, gerek Alman ceza hukukunda gerekse Türk ceza hukukunda kanun koyucu yükümlülük suçlarında failin fiil hakimiyetinin aranmayacağını kabul etse idi, genel hükümlerde bu hususa açıkça yer verebilirdi. Hem Alm. CK § 28 hem de TCK m. 40 hükümlerinden yola çıkarak her iki pozitif hukuk açısından da bu görüşe katılmamaktayız. Üçüncü olarak, yükümlülük suçlarında fiil hakimiyetinin gerekli görülmemesi, fiil hakimiyeti kurulan yükümlülük suçları ile fiil hakimiyeti kurulmayan yükümlülük suçları arasından farklı durumlara farklı cezalandırma uygulanmaması dolayısıyla cezalandırma bakımından adaletsiz sonuçlara yol açabilecektir. Son olarak, özgü suçlarda yükümlülük altındaki failin fiil üzerinde hakimiyet kurmaksızın yükümlülüğünü ihlal ettiği hallerin ayrı bir suç olarak ihdas edilmesi de bu görüşümüzü desteklemektedir. Örneğin, TCK m.251’de düzenlenen “*denetim görevinin ihmali suçu*”nda zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu suç tipinin varlığı, zimmet ve irtikap suçlarında failin fiil üzerinde hakimiyet kurmadığı hallerde müşterek fail olarak sorumlu tutulacağını hüküm altına alarak aslında tek başına yükümlülük ihlalinin fiil hakimiyeti sağlamadığına ilişkin görüşümüzü desteklemektedir.

Alman doktrininde genel kabul gören görüşe göre, yükümlülüğün kaynağını ceza hukuku dışından kaynaklanan özgü bir yükümlülük oluşturmaktadır. Ceza

hukukundan kaynaklanan yükümlülük, ceza kanunlarında öngörülen suç tiplerinde yaygın bir şekilde bulunurken, yükümlülük suçlarında ceza hukuku dışından kaynaklanan bir yükümlülüğün bulunduğu kabul edilmektedir. Ceza hukuku dışından kaynaklanan bu yükümlülüğün kaynağı olarak idare hukukundan kaynaklanan kamu görevlisinin yükümlülüğü, özel hukuktan kaynaklanan bakım ve sadakat yükümlülüğü, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülükler, sosyal etik bir yükümlülük olan gerçeği beyan yükümlülüğü ve malı koruma yükümlülüğü örnek olarak gösterilmektedir. Gerçekten de ceza kanunlarında kaynağını ceza hukuku dışında farklı disiplinlerden alan ve fail üzerinde yükümlülük tesis eden suçlar bulunmaktadır. Esasen tüm suçlarda faile ihlal etmemesi gereken bir yükümlülük yüklenmiştir. Örneğin, kasten öldürme suçunda bir kişiyi öldürmek yasaklanmıştır, bir yasak normu söz konusudur. Aynı zamanda bir insanı öldürmemek, ceza hukukundan kaynaklanan bir hukuki yükümlülüktür. Her suçun özünde bir yükümlülük olduğu için faillik alanına göre suçların gruplandırılmasında yükümlülük suçu olarak ayrı bir kategori oluşturulmasına gerek olmadığını savunmakla birlikte, suç normunda fail için öngörülmüş olan yükümlülüğün ceza hukukundan ya da ceza hukuku dışından kaynaklanabileceğini kabul etmekteyiz. Çünkü fail için öngörülen yükümlülüğün kaynağı ceza hukukundan kaynaklandığında da özgü suçtan ya da ayrı bir kategori olarak kabul edilen yükümlülük suçundan söz etmek mümkündür. Örneğin, “*organ veya doku ticareti*” suçunda olduğu gibi.

Alman doktrinde yükümlülük suçlarını ve özgü suçları birbirinden ayrı kategori olarak kabul eden bir görüş, fail için yükümlülük öngörülmüş ise yükümlülük suçu olarak, failin için objektif kişisel unsur öngörülmüşse özgü suç olarak belirlenmesi gerektiğini iddia etmiş ise de, bu görüşün Alm. CK § 28’de düzenlenen özel kişisel unsurların sadece özgü suçları kapsadığı kabul edildiğinde ayrı bir kategori olarak kabul edilen yükümlülük suçları konusunda boşluk olacağını ve bu bakımdan da görüşün pozitif hukuk ile bağdaşmadığı düşüncesindeyiz.

Türk doktrinde de, Alman doktrinde de kabul edilen yükümlülük suçları ile özgü suçun aynı içeriği taşıdığına yönelik görüşe katılmamaktayız. Çünkü her yükümlülük suçu özgü suç iken, her özgü suç, yükümlülük suçu değildir. Tüm

sistematiik içerisinde ortaya koymaya çalıştığımız anlayışa göre, yükümlülük suçları, özgü suçtan ayrı bir kategori olarak kabul edilmemeli, özgü suç grubu içerisinde özgü suçun görünüm şekillerinden birisi olarak kabul edilmelidir. Çünkü her özgü suçta fail için özel bir yükümlülük ngrlmş olmak zorunda olmayıp, pekl fail için özel bir nitelik, koşul, durum ya da ilişki de ngrlmş olabilir. Bu önemli yn göz ardı edilerek yükümlülük suçlarının özgü suçun karşılığı olarak kabul edilmesi, gerek içerik açısından farklı durumları kapsaması sebebi ile gerekse de pozitif hukuk açısından ne Alm. CK ne de TCK ile uyumlu olmaması sebebi ile kabul edilebilir değildir.

B. Bizzat İşlenebilen Suçlar

1. Bizzat İşlenebilen Suçları Kabul Eden Görüş

Gerek Alman doktrininde, gerekse de Türk doktrininde faillik alanına göre suçların ayrılmasında, özgü suçun dışında ayrı bir suç grubu olarak “*bizzat işlenebilen suç (eigenhndige Delikte)*” kavramını kabul eden görüşlere sıklıkla rastlamaktayız⁴⁴⁴. Bizzat işlenebilen suçlar için “*kendi eliyle gerçekleştirilmesi gereken suçlar*”, “*şahsen gerçekleştirilmesi gereken suçlar*”⁴⁴⁵, “*tek başına işlenebilen suç*”⁴⁴⁶ olarak da ifadeleri de kullanılmaktadır.

Bu konu ile ilgili en kapsamlı ve sistematiik çalışma, 1978 yılında *Heinz Auerbach* tarafından “*Die eigenhndigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung*

⁴⁴⁴ Koca, zlmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.116; ztrk, Erdem, **a.g.e.**, s.173, s.386; Demirbaş, **a.g.e.**, s.522; Artuk, Gökçen, Ařahin, akır, **a.g.e.**, s.292; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.146, 572; Demirel, **a.g.e.**, s.153; Aydın, **a.g.e.**, s.271; Akbulut, **a.g.e.**, s.364; Birtek, **a.g.e.**, s.170; Evik, **a.g.e.**, s.330; mer Metehan Aynural, **Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suu (TCK m.179/3)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbl, 2018, s.42 vd.; Akbulut, **a.g.m.**, s.188; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.19, kn.58; Erdem, **a.g.m.**, s.206; Heinrich, **a.g.e.**, s.61; Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.39; Kasiske, **a.g.e.**, s.70, kn.193; Bohlander, **a.g.e.**, s.174; Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, kn.8; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.75; Heine/Weiřer, **a.g.e.**, § 28, kn.85; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.37; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.184; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.37; Krause, **a.g.e.**, s.40; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.15; Jakobs, **a.g.e.**, s.175, kn.90; Jescheck, **a.g.e.**, s.266; Engelsing, **Eigenhndige Delikte**; Auerbach, **Die eigenhndigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der der Sexualdelikte des 4. StrRG**; Kindhuser, **a.g.e.**, s.71, kn.23; Herzberg, **a.g.m.**, s.896.

⁴⁴⁵ Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.349; Demirbaş, **a.g.e.**, s.522.

⁴⁴⁶ Artuk, Gökçen, Aşahin, akır, **a.g.e.**, s.293.

der Sexualdelikte des 4. StrRG” isimli eser ile yapılmıştır⁴⁴⁷. Daha öncesinde ise, 1926 yılında *Herbert Engelsing* tarafından “*Eigenhändige Delikte*” isimli çalışma ile yapılmıştır⁴⁴⁸. Bu konu makale olarak ise, 1970 yılında *Rolf Dietrich Herzberg* tarafından “*Eigenhändige Delikte*” isimli çalışma ile incelenmiştir⁴⁴⁹.

Bu kavram, kanun ile ortaya çıkmamış, doktrinde geliştirilmiş ve tanımlanmıştır⁴⁵⁰. *Binding*, fail kavramı üzerine çalışırken bizzat işlenebilen suç problemi ile karşılaşmıştır⁴⁵¹. *Binding*, suçun işlenmesinin kişinin bireysel olarak şahsiyetine bağlanmış olduğunu ve bizzat icra edilmeleri gerektiğini ve bu suçların az sayıda olmadığını saptamıştır⁴⁵².

Bizzat işlenebilen suç, genel olarak Türk doktrininde de Alman doktrininde de, benzer şekillerde suçun kanuni tipinde öngörülen fiilin, failin kişisel olarak kendi bedensel davranışı ile gerçekleştirebilmesi mümkün olan suçlar olarak tanımlanmaktadır⁴⁵³. Bir başka tanıma göre, suçun unsurlarının fail tarafından bizzat icra edilmesinin şart olarak arandığı, sadece bu özelliği haiz kişinin fail olabildiği suçlardır⁴⁵⁴. Bir başka kabule göre ise, özgü suçun kanunda öngörülen fiilin niteliği gereği bizzat fail tarafından gerçekleştirilmesi gereken ve bir başkası aracılığı ile veya başka bir fail ile birlikte işlenemeyen suçlardır⁴⁵⁵. Bu suçlarda, tipikliğin özel

⁴⁴⁷ Heinz Auerbach, **Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG**.

⁴⁴⁸ Engelsing, **a.g.e.**, s.5; Auerbach, **a.g.e.**, s.8.

⁴⁴⁹ Herzberg, “**Eigenhändige Delikte**”.

⁴⁵⁰ Auerbach, **a.g.e.**, s.4.

⁴⁵¹ Engelsing, **a.g.e.**, s.8.

⁴⁵² Auerbach, **a.g.e.**, s.4.

⁴⁵³ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.15; Jescheck, **a.g.e.**, s.266; Engelsing, **a.g.e.**, s.50; Herzberg, **a.g.m.**, s.89; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.173, s.386; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.292; Aydın, **a.g.e.**, s.271; Akbulut, **a.g.e.**, s.364; Demirel, **a.g.e.**, s.154; Akbulut, **a.g.m.**, s.188; Erdem, **a.g.m.**, s.206.

⁴⁵⁴ Tofahrn, **SAT-I**, s.20, kn. 41; Bohlander, **a.g.e.**, s.174; Bernd Heintschel-Heinegg in: **von Heintschel-Heinegg Bernd BeckOK StGB**, 38. Edition, 2018, kn. 18; Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, kn. 8; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.75; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.37; Krause, **a.g.e.**, s.40; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.15; Jescheck, **a.g.e.**, s.266; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.71, kn.23; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.19, kn.58; Kasiske, **a.g.e.**, s.71, kn. 193.

⁴⁵⁵ Zieschang, **a.g.e.**, s.26, kn.39; Kasiske, **a.g.e.**, s.70, kn. 193; Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.176; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.75; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.184; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.15; s.114, kn.288; Jescheck, **a.g.e.**, s.266; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.71, kn.23; Demirbaş, **a.g.e.**,

subjektif unsuru sadece failin kendisi tarafından gerçekleştirilebilir⁴⁵⁶. Bu suçların bizzat ve doğrudan işlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bizzat işlenebilen suçları ayrı bir kategori olarak kabul eden görüşe göre, bu suçlarda dolaylı faillik mümkün olmayıp, yalnızca azmettirme ya da yardım etme söz konusu olabilir⁴⁵⁷. Bizzat işlenebilen suçlar, suçun kanuni tanımında öngörülen yükümlülük durumu bulunmayan kişilerin fail olarak suça iştirak ederek suçu işlemelerinin mümkün olmadığı suçlar olarak tanımlanmaktadır⁴⁵⁸. Bir diğer tanıma göre, suç süjesinin özellikleri ile ve ayrıca failin eyleminin özelliği ile de tanımlanan suçlardır ve bu suçlarda süjenin özelliği eylemin kendine özgü özelliğinden kaynaklanmaktadır⁴⁵⁹. Bu suçlarda, suçun kanuni tanımında öngörülen fiili bizzat gerçekleştiren kişi “*tek başına işlenebilen suç*”un failidir⁴⁶⁰. Bir başka anlayışa göre, gerçek özgü suçların özel bir şekli niteliğinde olan “*bizzat işlenebilen suçlar*”, tipik hareketin doğrudan doğruya failin kendisi tarafından gerçekleştirilmesini şart olarak aramaktadır⁴⁶¹. Bu suç grubunu kabul eden görüşe göre, bizzat işlenebilen suçlarda bedensel hareket ya da bizzat gerçekleştirilen hareket şarttır ve bu hareketi fail kendisi yapmalıdır, aksi

s.523; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.349; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.146; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.116; Birtek, **a.g.e.**, s.170.

⁴⁵⁶ Krause, **a.g.e.**, s.40, 41; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.19, kn.58; Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.39; Kasiske, **a.g.e.**, s.70, kn.193; Heinrich, **a.g.e.**, s.62, kn.176.

⁴⁵⁷ Heintschel-Heinegg, **a.g.e.**, kn.18; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.37; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.184; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.15; s.114, kn.288; Engelsing, **a.g.e.**, s.12; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.71, kn.23; Herzberg, **a.g.m.**, s.896.

Bu görüşe göre, ölüm tehdidi altında bir başka kimseyi yalan yere yemine zorlayan kimse fail olamaz. Çünkü sadece yemin eden kişi, ifadesinde doğruyu söyleme hususunda özel bir güven sağlayan kişidir. Gerçeği açıklama yükümlülüğünün ihlali, sadece bu kişi tarafından gerçekleştirilebilir (Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85). Benzer yönde bir görüşe göre de, eğer bir suç kişisel yükümlülük ihmalinden oluşuyorsa, bu halde dolaylı faillikten söz edilemez (Herzberg, **a.g.m.**, s.940).

Aksi yöndeki görüşe göre ise, bizzat işlenebilen suçun dolaylı faillik ile işlenemesinin sebebi belirsizdir (Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päffgen, Hans-Ulrich **Strafgesetzbuch** Ingeborg in: Kindhäuser/Neumann/Päffgen, **a.g.e.**, § 29, kn.75). Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin görüşüne göre de, bu suçların aldatma veya tehdit aracılığı ile dolaylı fail olarak işlenemesinin rasyonel bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bkz: BGHSt 39, 326 (Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päffgen, Hans-Ulrich **Strafgesetzbuch**, § 29, kn.75).

⁴⁵⁸ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.692, kn.93.

⁴⁵⁹ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.37.

⁴⁶⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.293.

⁴⁶¹ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.37; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.184; Krause, **a.g.e.**, s.40; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.15; s.114, kn.288; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.71, kn.23; Zieschang, **a.g.e.**, s.172, kn.643; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.292; Kasiske, **a.g.e.**, s.70, kn.193; Tofahrn, **SAT-I**, s.20, kn.41; Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.176; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.116; Demirel, **a.g.e.**, s.153; Akbulut, **a.g.m.**, s.188.

halde ilgili suçun hareketinin özel haksızlık içeriği eksik olur⁴⁶². Bu tür suçların meydana getirdiği özel değersizlik, ancak bu şekilde gerçekleştirilmektedir⁴⁶³. Bu tür suçlarda, suçla korunan hukuki değer tehlikeye düşürülmesinden çok failin gerçekleştirdiği fiilin özel kınanabilirlik durumunun esas olduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁴.

Bizzat işlenebilen suçları ayrı bir kategori olarak kabul eden görüşe göre, TCK m.179’da yer alan “*trafik güvenliğini tehlikeye sokma*” suçu, TCK m. 272’de yer alan “*yalan tanıklık*” suçu, TCK m.275’de yer alan “*yalan yere yemin*” suçu, TCK m.288’de yer alan “*adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs*” suçu, As. CK m.66’da yer alan “*askerlikten firar*” suçu örnek olarak gösterilmektedir⁴⁶⁵. Alm. CK § 154’de yer alan “*yalan yere yemin*” suçu, Alm. CK § 316’da yer alan “*trafikte sarhoş vaziyette araç kullanma*” suçu⁴⁶⁶, Alm. CK § 153’de yer alan “*yemin*

⁴⁶² Jescheck, **a.g.e.**, s.266.

⁴⁶³ Heintschel-Heinegg **a.g.e.**, kn.18; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.116.

⁴⁶⁴ Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.176.

⁴⁶⁵ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.116; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.173, s.386; Demirbaş, **a.g.e.**, s.522; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.349; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.293; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.146; Aydın, **a.g.e.**, s.271; Akbulut, **a.g.e.**, s.365; Demirel, **a.g.e.**, s.154; Birtok, **a.g.e.**, s.170; Evik, **a.g.e.**, s.330.

Firar suçunun bizzat işlenebilen suç ile ilişkisi tartışılmaksızın özgü suç olduğuna ilişkin görüş için bkz: Cengiz Topal, “**Firar Suçları**”, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Ankara, 2013, s.39, 47, 92.

⁴⁶⁶ Zieschang, **a.g.e.**, s.25, 26, kn.39; Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.176; Bohlander, **a.g.e.**, s.174; Heintschel-Heinegg, **a.g.e.**, kn.18; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.37; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.184; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.37; Krause, **a.g.e.**, s.41; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.115, kn.291; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15.

Alm. CK § 316’da yer alan “*trafikte sarhoş vaziyette araç kullanma*” suçunda, trafikte sarhoş vaziyette araç kullanan kişi fail olarak sorumlu olabilir, ancak şoförün yanında oturan kişi fail olamaz (Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.176; Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, kn.8.1). Trafikte sarhoş vaziyette araç kullanan kişiyi yola devam etmesi için teşvik eden kişi, fail olarak sorumlu olamaz, ancak azmettiren olarak sorumlu olabilir (Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, kn. 8.1).

Alman doktrinde “*actio libera in causa*” (*a.l.i.c*) kuramına göre, eğer sarhoşluk halinde suç işleyen fail sarhoşluk durumuna kasten sebep olmuşsa sarhoşluk halinde kast ile işlenen bir suç için ceza verilebilir (Kasiske, **a.g.e.**, s.56, § 156). Bu görüşe göre, Alm. CK § 316 veya § 153 hükümlerinde yer alan suçlar gibi bizzat işlenebilen suç olarak adlandırılan suçlar hariç tutulmuştur. Bu görüşün gerekçesi olarak ise, bu suç tiplerinde cezalandırılabilirliğin belli bir neticeye sebep olmaya değil, aksine belirli bir icra hareketinin gerçekleştirilmesine bağlı olduğu ifade edilmektedir. Alm. CK § 316’da yer alan “*trafikte sarhoş vaziyette araç kullanma*” suçu bakımından somut icra hareketleri sarhoş olma ile başlamaz, suçun öngörülmesi gibi suç unsurlarının gerçekleştirilmesinin öncesinde başlar (Kasiske, **a.g.e.**, s.57, kn. 158).

etmeksizin yapılan yalan tanıklık” suçu⁴⁶⁷, Alm. CK § 160’da yer alan “*gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme*” suçu⁴⁶⁸, Alm. CK § 173’de yer alan “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*” suçu⁴⁶⁹, Alm. CK § 174’de yer alan “*himayesine verilen insanın cinsel istismarı*” suçu⁴⁷⁰, Alm. CK § 323a’da yer alan “*kendini bilemeyecek*

⁴⁶⁷ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.19, kn.58; Tofahrn, **SAT-I**, s.21, kn.41; Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, kn.8; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.184.

Yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık suçundan dolayı bir kimsenin cezalandırılabilmesi için bu kişinin yetkili makam önünde ifade verecek bir kişi olması gerekir (Tofahrn, **SAT-I**, s.21, kn.41; Heintschel-Heinegg, **a.g.e.**, kn.18; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.75; Theo Ziegler in: **von Heintschel-Heinegg Bernd BeckOK StGB**, 36. Auflage, 2017, kn.15).

Tanıklık suçlarının bizzat işlenebilen suç, yükümlülük suçu ve özgü suç olduğuna ilişkin olmak üzere üç farklı görüş bulunmaktadır. Şöyle ki;

Birinci görüşe göre, Alm. CK § 154’de yer alan “*yalan yere yemin*” suçunda sadece tanık yanlış ifade verebilir, ancak bu husus ilk etapta suçun tanımı için temel oluşturur (Bohlander, **a.g.e.**, s.174). Yalan yere yemin suçunda sadece yalan yere yemin eden kişinin kendisinin fail olabileceği, dolayısıyla bu suçun bizzat işlenebilen suç olduğu kabul edilmektedir (Krause, **a.g.e.**, s.41; Henning Erst Müller in: **Münchener Kommentar zum StGB**, 3. Auflage, 2017, kn.16; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.19, kn.58; Tofahrn, **SAT-I**, s.21, kn.41; Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 25, kn.8; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85). Benzer yönde bir görüşe göre de, bu suç bizzat işlenebilen suç olarak kabul edilmekle beraber gerçeği söyleme yükümlülüğünün, yalan yere yemin veya yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık yapan kişinin kişisel yükümlülüğü olduğu ve arka plandaki kişi tarafından işlenemeyeceği ifade edilmiştir (Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.184).

İkinci görüşe göre, boş bir âdet olarak görülmediği takdirde mahkeme önünde yemin, özel bir hukuki duruma dayanmakta olduğundan bu suç bizzat işlenebilen bir suç değil, aksine yükümlülük suçudur (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.70; Heidland, **a.g.e.**, s.93; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24; Chen, **a.g.e.**, s.37).

Üçüncü görüşe göre, tanıklık suçlarının bizzat işlenebilirliğinin yargılamadaki gerçeği söyleme yükümlülüğünün bizzat kişisel karakterine dayandırıldığı kabul edilmektedir. Bunun için temel olarak alınan yükümlülük suçu karakteri, bizzat kişiselliği açıklamak için yeterli değildir. Dolaylı faillik ve müşterek failliğin imkansız görülmesi doğru değildir. Çünkü Alm. CK § 153’ün gerçek bir özgü suç olarak görülmesi gereklidir ve bundan dolayı bizzat işlenebilen suç olarak belirlenmesinin pratikte neredeyse önemi yoktur (Müller in: **Münchener Kommentar zum StGB**, kn.16, 17).

⁴⁶⁸ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.184; Chen, **a.g.e.**, s.37.

⁴⁶⁹ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.37; Heintschel-Heinegg, **a.g.e.**, kn.18; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.75; Ziegler in: **von Heintschel-Heinegg Bernd BeckOK StGB**, kn.15; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.184; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.115, kn.291.

Bu suçun fiile bağlı bir bizzat işlenebilen suç olduğuna ilişkin görüş için bkz: Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.118, kn.299.

Bu suçun faile bağlı bizzat işlenebilen suç olduğuna ilişkin görüş için bkz: Herzberg, **a.g.m.**, s.931.

⁴⁷⁰ Heintschel-Heinegg, **a.g.e.**, kn.18; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.75; Ziegler in: **von Heintschel-Heinegg Bernd BeckOK StGB**, 36. Auflage, 2017, kn.15; Auerbach, **a.g.e.**, s.164.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da, bu suçun bizzat işlenebilen bir suç olduğu, bu suçun failinin yalnızca suç mağduru ile fiziksel temas gerçekleştirebilen kişi olabileceği ifade edilmiştir (BGH Beschluss vom 18.04.2007 tarih ve 2 StR 19/07 sayılı karar, NSTZ 2007, 699).

derecede sarhoşluk”⁴⁷¹, ve Alm. CK § 132’de yer alan “*yetki gaspı*” suçu⁴⁷², Alm. CK § 179’da yer alan “*kendisini savunamayacak halde bulunan kişilerin cinsel yönden istismarı*” suçu ve Alm. CK § 315c/I/1’de yer alan “*karayolundaki trafiği tehlikeye düşürme*” suçu⁴⁷³ örnek olarak gösterilmektedir.

Doktrinde ağırlıklı olarak bizzat işlenebilen suç grubu kabul edilse ve benzer şekillerde tanımlansalar da, hangi suç tiplerinin bu kapsamda olduğu, bu suçların hangi alt gruplara ayrılacağı ve asıl kriterinin ne olduğu tartışmalıdır⁴⁷⁴. Literatürde yıllardan beri titizlik ve derinliği ile ön plana çıkan bir tez vardır, bu ise *Roxin*’in öğretisidir⁴⁷⁵. *Roxin*’e göre bizzat işlenebilir olarak görülen suçlar sadece sayılmaktadır ve bu suçlar genel bir bakış açısına dayandırılmaktadır⁴⁷⁶.

Bizzat işlenebilen suçları açıklamak için Alman doktrininde farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bu kavramı açıklamak için genişletici ve daraltıcı fail kavramı üzerinden hareket edilerek görüşler ileri sürülmüştür⁴⁷⁷. Çoğunlukla savunulan *lafiz teorisi (Wortlauttheorie)*, suç tipinin formülasyonundan yola çıkmaktadır ve tanımlanan hareketin sadece doğrudan hareket edeni kapsayıp kapsamadığı ya da dolaylı failin bu kapsamda olup olmayacağı incelenmektedir⁴⁷⁸. Bu anlayışta olan *Binding*, 177.paragrafın eski hükmünde yer alan “*bir kadını evlilik dışı birlikteliğe katlanmak zorunda bırakmak*” şeklindeki cinsel saldırı suçunu, bizzat işlenebilen suç

⁴⁷¹ Bu suçun bizzat işlenebilen suç olup olmadığı hususunda tartışma vardır (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.119, kn.38).

Bu suç bakımından kişinin kendisini sarhoş etmesi, bizzat işlenebilen suçta hareket olarak tanımlanmıştır (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.75; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.15).

⁴⁷² Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.115, kn.291.

Bu suç, şüphesiz sırf hareket suçudur ve yargı kararlarına göre her zaman bizzat işlenebilen suç olarak kabul edilmiştir. Buradaki hukuki değer, suç tipinde genel olarak kabul edildiği gibi, devlet otoritesi ve devletin itibarının korunmasına yöneliktir ve bu suç tipi hukuki değer tehlikeye atılmamasını güvence altına almaktadır. Bu suçta dolaylı failliğin iki alternatifi bulunmaktadır. İlki, işçiye bir icra memurunun kıyafetinin hile ile giydirilmesi, ikincisi ise bilgisi olmayan kişilere trafik işaretlerinin düzenlenmesidir (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.116, kn.294).

⁴⁷³ Alman içtihatlarına göre bu suçlar, bizzat işlenebilen suçlardır (BGHSt 18,6, Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.119, kn.38).

⁴⁷⁴ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.114, kn.288; Auerbach, **a.g.e.**, s.5.

⁴⁷⁵ Herzberg, **a.g.m.**, s.900.

⁴⁷⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.114, kn.288.

⁴⁷⁷ Auerbach, **a.g.e.**, s.9-20.

⁴⁷⁸ Auerbach, **a.g.e.**, s.24, 25; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.114, kn.289.

olarak görmüştür. *Binding*, 1973'deki reformdan önce, cinsel suçlarda lafzi yorum ile bu ve benzeri suç tiplerinin farklılıklarını azaltmaya yönelmiştir⁴⁷⁹. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (*BGH*) de, suçun bizzat işlenebilirliğinin kanun koyucunun suç tipi anlayışı esasına bağlı olduğunu ve bu suçun sadece bizzat işlenebileceğini içtihat etmiştir⁴⁸⁰. İçtihatlarda lafız teorisi kabul edilmesine rağmen, bu teorinin zayıf yönleri de etkileyici bir şekilde gösterilmiştir. Çoğunluk tarafından savunulan bu teoride, suç tipinin oluşturulmasında tanımlanan hareketin sadece doğrudan fail tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği ya da dolaylı failin de işleyip işleyemeyeceği araştırılmaktadır⁴⁸¹.

Bu teori, bizzat işlenebilen suçlar hakkında güvenilir bir yorum kuralı sunamamıştır ve başarılı olamamıştır. Çünkü bu teoride hatalı bir koşuldan hareket edilmektedir ve o hatalı koşul, kanun koyucunun faillik ve iştirak hakkında farklı fiillerin yardımı ile bir şeyler ifade etmesidir. *Auerbach*'a göre, kanunda yer alan bir ifadenin tek bir anlamının olması mümkün değildir⁴⁸².

Bir diğer teori olan “*bedeni hareket teorisi*”ne (*Körperbewegungstheorie*) göre, bizzat kınanabilir bedeni harekette belirleyici haksızlığın bulunup bulunmadığına yorum yolu ile araştırılarak ulaşılmıştır. *Engelsing*, bizzat işlenebilen suç u suç tipinde öngörülen hareketin bedensel hareket ile işlenebilmesi olarak tanımlamaktadır⁴⁸³. Yazara göre, fail belirli bedensel hareketi gerçekleştiren ya da hiçbir hareket gerçekleştirmeyen ya da cezalandırılan dışsal neticeye sebep olan kişidir⁴⁸⁴. Bu görüşe göre neticeli suçların aksine sırf hareket suçlarının bizzat işlenebilen suç olduğu kabul edilmiştir⁴⁸⁵. *Beling* ve *Engelsing* tarafından inşa edilen

⁴⁷⁹ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.114, kn.289.

⁴⁸⁰ BGHSt 6, 226-229 (227); BGHSt 15 (132-134 (133) (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.114, kn.289; Auerbach, **a.g.e.**, s.26).

⁴⁸¹ Auerbach, **a.g.e.**, s.24-26.

⁴⁸² Auerbach, **a.g.e.**, s.31.

⁴⁸³ Engelsing, **a.g.e.**, s.50.

⁴⁸⁴ Engelsing, **a.g.e.**, s.43.

⁴⁸⁵ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85.

Engelsing, bizzat işlenebilen suçların açıklanması için öncelikle bedensel hareketin incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bedensel hareket, tüm vücut ile ilgili ya da vücudun bir parçası ile ilgili olsun bir değişimi ifade etmektedir ve bu durum tartışmasızdır. Kanunda nadiren bedensel hareketin

ve bugün halen kullanılan bedeni hareket teorisi, netice bakımından ayırım yapılmaksızın hareketin tamamlanması olarak ifade edilmektedir⁴⁸⁶. Bu teoriye göre sırf hareket suçlarında esas haksızlık, hareketin kendisi ve bu hareketin sadece failin kendi eylemi ile gerçekleştirebilmesidir⁴⁸⁷. Bedeni hareket teorisinde, doktrin ve içtihatın bir kısmının savunduğu anlayışa göre, sırf hareket suçları ile neticeli suçlar arasındaki ayırım, bizzat işlenebilen suç tanımının kriterini verebilir. Bu düşünceye göre, tüm sırf hareket suçları sadece bizzat işlenebilirken, neticeli suçlar müşterek ve dolaylı fail olarak işlenebilir⁴⁸⁸. İlk baştaki tartışmalarda, sadece kastla işlenen suçlar dahil edilmiştir, ancak bizzat işlenebilen suçlar taksirli suçlar bakımından da mümkündür⁴⁸⁹.

Bu teori de ikna edici görülmemiştir. Bu teorinin çıkış noktası ve o çıkış noktasına göre suç tipinin gerçekleşmesinin faillik bağlamında anlaşılması doğrudur, ancak bu teori fail kavramını daraltan şekli-objektif teoriye dayanmaktadır. Bu teori dolaylı failliğin kanunen kabulünden itibaren artık geçerli değildir⁴⁹⁰. *Roxin*'e göre, lafız teorisi ile bedeni hareket teorisi çakışmaktadır. Çünkü suç tipinin oluşturulması için belirli bir hareketin tanımlanması yeterlidir, öyle olduğunda da bir “*extraneus*” o hareket üzerinde tek başına hakimiyet ya da birlikte hakimiyet kursa da, o “*extraneus*”un bedensel hareket gerçekleştirdiği söylenemez⁴⁹¹. *Auerbach*'a göre, bedeni hareket teorisi kabul edilmez biçimde kişisel haksızlığın merkez noktasına alınmaktadır. Bedeni hareket teorisini savunanlar, sırf hareket suçlarının cezalandırılmasının amacının sadece cezalandırmak olmadığı, cezalandırmanın daima bir neticeyi önlemeyi ya da bir hukuki değeri korumayı amaçladığı hususlarını yanlış anlamaktadır⁴⁹². Yazara göre örneğin, yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık ve kendini bilemeyecek derecede sarhoş olma suçları, bedeni hareket teorisine göre

kendisi değişimdir, çoğunlukla bedensel hareket kendisi dışında başka bir değişime de sebep olmaktadır (Engelsing, **a.g.e.**, s.37).

⁴⁸⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.115, kn.291; Auerbach, **a.g.e.**, s.33; Engelsing, **a.g.e.**, s.37, 42.

⁴⁸⁷ Auerbach, **a.g.e.**, s.33; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.115, kn.291.

⁴⁸⁸ Auerbach, **a.g.e.**, s.31, 32.

⁴⁸⁹ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85.

⁴⁹⁰ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.115, kn.290.

⁴⁹¹ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.115, kn.292.

⁴⁹² Auerbach, **a.g.e.**, s.42.

bizzat işlenebilen suçlardır. Hareketin değersizliği cezalandırma için tek başına sebep olamaz, bu sebeple sırf hareket suçları ve netice suçları arasındaki ayrım, bizzat işlenebilen suçların tanımı için kriter oluşturamamaktadır⁴⁹³.

Bizzat işlenebilen suçları açıklamak için ileri sürülmüş bir diğer teori, “yoğunluk teorisi” (*Intensitätstheorie*)’dir. Bu teori ile ilgili olarak Alman İmparatorluk Mahkemesi (RG) tartışmaya başka bir sınırlama noktası getirmiştir⁴⁹⁴. Savunulan bu görüşe göre, bir çocuğu yabancı eve sokan ve eşyaları aldırان arkadaki adam, Alm. CK § 243/1/2’ye göre cezalandırılmaz. Çünkü sadece Kanun’da öngörülen “yoğun hukuka aykırı istek” unsurunu haiz olan kişi bu hükme göre cezalandırılabilir. Mahkeme, bizzat işlenebilirliği şöyle gerekçelendirmiştir; eve girmenin cezalandırmaya layık olması için haksızlığın subjektif karakteristik unsurunun bulunması ve bunu sadece doğrudan hareket eden kişinin gerçekleştirmesi gereklidir⁴⁹⁵.

Auerbach’a göre, yoğunluk teorisi, özel kusur belirtisinin ne zaman bulunması gerektiğine ilişkin açık bir kriter getirmemektedir⁴⁹⁶. Eğer yoğunlaşmış kusur kabul edilirse, o halde tutarlı biçimde suçun nitelikli hallerinin tümünde özel kusur belirtisi görülmelidir, ancak bu halde de tüm nitelikli unsurları bizzat işlenebilen suç olarak düşünmek yerinde olmaz⁴⁹⁷.

Roxin bizzat işlenebilen suçları, harekete bağlı suçlar (*verhaltensgebundene Delikte*) (örn. Alm. CK § 173’de yer alan “akrabalar arasında cinsel ilişki suçu”), fail ceza hukuku niteliğindeki suçlar (*täterstrafrechtliche Delikte*) (örn. Alm. CK § 181a’da yer alan “meslek ya da sanat halinde fuhşa aracılık suçu”) ve şahsi yükümlülük suçları (*Höchstpersönliche Pflichtdelikte*) olarak üç gruba ayırmaktadır⁴⁹⁸. Harekete bağlı suçlar; bizzat işlenebilen suçlarda haksızlık, hukuki değer ihlali veya toplumsal zarar neticesi olup olmadığından bağımsız olarak belirli

⁴⁹³ Auerbach, **a.g.e.**, s.42.

⁴⁹⁴ RGSt 24, s.86-89 (88) (Auerbach, **a.g.e.**, s.42).

⁴⁹⁵ Auerbach, **a.g.e.**, s.42, 43.

⁴⁹⁶ Auerbach, **a.g.e.**, s.43.

⁴⁹⁷ Auerbach, **a.g.e.**, s.43.

⁴⁹⁸ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.117-122; Auerbach, **a.g.e.**, s.46; Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 28, kn.85.

bir hareketin kınanabilir olduğu yerde kabul edilmelidir. Bu tür suçlar, eskiden cinsel suçlarda çok sayıda vardı (*hayvanla cinsel ilişki, eşcinsellik gibi*), bizzat işlenebilirliğe bağlı olan bu hükümler yavaş yavaş yok olmaktadır⁴⁹⁹. *Roxin*'e göre, Alm. CK § 173'de yer alan “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*”, bugün halen harekete bağlı suçların tek örneğini temsil etmektedir⁵⁰⁰. Eğer bu suçun temelinin ahlaki açıdan kınanabilir olduğu kabul edilirse, o zaman bu suç bizzat işlenebilen bir suç olur. Belirli bir ahlaksızlık içeren böyle bir hareketi “*extraneus*” fiil üzerinde hakimiyet kurarak gerçekleştirirse de, bu eylemin spesifik haksızlığını gerçekleştirmez⁵⁰¹.

Fail ceza hukuku niteliğindeki bizzat işlenebilen suçlar, tek başına ya da müşterek hakimiyet kurarak suç işleyenlerin fiilini tanımlamamakta, aksine somut olarak cezalandırılabilirliğin konusunu belli bir yaşam tarzı oluşturmaktadır. *Roxin*'e göre, bu suçlarda belli bir hukuki değer ihlali söz konusu değildir, ancak hayat tarzı ya da soyut ahlaka aykırılık dolayısıyla belli davranış biçimleri ceza ile müeyyidelendirilmektedir⁵⁰². Alm. CK'ya temel olan fiil ceza hukukunda, bu tür fail

⁴⁹⁹ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.117, 118, kn.297.

Cinsel davranışı tayin etme hakkına doğrudan bu fiili icra eden kişi nasıl zarar veriyorsa, dolaylı faillik ve müşterek faillik ile de aynı şekilde zarar verir. Özellikle uygulamada önemli olan cinsel davranışa zorlama olaylarında ve bilhassa 177.paragrafta yer alan “*cinsel davranışlara zorlama*” suçunda, fiil hakimiyetinin her türünün faillığe temel olabileceği (*bir kadın tarafından da işlenebileceği*) net bir şekilde açıklanmıştır (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.118, kn.297). Alm. CK § 177'de yer alan “*cinsel davranışlara zorlama*” suçunun kadından kadına karşı da işlenebilmesi, herkes tarafından işlenebilmesi mümkün olduğundan ne özgü suç ne de bizzat işlenebilen suç olduğuna ilişkin görüş için bkz: Auerbach, **a.g.e.**, s.205. Benzer yönde bir görüşe göre de, § 177/1'de yer alan suç, bizzat işlenebilirliği şart koşmamaktadır. § 176 ve 177'de eğer hareketin değersizliği, başka bir insana yapılanda da bulunuyorsa, bu halde yasak açısından eylemin doğrudan mı dolaylı mı gerçekleştirildiği önemli değildir (Herzberg, **a.g.m.**, s.936).

⁵⁰⁰ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.118, kn.298.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, ensest suç tipinde sadece bedensel hareket ile gerçekleştirilebilecek bir hareket tanımlanmıştır, hareketin değersizliği ön plandadır (BGHSt 15, 133 (Herzberg, **a.g.m.**, s.936).

Herzberg, Alm. CK § 173'ün faile ilişkin bizzat işlenebilen suç olduğuna ifade ettikten sonra aynı zamanda bu suçun faillik için nitelikli akrabalık ilişkisini koşul olarak öngören bir özgü suç olduğunu ve eğer bizzat işlenebilirlik fail sınırlandırmasına bağlı olmasaydı, açıkça bir anlamının olmayacağını da belirtmektedir (Herzberg, **a.g.m.**, s.931).

⁵⁰¹ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.118, kn.299.

⁵⁰² Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.410 vd.

Roxin'in öğretisine karşılık *Herzberg*, onun “*hukuki değer*” ve “*hukuki değer ihlali*” kavramlarının kanun koyucunun öngörüsü maddi içeriğe sahip olmadığını düşünmektedir. *Herzberg*, burada üç temel soru yöneltilmektedir: *Roxin*'in fail öğretisi için hukuki değeri olmayan harekete bağlı suçların sadece bizzat işlenebilmesi zorunlu mudur? Aksi durumda gerçek bizzat işlenebilen suçun zorunlu

ceza hukuku niteliğindeki suçlar adeta yabancı bir cisim gibi durmaktadır. Belirli bir yaşam tarzının müeyyide altına alındığı fahişelik ya da eşcinseller arasındaki cinsel ilişkinin cezalandırılması örnek olarak gösterilmektedir⁵⁰³. Roxin'e göre, bugün sadece Alm. CK § 181a'da yer alan “*meslek veya sanat halinde fuhşa aracılık*” suçu, fail ceza hukuku niteliğinde bir suç olarak kabul edilebilir⁵⁰⁴. Bu suç tipinde, fuhşa aracılık eden kişinin fiil üzerinde hile ya da zorlama yolu ile hakimiyet kurarak ya da fiil hakimiyeti birlikte gerçekleştirerek bu suç tipini işleyemeyeceği açıktır⁵⁰⁵. Bu suç, sadece münferit bir durumun ötesine geçen ilişkileri kapsamaktadır. Esasen bugünkü ceza hukukunda bu tür bizzat işlenebilen suçlar giderek azalan kalıntılar olarak görünmektedir⁵⁰⁶.

Roxin'e göre, şahsi yükümlülük suçları (*Höchstpersönliche Pflichtdelikte*), günümüzde halen bizzat işlenebilen suçların tek önemli grubunu teşkil etmektedir⁵⁰⁷. Bu grup içerisinde eski oldukları için en az tartışmalı olan tanıklık suçlarıdır (*Alm. CK § 153, 154, 156*)⁵⁰⁸. Bu suçlarda fail, yalnızca ifade verme ve yemin etme yükümlülüğü altında olan kişi olabilir. Failliğin temel sebebi olan yükümlülük ihlali, sadece ifade verme ya da yemin etme yükümlülüğü altındaki kişi tarafından bizzat ihlal edilebilir. Eğer A, B'yi Alm. CK § 35 koşulları altında yemin etmeye zorlarsa, bu halde fiil hakimiyeti vardır. Fakat burada yemin etmek kişinin kendi yükümlülüğü olmadığı için Alm. CK § 154'ün dolaylı faili olarak değil, aksine sadece azmettiren olarak cezalandırılır. Her kim ifade vereni yalan yere yemin konusunda hile ile aldatırsa, bu kişide yemin etme yükümlülüğü olmadığından yalan yere yemin

karakteri olan korunan hukuki değer suç tipinde eksik midir? Gerçek ve gerçek olmayan bizzat işlenebilen suçlar arasında keskin bir ayrım mümkün ve isabetli midir? (Herzberg, **a.g.m.**, s.904, 905). Herzberg, çözüm önerisinin Roxin'in temel düşüncesi üzerine kurulu olduğunu, Roxin'in öncelikle problemin çözümü için özgü yükümlülük durumunun ne olduğunu ve sonrasında bizzat işlenebilen suçları birbirine bağlayan maddi kriterlerin oluşturulup oluşturulamayacağını incelediğini ifade etmektedir (Herzberg, **a.g.m.**, s.914).

⁵⁰³ Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.175.

⁵⁰⁴ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.119, kn.301.

⁵⁰⁵ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.119, kn.302.

⁵⁰⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.119, kn.302.

⁵⁰⁷ Auerbach, **a.g.e.**, s.91; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.119, kn.303; Herzberg, **a.g.m.**, s.901.

⁵⁰⁸ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.119, kn.303; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24; Chen, **a.g.e.**, s.36; Herzberg, **a.g.m.**, s.902, 904.

suçunun doğrudan faili olamaz⁵⁰⁹. Kanun koyucunun da bu görüşte olduğu, Alm. CK § 160'da “*gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme*” suçunun tesis edilmiş olmasından anlaşılmaktadır⁵¹⁰. Bizzat işlenebilen suçları ayrı bir kategori olarak kabul eden bir başka görüşe göre de, suçun dolaylı bir şekilde icrasını öngören suç tipi ayrı ve özel bir hüküm ile düzenlenebilmektedir⁵¹¹. Bu durum, gerçek dışı tanıklık suçlarında, gerçeği beyan yükümlülüğü olmayan iştirak edene karşı da adliyenin korunduğunu göstermektedir⁵¹².

Bu şahsi yükümlülük suçlarına, gerçek olmayan bizzat işlenebilen suçlar da denilebilir. Çünkü şahsi yükümlülük suçları, yükümlülük suçlarının bir alt grubu olarak anlaşılır ve şahsi yükümlülük suçları, yükümlülük suçları için geçerli olan kriterler ile açıklanabilir⁵¹³. *Roxin*, lafzi anlamdan şahsi yükümlülük olduğu sonucuna ulaşır, bir hukuki değer korunup korunmadığından da gerçek olmayan bizzat işlenebilen suç olduğu neticesine ulaşır⁵¹⁴. Gerçek olmayan bizzat işlenebilen suçlarda, faillik için önemli olan belirli bir davranış değil, aksine ceza hukuku dışından kaynaklanan özgü yükümlülük ihlalidir⁵¹⁵. Şahsi yükümlülük suçları, yükümlülük suçları içinde bir grup şeklindeki sınıflandırılıyorsa, bizzat işlenebilen suçlardan ayrılması mümkün olurdu. *Roxin*, yükümlülük suçu olarak gerçek olmayan bizzat işlenebilen suç karakteri kısmen tartışmalı olduğundan, mevcut kategorinin

⁵⁰⁹ Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.119, kn.303.

⁵¹⁰ Chen, *a.g.e.*, s.37; Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.120, kn.303.

Benzer yöndeki görüşe göre de, bu suçun ihdası ile yemin suçlarında dolaylı failliğin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır (Karl Freye, *Gibt es eigenhändige Delikte?*, Buchdruckerei Richard Mayr., Würzburg, 1935, s.33). Bu hüküm kanun koyucunun görüşünün yemin ve tanıklık suçlarının dolaylı faillik ile işlenemeyeceği yönünde olduğunu göstermektedir (Herzberg, *a.g.m.*, s.916.).

Ancak aksi yöndeki bir görüşe göre ise, tanıklık suçlarının bizzat işlenebilirliği sonucu, Alm. CK'da § 160'da yer alan “*gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme*” suçundan çıkmamaktadır. Çünkü bu hükmün kendisi bizzat işlenebilirliğin bir sonucu değildir ve norm kendi gerekliliğinin sebebi olamaz (Heintschel-Heinegg, *a.g.e.*, kn.18; Müller in: *Münchener Kommentar zum StGB*, kn.16).

⁵¹¹ Kindhäuser, *a.g.e.*, s.71, kn.23.

⁵¹² Hoyer, *a.g.e.*, § 28, s.72, kn.37.

⁵¹³ Bu suç tiplerinin yükümlülük prensibinden değil, aksine diğer düşüncelerden ortaya çıkan “*gerçek bizzat işlenebilen suçlar*” ile karıştırılmasını önlemek için *Roxin* tarafından bizzat işlenebilen yükümlülük suçları, “*gerçek olmayan bizzat işlenebilen suç*” olarak adlandırmaktadır (Heine/Weißer, *a.g.e.*, § 28, kn.85; Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.121, kn.306; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24; Herzberg, *a.g.m.*, s.902, 904; Auerbach, *a.g.e.*, s.55; Chen, *a.g.e.*, s.36).

⁵¹⁴ Auerbach, *a.g.e.*, s.55.

⁵¹⁵ Chen, *a.g.e.*, s.36.

korunmasını tavsiye etmektedir⁵¹⁶. Yükümlülük düşüncesi, bu hükmün özelliğini bizzat işlenebilen suçlara göre daha iyi açıkladığından ayrıca bir fail kategorisi olarak kabul edilmesi gereksiz görülmektedir⁵¹⁷.

Gerçek olmayan bizzat işlenebilen suç izah edilmiş iken, gerçek bizzat işlenebilen suçun incelenmesinde de fayda bulunmaktadır. Gerçek bizzat işlenebilen suç, fiili ya hukuki özel niteliğe sahip olan failin suç tipinde öngörülen eylemi bedensel ya da ihmali hareket ile bizzat gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁵¹⁸. Burada “*intraneus*” tarafından gerçekleştirilmesi gereken hareketin “*extraneus*” tarafından gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Doğrudan hareket eden kişi, özel nitelik veya koşula sahip olmalıdır⁵¹⁹.

Bizzat işlenebilen suçları ayrı bir kategori olarak kabul eden görüş, bu suçların Alm. CK § 14’ün düzenleme alanı dışında bulunduğunu iddia etmektedir. Bunun Alm. CK § 142’de yer alan “*izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma*” suçu ile de ilgisi bulunmaktadır⁵²⁰. İlgili yükümlülüğün kazaya iştirak eden kişiye bağlı olması gereklidir⁵²¹. Alm. CK § 170’de yer alan nafaka yükümlülüğün ihlali durumunda, § 14 hükmü ile bu yükümlülüğün nafaka borçlusunun temsilcisine geçebileceği açıktır. Nafaka borcu üçüncü kişiye devredilebilecek bir borç olduğundan, borçlunun bir temsilcisi tarafından yükümlülüğün yerine getirilmesi hukuken olanaklıdır⁵²².

Özgü suç ile bizzat işlenebilen suçun birbirinden farklı özelliklerine ya da benzerliklerine yönelik birçok görüş vardır. Bu iki suç grubunun farklı özelliklerini tespit eden pek çok görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, özgü suçtan farklı olarak bizzat işlenebilen suçlarda fiil sadece gerekli niteliği haiz kimse tarafından gerçekleştirilebilir iken, özgü suç bakımından böyle bir zorunluluk

⁵¹⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.121, kn.306.

⁵¹⁷ Chen, **a.g.e.**, s.36.

⁵¹⁸ Engelsing, **a.g.e.**, s.51.

⁵¹⁹ Engelsing, **a.g.e.**, s.51.

⁵²⁰ Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.51.

Bu suçun yükümlülük suçu olduğuna ilişkin görüş için bkz: Gerl, **a.g.e.**, s.96; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.24. Heidland, **a.g.e.**, s.89.

⁵²¹ Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.51.

⁵²² Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.51.

bulunmamaktadır⁵²³. Bir başka görüşe göre, suçun kanuni tipinde öngörülen fiili gerçekleştiren faillerin belirli bir grup ile sınırlandırılmamış olmaları bizzat işlenebilen suçu özgü suçtan ayırmakta, ancak esasında bu suçlar da özgü suçlar kapsamındadırlar⁵²⁴. Bir diğer görüşe göre ise, özgü suçta fail kanunda öngörülen sıfattan kaynaklanan yükümlülüğe sahip olabilir iken, bizzat işlenebilen suçlarda böyle bir sınırlama bulunmamakta, sadece doğrudan fail olarak işlenebilen bu suçlar herkes tarafından işlenebilmektedir⁵²⁵. Yükümlülük suçlarını kabul eden görüşe göre bizzat işlenebilen suçların da yükümlülük suçları kapsamına alınması mümkün olmakla birlikte bu her durumda olanaklı olmayabilir⁵²⁶. Bir başka görüşe göre, elverişli faillik alanının sınırlandırılması bizzat işlenebilen suçlarda tipik bir şekilde somut fiilin gerçekleştirilmesi çerçevesinde oluşturulurken, özgü suçlarda somut fiilden bağımsız oluşturulmaktadır⁵²⁷. Bu anlayışa göre, bizzat işlenebilen suçlarda belirlenen gruba dahil olan kişi, somut bir fiilin icrasından ortaya çıkmaktadır. Bunun aksine, rüşvet suçunda, bu suçtan bağımsız olarak kimin “*kamu görevlisi*” olarak elverişli fail alanına girdiği tespit edilmelidir. Yani bu görüşe göre, elverişli fail alanının sınırlandırılması, özgü suçlarda somut fiilden bağımsız olarak ve bizzat işlenebilen suçlarda somut fiile bağlı olarak ayrıştırılabilir. Ancak karma şekiller de mümkündür. Örneğin, Alm. CK § 173’de yer alan akrabalar arasındaki cinsel ilişki suçunda, hakim görüşe göre faillik için cinsel ilişkinin şahsi olarak icrası gereklidir ve buna rağmen ayrıca somut fiilin sınırlandırmasından bağımsızdır. Çünkü kimin kimin için akrabalık ilişkisinde bulunması gerektiği fiilden bağımsızdır ve bundan dolayı gerekli akrabalık ilişkisi bulunan kişi, fail olarak dikkate alınır⁵²⁸. Bir başka görüşe göre, eğer bizzat işlenebilen suçun bağımlı tanımı esas alınırsa -ki bu tanımlamaya göre bizzat işlenebilen suç dolaylı faillik ile işlenemez-, bu halde tanımlar karşılaştırılırken özgü suç ve bizzat işlenebilen suç arasında temel bir fark kendini gösterir⁵²⁹. Buna göre, özgü suçun muhatabı, sadece belirli bir alan ile

⁵²³ Demirbaş, **a.g.e.**, s.522.

⁵²⁴ Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.292, 293.

⁵²⁵ Aynuralp, **a.g.e.**, s.44.

⁵²⁶ Demirel, **a.g.e.**, s.155.

⁵²⁷ Krause, **a.g.e.**, s.41.

⁵²⁸ Krause, **a.g.e.**, s.41, 42.

⁵²⁹ Auerbach, **a.g.e.**, s.62.

sınırlandırılmış olmak ile birlikte failliğin (*doğrudan ya da dolaylı*) biçimi konusu ilgili alanda bulunan faile bırakılmıştır⁵³⁰. Bizzat işlenebilen suçlarda ise, faillik alanı belirtilmemiş olmasına rağmen, ki bu durumda bizzat işlenebilen suç herkes tarafından gerçekleştirilebilir, fiilin icrası sadece doğrudan fail olarak gerçekleştirilebilir. Bu görüşe göre, bizzat işlenebilen suçlar ile özgü suçlar arasında ortak bir özellik bulunmamaktadır⁵³¹.

Özgü suç ile bizzat işlenebilen suçun benzer yönlerine dikkat çeken görüşler de bulunmaktadır. Yükümlülük suçlarında yükümlülük sahibi olmayan kişinin fiil hakimiyetine sahip olsa bile fail olamaması ve bizzat işlenebilen suçlarda da fiili bizzat icra etmeyen kişinin fiil hakimiyetine sahip olsa dahi fail olamaması benzer yönler olarak ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, icbar suratiyle irtikap suçunun hem yükümlülük hem de bizzat işlenebilen suç olarak nitelendirilmesi mümkün iken, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ise bizzat işlenebilen suç iken yükümlülük suçu değildir⁵³². Bu görüşün temelinde yükümlülük suçlarının içeriğinde ceza hukuku alanı dışında özel bir yükümlülüğün öngörülmüş olması koşulu yer almaktadır. Bir görüşe göre de, özgü suçlar, herkes tarafından işlenebilen suçlardan dolaylı failliğin mümkün olmaması dışında farklı değildir. Ancak pratikte çoğu zaman özel fail niteliğini sıkı bir şekilde dikkate almak, çoğu durumda suçun bizzat işlenebilirliğindeki problemlerin sayısının azalmasına yardımcı olmaktadır⁵³³.

2. Bizzat İşlenebilen Suçları Kabul Etmeyen Görüş

Türk doktrininde bir görüşe göre, “*bizzat işlenebilen suç*” olarak ayrı bir suç kategorisine gerek yoktur⁵³⁴. Örneğin, “*yalan tanıklık*” suçunun faili, ancak belli bir olay hakkında beş duyusu aracılığıyla öğrendiği bilgiyi hakim önünde açıklamak durumunda olan kişi olabilir. Bu konudaki asli yükümlülük, ancak bu özelliği haiz kişide olabilir. Özgü suç olarak nitelendirilebilecek bu suçların “*bizzat işlenebilen*

⁵³⁰ Deichmann, **a.g.e.**, s.8; Auerbach, **a.g.e.**, s.62.

⁵³¹ Auerbach, **a.g.e.**, s.63.

⁵³² Demirel, **a.g.e.**, s.155.

⁵³³ Herzberg, **a.g.m.**, s.920.

⁵³⁴ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.179.

suç” olarak nitelendirilmesine gerek yoktur⁵³⁵. Türk doktrinde diğeri bir görüşe göre, bizzat işlenebilen suçlar sınıflandırma olarak genel ve özgü suçların dışında ayrı bir kategori olarak kabul edilmekle birlikte, aynı zamanda gerçek özgü suçların özel bir grubunu oluşturduğu da kabul edilmiştir⁵³⁶.

Alman doktrinde bir görüş, bizzat işlenebilen suçları özgü suçların dışında ayrı bir kategoride incelemek ile birlikte aynı zamanda, bizzat işlenebilen suçların özgü suçları oluşturduklarını kabul etmiştir. Ancak bu görüş, bizzat işlenebilen suçların faillik alanının özgü suçlarda olduğu gibi sadece suçun kanuni tanımında belirli kişi grupları ile sınırlandırılmış olmadığını kabul etmiştir⁵³⁷. Bir başka görüşe göre ise, bizzat işlenebilen suçların içerisinde yükümlülük suçlarını çıkarmak gereklidir⁵³⁸. Bu görüşe göre bizzat işlenebilirlik için hareketin tanımlanması yeterli olsa idi, hırsızlık suçunda tanımlanan “*mal edinme*” hareketinden dolayı ya da yaralama suçunda tanımlanan “*bedene kötü muamele*” hareketinden dolayı bizzat işlenebilen suç olması gerekirdi. Bizzat işlenebilirliğin amacının bu tür suçlarda istenmeyen neticelere engel olunması değil, ahlaki açıdan kınanabilir davranışın cezalandırılması olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, bizzat işlenebilen suçların incelenmesinin neticesinde, bizzat işlenebilen suç olarak ayrı bir suç grubunun olmadığı kanaatine ulaşmaktadır⁵³⁹. *Langer* de, bizzat işlenebilen suçları ayrı bir kategori olarak kabul etmemektedir. Faillik alanına göre sınıflandırmayı genel suç-özgü suç olarak yapmaktadır.

3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Türk doktrinde de, Alman doktrinde bizzat işlenebilen suçların en yaygın tanımı, suçun kanuni tanımında öngörülen fiilin, failin bizzat kendi bedensel davranışı ile işlenmesinin mümkün olduğu suçlar olduğuna yönelik tanımdır. Bizzat

⁵³⁵ Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.179.

⁵³⁶ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.116.

⁵³⁷ Heinrich, *a.g.e.*, s.61, kn. 176.

⁵³⁸ Puppe in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch*, § 29, kn.75.

⁵³⁹ Puppe in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch*, § 29, kn.75.

işlenebilen suçları ayrı bir suç grubu olarak kabul eden görüş, suç teşkil eden fiilin sadece suçun kanuni tanımında öngörülen fail tarafından bizzat gerçekleştirilmesi gerekliliğini de kabul etmektedir.

İlk olarak, kanunda yer alan tüm suçların suçun kanuni tanımında yer alan faillik alanı içerisindeki kişi tarafından işlenmesi gereklidir. Pozitif hukuk açısından baktığımızda da gerek TCK'da, gerekse de Alm. CK'da fail, benzer şekillerde suçun kanuni tanımında yer alan fiili bizzat kendisi gerçekleştiren, birlikte işleyen ya da bir başkasını araç olarak kullanan kişi şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bizzat işlenebilen suçlar tanımı, esasen genel olarak failliğin doğrudan icrasına yönelik tanıma paralel bir tanımdır. Bu görüşü savunanlar, bizzat işlenebilen suçların ayırt edici yönünün bu suçların dolaylı faillik şeklinde işlenmesinin mümkün olmadığı gerekçesinden hareket etmektedirler. Üçüncü bölümde dolaylı faillik ile ilgili olan kısımda daha detaylı incelenecek olmak ile birlikte “*extraneus*”un “*intraneus*”u araç olarak kullandığı hallerde suçun kanuni tanımında öngörülen özelliği haiz olmaması sebebi ile dolaylı fail olarak cezalandırılmasının mümkün olmadığını ifade etmemiz gereklidir. Ancak bu netice, bizzat işlenebilen suçlar olarak ayrı bir suç grubunu kabul etmenin gerekçesi olarak yeterli değildir. Çünkü aynı hukuki netice, özgü suç bakımından da geçerlidir.

İkinci olarak, bizzat işlenebilen suçları açıklamak için ileri sürülmüş teoriler de bu suçların ayrı bir grup olarak değerlendirilmesi için yeterli gerekçe ileri sürememektedir.

Üçüncü olarak, Alm. CK'dan örnek verilen suçların büyük bir kısmının karşılığı ya TCK'da bulunmamaktadır ya da Alm. CK'dan da kaldırılmıştır, bir kısmı ise Alman ceza hukuku doktrininde çoğunlukla yükümlülük suçları olarak açıklanmaktadır.

Dördüncü olarak, Alm. CK § 160'da yer alan “*gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme*” suçu, bizzat işlenebilen suçun dolaylı faillik yolu ile işlenememesine dayanak olarak ve aynı zamanda bizzat işlenebilen suçların varlığına gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Alman doktrininde dahi bu suçun varlığının bizzat

işlenebilen suçları açıklayamadığını kabul eden görüşlerin bulunması ve TCK'da bu suçun karşılığının da olmaması dolayısıyla doktrinde ileri sürülen bu görüşün Türk ceza hukuku bakımından dayanağı bulunmamaktadır. Diğer taraftan kanun koyucu tarafından bizzat işlenebilen suçların tümü için sistematik bir şekilde dolaylı faillik ile işlenmesi halinin özel bir suç tipi olarak ihdas edilmesi anlayışı benimsenmemiştir. Eğer bu anlayış benimsenseydi bizzat işlenebilen suç olarak ayrı bir suç grubunun varlığını ve bizzat işlenebilen suçların dolaylı faillik yolu ile işlenemeyeceğini kabul etmek gerekirdi. Ayrıca, bir özgü suç olarak kabul edilen resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı bir şekilde işlenmesi, Alm. CK § 271'de yer alan *“resmi belgeleri dolaylı olarak gerçek dışı düzenleme”* hükmü ile suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun varlığı, Alm. CK § 160'da yer alan *“gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme”* suçunun bizzat işlenebilen suçların dolaylı faillik yolu ile işlenemediğini gösterdiğine yönelik görüşü çürütmektedir. Çünkü Alman doktrininde özgü suç ya da yükümlülük suçu olarak kabul edilen bir suçun dolaylı fail yolu işlenmesi halinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi, bizzat işlenebilen suçların dolaylı fail yolu ile işlenememesine ilişkin ayırt edici özelliği ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca bu durumun adeta kanun koyucunun bir seçimi olduğunu ve bu seçimin de bizzat işlenebilen suçları kabul etmeye yönelik olmadığını göstermektedir.

Özgü suç ile bizzat işlenebilen suçları ayırt etmeye yönelik görüşleri değerlendirecek olursak, bizzat işlenebilen suçlarda fiil sadece gerekli niteliği haiz kişi tarafından gerçekleştirilebilirken, özgü suç bakımından bu zorunluluğun olmadığı ifade edilmiştir. Ancak, özgü suçta da fiil suçun kanuni tanımında sınırlandırılan fail tarafından gerçekleştirilebilir. Bir diğer görüşe göre ise, özgü suçta fail kanunda öngörülen sıfattan kaynaklanan yükümlülüğe sahip olabilir iken, bizzat işlenebilen suçlarda böyle bir sınırlandırma bulunmamakta, sadece doğrudan fail olarak işlenebilen bu suçlar herkes tarafından işlenebilmektedir. Ancak bizzat işlenebilen suçlara örnek olarak gösterilen suçlarda da fail alanı sınırlandırılmış ve fail için yükümlülük öngörülmüş olabilmektedir. Örneğin, *“yalan tanıklık”* suçunda fail için gerçeğe yönelik beyanda bulunma yükümlülüğü söz konusudur, dolayısıyla bu kriter de geçerli değildir. Bu yöndeki bir görüşe göre, trafik güvenliğini tehlikeye

sokma suçunun ancak alkol, uyuşturucu ya da başka bir sebeple güvenli şekilde araç kullanamayacak halde olan sürücü tarafından işlenebiliyor olması nedeni ile özgü suçtur. Aynı zamanda sürücünün bizzat kendisinin aracı kullanması gerektiği için de bizzat işlenebilen bir suçtur. Bu sebeplerle “*bizzat işlenebilen bir özgü suç*”tur. Bu görüş, aslında bizzat işlenebilen suçlar ile özgü suçların birbirinden farklı olduğunu, bizzat işlenebilen suçların herkes tarafından doğrudan işlenebileceğini ve özgü suçların ise özel sığata sahip olan kişiler tarafından işlenebileceğini kabul etmesine rağmen, bu suç tipi özelinde her iki suç grubunu da birleştirmesinin çelişkili olduğu düşüncesindeyiz. Bir başka görüşe göre, elverişli faillik alanının sınırlandırılması bizzat işlenebilen suçlarda, tipik bir şekilde somut fiilin gerçekleştirilmesi çerçevesinde oluşurken, özgü suçlarda, somut fiilden bağımsız oluşmaktadır. Bu görüşte gözden kaçırılan husus, özgü suçların özünde faillik alanının sınırlandırılması bulunmak ile birlikte fail ile fiil arasındaki bağlantının kanuni tanımda öngörülen fiilin yine kanuni tanımda öngörülen ve sınırları belirlenen fail tarafından gerçekleştiriliyor olmasıdır.

Düşüncemize göre, faillik alanına göre suçların sınıflandırılmasında genel ve özgü suçun dışında bir suç grubuna ihtiyaç bulunmamaktadır. Yüklümlülük suçları özgü suçun sınıflandırılması içerisinde bir grubu içermekte ve dolayısıyla özgü suçun sınıflandırılması ve görünüm şekilleri kapsamında incelenecektir. Ancak bizzat işlenebilen suçların ayrı bir suç grubu olması için gerekli bir argüman olmadığından ayrı bir suç grubu olarak görmemekte ve aynı zamanda özgü suçun görünüm şekillerinden biri olarak da kabul etmemekteyiz.

C. Amaç Suçlar

Faillik alanına göre suçların sınıflandırılmasına göre yapılan suç ayırımında ayrı bir grup olarak amaç suçlarını kabul eden görüş de bulunmaktadır⁵⁴⁰. Özgü suç

⁵⁴⁰ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.692, kn.94; Demirel, **a.g.e.**, s.156.

Bir görüş ise, suç türlerini genel suçlar, özgü suçlar ve bizzat işlenebilen suçlar olarak tasnif etmek ile birlikte faillik incelemesinde amaç suçları olarak ayrı bir kategori belirleyerek incelemektedir (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.692, kn.94).

ile olan benzerliği ve böylesi ayrı bir kategoriye ihtiyaç olup olmadığının tartışılması, özgü suçun kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

Amaç ya da saik, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir düşünce olarak kabul edilmektedir⁵⁴¹. Amaç suçları kabul eden bir görüşe göre, failin amaç, saik veya düşüncesine ilişkin unsurlar faillik alanını sınırlandırırsa da, genel suçlar ve özgü suçlar ayrımının dışında değerlendirilmelidir⁵⁴². Suçun kanuni tanımında kastın dışında amaç, saik gibi belirli subjektif unsurların arandığı suçlar olarak ifade edilen amaç suçlarının faile ilişkin belirli bir niteliğin olması gerektiğinden bahisle genel suçlar dışında kalan özel niteliğin arandığı suç tipleri kategorisine dahil olduğu ifade edilmiştir⁵⁴³. Bir görüşe göre de, tipikliğin objektif unsurunun gerçekleşmesinde failin belirli bir amaca yönelik eyleminin koşul olarak arandığı suçlar olarak ifade edilmektedir⁵⁴⁴.

Amaç suçları ayrı bir kategori olarak kabul etmemekle birlikte faillik ve şerikliğin sınırları kapsamında, suçun kanuni tanımında faile ilişkin kast dışında başka subjektif özelliklerin aranması halinde, bu unsurların da gerçekleşmesi gerektiğine ve failin bu özel amacı taşımaması halinde fail olamayacağına dair bir görüş bulunmaktadır⁵⁴⁵.

Amaç unsuru, suçun temel şeklinde ya da suçun nitelikli şeklinde bir unsur olarak öngörülmüş olabilir. Amaç suçlarına Alm. CK § 242’de yer alan hırsızlık suçunda suçun kanuni tanımında “*mal edinmek maksadıyla*” unsuru⁵⁴⁶, Alm. CK §

⁵⁴¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.302.

⁵⁴² Demirel, **a.g.e.**, s.122.

Yazar, amaç ya da saik gibi tipikliğin subjektif unsurlarının faillik alanını sınırlandırdığını kabul etmekle birlikte bu unsurların genel suçlar-özgü suçlar ayrımında önemsiz olduğunu ifade etmekte ve genel suçlar, yükümlülük suçları, bizzat işlenebilen suçları ve amaç suçları ayrı suç kategorileri halinde incelemektedir.

⁵⁴³ Demirel, **a.g.e.**, s.114, 156.

⁵⁴⁴ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.692, kn.94.

⁵⁴⁵ Heinrich, **a.g.e.**, s. 512, kn. 1198; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.340; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.302; Akbulut, **a.g.m.**, s.194.

⁵⁴⁶ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.692, kn.94; Heinrich, **a.g.e.**, s. 512, kn.1198; Demirel, **a.g.e.**, s.157.

Bu görüşün gerekçesi olarak ise, failin hırsızlık suçu bakımından kendisine veya bir başkasına yarar sağlama amacının bulunması gerektiği ve kişinin kendisine veya bir başkasına yarar sağlama amacı

253’de yer alan “*şantaj*” suçunda ve Alm. CK § 263’de yer alan “*dolandırıcılık*” suçunda bulunan “*zenginleştirme amacı*” unsuru, Alm. CK § 267’de yer alan “*belgede sahtecilik*” suçunda “*hukuki ilişkide aldatma amacı*”⁵⁴⁷ unsuru, TCK m.82/1/k’da yer alan kasten öldürme suçunun nitelikli hali olan “*töre saikiyle*” işlenmesi unsuru⁵⁴⁸ amaç suçlara örnek olarak gösterilmektedir.

Suçun kanuni tanımında failin belli bir amaç ya da saik taşımasının öngörülmesi, tipikliğin subjektif unsuruna ilişkindir. Faillik alanına göre suçların sınıflandırılmasında, faile ilişkin kişisel unsur, nitelik, durum, ilişki ya da yükümlülük sebebi esas alınmaktadır. Bu hususların tümü ise, tipikliğin objektif unsurlarında yer alan failin yine sahip olması gereken objektif unsurlara veyahut da suçun unsurları dışında kalan sebeplere dayanmaktadır. Hırsızlık ya da dolandırıcılık suçlarında olduğu gibi suçun kanuni tanımında belli bir amacın öngörüldüğü suçlar ise, faillik alanını sınırlandırmamakta, tipikliğin subjektif unsurunu somutlaştırmakta, belirlemektedir. Tipikliğin subjektif unsurları, fail ile fiil arasında subjektif bir bağ kurmaktadır ve failin suçun kanuni tanımında öngörülen objektif unsurları bilip bilmemesi ile ilgilidir. Dolayısıyla amaç suçları, genel ve özgü suçların dışında ayrı bir suç grubu olarak kabul etmemekle birlikte aynı zamanda özgü suçun bir görünüm şekli olarak da kabul etmemekteyiz.

D. Genel Değerlendirme

Faillik alanına göre suçların genel suçlar ve özgü suçlar olarak iki gruba ayrıldığını kabul etmekteyiz. Özgü suç ile aralarındaki sınırların belirlenmesi için genel ve özgü suçların dışında ayrı birer suç grubu olarak ileri sürülen yükümlülük suçlarını, bizzat işlenebilen suçları ve amaç suçları benzer kavramlar ile ilişkileri bağlamında kapsamlı olarak incelemiş bulunmaktayız.

Türk doktrininde de, Alman doktrininde de kabul edilen yükümlülük suçları ile özgü suçun aynı içeriği taşıdığına yönelik görüşe katılmamaktayız. Çünkü her

olmaksızın suçun kanuni tipinde yer alan icra hareketlerini gerçekleştirmesi halinde hırsızlık suçundan sorumluluğunun söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir (Demirel, **a.g.e.**, s.157).

⁵⁴⁷ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.692,693, kn.94.

⁵⁴⁸ Demirel, **a.g.e.**, s.122.

yükümlülük suçu özgü suç iken, her özgü suç, yükümlülük suçu değildir. Tüm sistematik içerisinde ortaya koymaya çalıştığımız anlayışa göre, yükümlülük suçları, özgü suçtan ayrı bir kategori olarak kabul edilmemeli, özgü suç grubu içerisinde özgü suçun görünüm şekillerinden birisi olarak kabul edilmelidir. Çünkü her özgü suçta fail için özel bir yükümlülük öngörülmüş olmak zorunda olmayıp, fail için özel bir nitelik, durum ya da ilişki öngörülmüş olabilir. Bu önemli yön göz ardı edilmektedir. Özetle, yükümlülük suçlarının özgü suçun karşılığı olacak şekilde ayrı bir kategori olarak kabul edilmesi, gerek içerik açısından farklı durumları kapsamaması sebebi ile gerekse de pozitif hukuk açısından ne Alm. CK, ne de TCK ile uyumlu olmaması sebebi ile kabul edilebilir değildir. Bununla birlikte yükümlülük suçları, özgü suçun kapsamı içerisinde bir unsuru ihtiva ettiğinden dolayı bir görünüm şekli olarak kabul etmekteyiz.

Bizzat işlenebilen suçlar yönünden ise, bu grup için örnek olarak gösterilen suçlar birer özgü suç olduğundan ve ayrı bir suç grubu olarak kabul edilmesine olanak sağlayacak nitelikte farklılık arz eden bir özellik taşımadığından ayrı bir suç grubu olarak kabul etmemekteyiz. Ayrıca özgü suç grubu içerisinde bir görünüm şekli olarak değerlendirmeye temel oluşturacak bir niteliği ve farklı bir özelliği haiz olmadığı için görünüm şekillerinden birisi olarak da kabul etmemekteyiz.

Amaç suçları bakımından ise, suçun kanuni tanımında failin belli bir amaç ya da saik taşımasının öngörülmesinin tipikliğin subjektif unsuruna ilişkin olması ve faillik alanına göre suçların sınıflandırılmasında, faile ilişkin kişisel nitelik, durum, ilişki ya da yükümlülük sebebin esas alınmasından dolayı amaç suçlarını ayrı bir suç grubu olarak kabul etmemekteyiz. Faili sınırlandıran hususların tümü, tipikliğin objektif unsurlarında yer alan failin yine sahip olması öngörülen objektif unsurlara ilişkindir. Hırsızlık ya da dolandırıcılık suçlarında olduğu gibi suçun kanuni tanımında belli bir amacın öngörüldüğü suçlar faillik alanını sınırlandırmamakta, tipikliğin subjektif unsurunu somutlaştırmakta, belirlemektedir. Dolayısıyla faillik alanına göre suçların sınıflandırılması kapsamında amaç suçları, genel ve özgü suçların dışında ayrı bir suç grubu olarak kabul etmemekle birlikte aynı zamanda özgü suçun bir görünüm şekli olarak da kabul etmemekteyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZGÜ SUÇUN UNSURLARI, SINIFLANDIRILMASI, SUÇUN UNSURLARI VE UNSURLARI DIŞINDA KALAN HALLER İLE ARASINDAKİ İLİŞKİSİ

I. ÖZGÜ SUÇUN UNSURLARI

A. Genel Açıklamalar

Bir kurumun tüm yönleriyle incelenmesinde kavramın tanımlanmasının, tarihsel gelişiminin, hukuki niteliğinin, benzer kavramlarla olan ilişkisinin değerlendirilmesi kadar unsurlarının belirlenmesi de oldukça önemlidir. Eğer özgü suç ile genel suç arasında spesifik bir fark bulunmaktaysa, bu fark hukuki netice açısından önemli ise ve özgü suç kategorisi, suç teorisi için vazgeçilmez ise, bu halde özgü suçun ortak özelliklerine göre inceleme yapılmalı, yani özgü suç kavramı içerik olarak açıkça netleştirilmelidir¹. Bu amaçlarla da bu kısımda, bir suçun özgü suç olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan unsurlar incelenecektir.

Bir suçun özgü suç olarak nitelendirilmesi için ne kadar çok koşul gerekirse, suçun unsurları kapsamı içerisinde bu kavramın alanı o kadar çok daralır². Bir suçta, özgü suç için öngörülen unsurların tümünün olması halinde, o suçun özgü suç olarak nitelendirilmesi ve aynı zamanda kanuni tanımda gösterilen eylemi gerçekleştiren kişinin özgü suçtan fail olarak sorumlu olması mümkün olur. Bu nedenle de, özgü suçun unsurları olarak benimsenen unsurların varlığı aynı zamanda fail olarak sorumluluk neticesini doğuracak şekilde değerlendirilmelidir. Özgü suça iştirakten dolayı ceza sorumluluğu, üçüncü bölümde ayrıntılı bir şekilde incelenecek olup, bu kısımda yalnızca özgü suçun unsurlarının varlığının aynı zamanda fail olarak sorumlu olma neticesini de doğurduğunu kabul etmek gerektiğini ifade etmekle yetinmekteyiz.

¹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.206.

² Langer, **Die Sonderstrafat**, s.224.

Türk doktrinde özgü suçun varlığının kabul edilmesi için gerekli olan unsurlardan biri olarak “*failin görev alanına girmesi*” unsurunu kabul eden bir görüş bulunmaktadır³. Bu görüşe göre, suçun failin sıfatı ile bağlantılı olması gerekmektedir birlikte failin görev alanına da girmesi gerekir⁴. Özgü suçun bir unsuru olarak “*failin görev alanına girmesi*” unsurunun kabul edilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü bir suç grubuna ait unsurlar oluşturulurken bu unsurların farklı özellikteki durumlar için de ortak bir payda sağlamasına ve söz konusu suç grubu alanına dahil olan tüm suçlar için geçerli olmasına dikkat edilmelidir. Özgü suçta faile ilişkin öngörülen belirli özellik, göreve ilişkin olabileceği gibi göreve ilişkin olma zorunluluğu bulunmayabilir. Tarihsel gelişim sürecinde özgü suçların yalnızca meslek suçları olarak kabul edildiği bir dönem olmuştur, ancak günümüzde özgü suçlar, sadece görev ya da meslek ile sınırlı olarak kabul edilmemektedir. Özetle, “*failin görev alanına girmesi*” koşulu, tüm özgü suçlar için geçerli olmayacağından bir unsur olarak kabul etmek de olanaklı değildir. Unsurların suç grubu kapsamında olan tüm durumları kapsayan nitelikte olması gerektiğinden ve sözelimi göreve ilişkin bir özellik olması halinde dahi suçun kanuni tanımında öngörülen unsurlar bağlamında değerlendirme yapılması gerektiğinden dolayı ayrıca böyle bir unsura gerek olmadığı düşüncesindeyiz.

Düşüncemize göre özgü suçun unsurları, suç tipinde öngörülen faile ilişkin belirli bir özellik (*nitelik, durum ya da ilişki*) ya da yükümlülük, özel haksızlık, özel cezalandırılabilirlik ve fiil hakimiyetidir. Bu kısımda, bu unsurların içeriklerinin ve ölçütlerinin ne şekilde belirlenmesi gerektiği hususları değerlendirilecektir.

³ Özen, **a.g.e.**, s.233.

⁴ Failin silah kullanma emri vermeye veya silah kullanmaya yetkili olması halinde, kişisel, dini, siyasi ya da mezhep nedenlerinden dolayı silah kullanma emri vermesi durumunda, bu emir doğrultusunda işlenen suçlar örnek olarak gösterilmiş ve görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için hem failin sıfatı hem de görevi ile bağlantılı olması gerektiği ifade edilmiştir (Özen, **a.g.e.**, s.233).

B. Suç Tipinde Öngörülen Faile İlişkin Belirli Bir Özellik ya da Yükümlülük

Suçun kanuni tanımında failin belirli bir özelliği haiz olmasının ya da belirli bir yükümlülüğü taşımasının öngörülmesi, özgü suçu genel suçtan ayıran ve özgü suçun içeriğini oluşturan en önemli unsurdur. Faile ilişkin belirli bir özellik ya da yükümlülüğün öngörülmesi gerekliliğinin yanı sıra, bu özelliğin ya da yükümlülüğün içeriğinin ve sınırlarının kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır. Tercih etmiş olduğumuz “*özellik*” ifadesinin içeriğini, tanımlama kısmında kabul ettiğimiz ve izah ettiğimiz gibi özel nitelik, durum ya da ilişki oluşturmaktadır.

Türk doktrinde bir görüşe göre, failin suçun kanuni tanımında aranan özel niteliğe sahip olmaması halinde, fiil üzerinde hakimiyet kurmuş ya da icra hareketlerini özel sıfata sahip birisi ile gerçekleştirmiş dahi olsa fail olarak sorumlu tutulmaması gerekir⁵. Bu görüşten faile ilişkin belirli bir özelliğin özgü suçun unsuru olarak kabul edildiğini anlamaktayız.

Türk doktrinde bir başka görüşe göre, özgü suçların bir unsuru olarak failin özel bir niteliğinin olması kabul edilmiş ve özel niteliğin içeriğinin tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiş ise de içerik belirlenmemiştir⁶.

Türk doktrinde başka bir görüşe göre, mağdurun belli bir sıfat veya niteliği haiz olmasının arandığı suçlar da özgü suç olarak kabul edilmelidir⁷. Bu bağlamda bu kabule göre, özel sıfat veya nitelik yalnızca fail açısından değil, mağdur açısından da geçerli olmaktadır. Bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü özgü suç, suçların faillik alanına göre yapılan bir sınıflandırmaya ilişkin olup, mağdur alanını kapsamamaktadır. Elbette mağdur alanına göre de kavramsal olarak suç grubunun tesis edilebilmesi mümkündür. Ancak bu hususun özgü suç ile ilgisi bulunmamaktadır.

⁵ Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.664.

⁶ Akbulut, **a.g.m.**, s.190.

⁷ Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s.161.

Türk doktrininde ağırlıklı olarak faile ilişkin belirli bir özelliğin bulunması gerekliliğinin kabulüne karşı yönde olan bir görüşe göre, özgü suçlarda özel faillik sıfatını haiz olmaması sebebi ile bir kişinin özgü suçun faili olmamasının anlaşılmadığı ve iştirak türünün belirlenebilmesinde failin sıfatının esas alınmaması gerektiği ifade edilmektedir⁸. Benzer yönde bir başka görüşe göre de, özgü suçta özel faillik sıfatına sahip olmayan bir kişi, fiil üzerinde hakimiyet kurması halinde fail olarak sorumlu olabilmelidir⁹. Türk doktrininde ileri sürülen bu görüşlere katılmamaktayız. İlk olarak, özgü suçları genel suçlardan ayıran temel özellik, suçun kanuni tanımında faile ilişkin belirli bir özelliğin öngörülmesi olmasıdır. Belirli bir özelliği haiz olmayan fail, fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olsa dahi özgü suçun varlığından söz edilemez. Özgü suç “*extraneus*” tarafından da işlenebilecek ise, böylesi ayrı bir suç grubuna neden ihtiyaç olduğu sorusu gündeme gelir. Ayrıca özgü suç olarak ayrı bir suç grubunu kabul ederken aynı zamanda fail alanını sınırlandırmamak çelişkili bir durumu meydana getirmektedir. İkinci olarak, kanun koyucu suç politikası gereğince haksızlığın sadece “*intraneus*” tarafından gerçekleştirilebileceğini düşündüğü suçları özgü suç olarak ihdas etmekte ve bu suçlar karşılığında özel bir ceza tehdidi öngörmektedir. Eğer suçun “*extraneus*” tarafından gerçekleştirilmesi, korunan bir hukuki değeri ihlal etseydi, şüphesiz suç olarak ihdas edilmesi gerekir idi. Ancak suç normunda sınırlandırılan fail alanı dışındaki kişilerin özel haksızlığı, korunan hukuki değeri ihlal edebilmeleri olanaklı değildir. Üçüncü olarak, özgü suçun “*extraneus*” tarafından işlenmesi halinde, tipikliğin objektif koşullarından olan faillik unsuru karşılanmadığından, fail olarak cezalandırma konusunda bir boşluk da ortaya çıkmaz. Nasıl ki suç tipinde öngörülen fiil gerçekleştirilmediğinde ya da öngörülen subjektif unsur oluşmadığında suç oluşmamaktaysa, suç tipinde fail için öngörülen özellik gerçekleşmediğinde de suç oluşmamaktadır. Dolayısıyla bu özelliği haiz olmayan kişi tarafından suç işlendiğinde fiil üzerinde hakimiyet kurulmuş olsa dahi suç oluşmamaktadır.

Yargıtay tarafından verilen kararları incelediğimizde, özgü suçlarda failin özel niteliği haiz olup olmadığının araştırıldığı, failin suçun kanuni tanımında

⁸ Aydın, a.g.e., s.274.

⁹ Evik, a.g.e., s.332.

öngörülen özel niteliği taşımadığı hallerde özgü suçun oluşmadığının tespit edildiği ya da failin bu niteliği taşıyıp taşımadığının araştırılması gerektiğinin içtihat edildiğini ve dolayısıyla Yargıtay'ın failin suçun kanuni tanımında öngörülen belirli bir özelliği haiz olmasını özgü suçun unsuru olarak kabul ettiğini görmekteyiz. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, ambulans şoförünün kaza yapması eyleminde şoförün kamu görevlisi olmaması dolayısıyla suçun özgü suç niteliğinde olmadığına kanaat getirilmiştir¹⁰. Bir başka kararda da, sanığın PTT personeli ya da üstlenici firma elemanı olarak istihdam edilip edilmediği araştırılmadan, üstlenici firma elemanı olması halinde görevi kötüye kullanma suçunun faili olup olamayacağı araştırılmadan hüküm verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur¹¹. Yargıtay, rüşvet suç

¹⁰ Yargıtay CGK., 27.05.2014 tarih ve 12-120/291 K. sayılı karar (Otacı, Öztekın, Özaydın, **a.g.e.**, s.624).

Yargıtay'ın benzer yönde kararları bulunmaktadır:

Yargıtay 12.CD. tarafından verilen 2015/2180 E., 2015/7599 K. sayılı kararda, özel hastanede çalışan doktorun kamu görevlisi olmaması dolayısı ile görevi ihmal suçunun oluşmayacağı içtihat edilmiştir (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 07.09.2018).

¹¹ Yargıtay'ın benzer yönde kararları bulunmaktadır:

Yargıtay 21.CD. tarafından verilen 2015/9697 E., 2016/7996 K. sayılı kararda, TCK m.204/2'de yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun failinin kamu görevlisi niteliğini haiz olması gerektiği, KIT rejimine tabi olan kurumda 399 sayılı KHK m.11/b hükmü uyarınca "*ifa ettikleri görevlerden dolayı işledikleri suçlardan dolayı*" kamu görevlisi sayıldıkları, ayrıca sanığın iş sözleşmesi uyarınca çalıştığının anlaşılması karşısında sanığın kamu görevlisi olup olmadığının belirlenerek resmi belgede sahtecilik suçunun faili olup olmayacağının açıklığa kavuşturulmadan hüküm verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 06.09.2018).

Yargıtay 5. CD., 05.06.2015 tarih ve 5329/12132 K. sayılı kararında, sanıklardan bir kısmının kamu görevlisi olmaması ve birisinin belediye meclis üyesi olmak ile birlikte karara konu işin yapılmasında görevinin bulunmadığı ifade edilerek bu hususlar nazarında sorumluluklarının belirlenmesi gerektiği içtihat edilmiştir (Otacı, Öztekın, Özaydın, **a.g.e.**, s.624).

Yargıtay 5.CD., 04.11.2014 tarih ve 6354/10420 K. sayılı kararında, Kooperatifler Kanunu'na göre, kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve memurlarının kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklarına ilişkin hükme göre, kooperatif yönetim kurulu başkanının kamu görevlisi gibi cezalandırılmasına olanak bulunmaması dolayısıyla özgü suç niteliğindeki görevi kötüye kullanma suçunun faili olamayacağı içtihat edilmiştir (Otacı, Öztekın, Özaydın, **a.g.e.**, s.629). Benzer yönde bir başka karar için bkz: Yargıtay 5.CD., 2016/3768 E., 2017/1087 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 05.09.2018). Yargıtay CGK. tarafından verilen 2015/1183 E., 2017/182 K. sayılı kararında da, kooperatif yönetici ve görevlilerinin Kooperatifler Kanununda yer alan hüküm dolayısı ile kamu görevlisi gibi cezalandırıldığı kabul edilmiştir (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 07.09.2018). Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 5.CD., 2013/12308 E., 2016/3005 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 16.09.2018). Yargıtay 5.CD., tarafından verilen 16.04.2014 tarih ve 12907/4289 K. sayılı kararda, Türkiye Halk Bankası'nın özel hukuk statüsüne tabi tutularak anonim şirket haline dönüştürülmek suretiyle banka personelinin kamu görevlisi gibi cezalandırılması olanaksız hale geldiğinden özgü suç niteliğinde olan

ile ilgili olarak verdiği kararlarda, failin kamu görevlisi olmasının yanı sıra failin görev alanına giren bir konuda suçun işlenmiş olması ve failin görevi ile rüşvet sonucu istenilen menfaat arasında mutlak bir bağın varlığının aranması kriterleri oluşturulmuş ve bu kriterlerin sağlanması halinde özgü suç niteliğinde olan rüşvet suçundan fail olarak sorumlu olacağı, aksi takdirde azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olacağı içtihat edilmiştir¹². Yargıtay'ın bu kararlarından anlaşılabacağı üzere faile ilişkin öngörülen özelliğin yanı sıra, rüşvet suçu özelinde görevi ile menfaat arasında mutlak bağın varlığı gibi başkaca kriterler de geliştirilmiştir.

Yargıtay bir başka kararında da “görevlendirmenin yasallığı” olarak adlandırdığımız bir kriter oluşturmuştur. Kararda, belediye zabıta memuru olarak görev yapan kişinin kadro değişikliği yapılmaksızın işçi ücret ödemelerine ilişkin bir kısım belgelerin düzenlenmesinde görevlendirilmesi sonucu yasal olmayan bu görevlendirme sırasında işlediği fiilden dolayı fail olarak değil, şerik olarak sorumlu tutulması gerektiği içtihat edilmiştir¹³. Bu karar ile kamu görevlisi sıfatının idare hukukunun gereklerine uygun şekilde gerçekleştirilmesine ilişkin şekli bir anlayış

görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmamaları gerektiği içtihat edilmiştir (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.630, 631).

Yargıtay 7.CD., tarafından verilen 14.02.2008 tarih ve 2007/14821 E., 2008/1118 K. sayılı kararda, karara konu işlemlerin kim tarafından, hangi sıfatla yapıldığının denetime imkan verecek şekilde ortaya konulması gerektiği içtihat edilmiştir (Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler)**, Cilt:1, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 305, Ankara, 2015, s.969).

Yargıtay 8. CD., tarafından verilen 2018/203 E., 2018/2245 K. sayılı kararda, Türkiye Ziraat Odaları Birliği Yönetim Kurulu Başkanı aynı zamanda Birlik Genel Başkanı'nın özgü suç olan işkence ve görevi kötüye kullanma suçlarının faili olamayacakları ifade edilmiştir (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 02.09.2018).

Benzer yönde diğer kararlar için bkz: Yargıtay 5.CD., 2014/2408 E., 2016/4076 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 12.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2014/2166 E., 2016/9067 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 12.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2013/17129 E., 2016/2142 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 15.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2013/14806 E., 2015/17246 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 15.09.2018).

¹² Yargıtay 5.CD., 2014/1902 E., 2016/3802 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 13.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2014/572 E., 2016/2733 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 13.09.2018); Yargıtay 11.CD., 26.05.2014 tarih ve 26924/10167 sayılı Karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.634).

¹³ Yargıtay 5.CD., 27.05.2008 tarih ve 12851/5362 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.631).

geliştirilmiştir. Düşüncemize göre, kamu görevlisi sıfatının taşınması bakımından şekli değil, maddi bir anlayış benimsenmelidir. Kamu görevlisi kavramının tanımı TCK m.6/1/c’de yapılmıştır. Bu hükme göre kamu görevlisi, “... *kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, ...*” olarak tanımlanmıştır. İdare tarafından yapılması gerekli işlemler tamamlanıncaya kadar geçen süreçte kişi göreve, hizmete başlamakla birlikte TCK m.6/1/c anlamında kamu görevlisi sıfatını haiz olmaktadır. Dolayısıyla kamu görevlisi tarafından işlenebilecek bir özgü suçtan dolayı fail olarak sorumlu olması bakımından bir engel bulunmamaktadır. Yargıtay’ın bu karar ile benimsediği şekli anlayış, idarenin atama işlemlerini geciktirmesinden dolayı kişinin özgü suçtan fail olarak cezalandırılmamasına yol açacak mahiyettedir.

Alman doktrinde de ağırlıklı olarak özgü suçlarda suçun kanuni tanımında failin belirli bir özelliğinin ya da yükümlülüğünün öngörüldüğü kabul edilmekte, dolayısıyla özgü suçun bir unsuru olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bir görüşe göre, özgü suçlarda failin cezalandırılabilirliğinin incelenmesinde öncelikle failin suçun kanuni tanımında aranan niteliği haiz olup olmadığı incelenmelidir¹⁴. Yazarın bu görüşünden faile ilişkin belirli bir özelliği, özgü suçun unsuru olarak kabul ettiğini anlamaktayız.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında da özgü suçun failinin sadece özel yükümlülük durumuna sahip olan kişi olduğu ifade edilmektedir¹⁵.

Türk doktrinde de, Alman doktrinde de özgü suçlarda özel bir yükümlülüğün öngörüldüğünü kabul eden görüş, faile ilişkin “*özellik*” yerine “*yükümlülük*” terimini tercih etmektedir¹⁶. Bu görüşe göre, özel yükümlülük ihlalinin öngörüldüğü suçlarda fiile özellik kazandıran bahse konu bu yükümlülük olduğu için böyle bir yükümlülük altında olmayan hiç kimse fail olamayacaktır¹⁷.

¹⁴ Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.37.

¹⁵ BGHSt 58, 115 (Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s.332, kn.837a).

¹⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129; Krause, **a.g.e.**, s.35; Heidland, **a.g.e.**, s.34, 35; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.10, kn.14; Sánchez Vera, **a.g.e.**, s.22; Deichmann, **a.g.e.**, s.9; Heine/Weiße, **a.g.e.**, kn.83; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.167.

¹⁷ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.167.

Düşüncemize göre, suç tipinde faile ilişkin özel bir yükümlülük öngörülmüş olabilir ve öngörülen bu özel yükümlülük sayesinde faillik alanı sınırlandırılmış olabilir. Yükümlülük, özgü suçun kapsamındaki unsurlardan birisidir. Bu sebeple, suçun kanuni tanımında fail bakımından özel bir yükümlülüğün öngörülmüş olması, bahse konu suçun özgü suç grubuna dahil olmasını sağlar. Ancak özgü suçun benzer kavramlar ile ilişkisi bağlamında yükümlülük suçlarına ilişkin açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi özgü suç, yükümlülük suç grubundan çok daha geniş bir alanı kapsar ve dolayısıyla her yükümlülük suçu bir özgü suç iken, her özgü suç yükümlülük suçu olmayabilir.

Suçun kanuni tanımında faillik alanında yapılan sınırlandırmada faile ilişkin belirli bir yükümlülük öngörülebileceği gibi belirli bir özellik de öngörülebilir. Belirlenen özellik, nitelik, durum ya da ilişki şeklinde olabilir. Bu kavramların içeriği açısından özel kişisel unsur kavramı başlığı altında bu konuya ilişkin açıklamalarda bulunulmuş olup, bu kısma atıf yapmak ile yetiniyoruz. Ancak bu kısımda, yükümlülük ve özellik unsurlarının yer aldığı suç tiplerine TCK'dan bazı örnekler vermenin faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Örneğin, TCK m.155'de yer alan “*güveni kötüye kullanma*” suçunda, faile muhafaza etmek ya da belirli bir şekilde kullanılmak üzere zilyetliği devredilen mal üzerinde bu amaca uygun davranma yükümlülüğü öngörülmüştür, dolayısıyla bu suç bakımından faile özel bir yükümlülük yüklenmiştir. TCK m.233'de “*aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali*” suçu öngörülmüştür. Bu maddenin birinci fıkrasında, aile hukukundan doğan bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüğü öngörülmüştür. Dolayısıyla medeni hukuk bakımından aile ilişkisi içerisinde olan kişiler için özel bir yükümlülük yüklenmiştir. Özellikler kapsamında ilişki unsuruna örnek olarak TCK m.82/1/d'de yer alan kasten öldürmenin nitelikli hallerinden kasten öldürme suçunun “*üstsoy veya altsoydan birine ya da eşe ve kardeşe karşı*” işlenmesini gösterebiliriz. Bu suç bakımından fail ile mağdur arasında özel bir akrabalık ilişkisi aranmaktadır. Özellikler kapsamında nitelik unsuruna örnek olarak TCK m.247'de yer alan “*zimmet*” suçunu gösterebiliriz. Bu suçta, fail için kamu görevlisi niteliğini

Özel yükümlülüğün ihlalini ölçüt olarak alan bu görüşe göre, özel yükümlülüğün ihlali fail olmak için tek başına yeterlidir (Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.167).

haiz olmak şeklinde özel bir nitelik aranmaktadır. Özellikler kapsamında durum unsuruna örnek olarak TCK m.239’da yer alan “*ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*” suçunda, failin ifşa ettiği sırrın sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu bir sır olması gerekliliğini gösterebiliriz.

Suçun kanuni tanımında faile ilişkin belirli bir yükümlülük ya da özellik öngörülmüş olması, bu suçu özgü suç grubuna dahil ederek, genel suçtan ayırt edilmesini sağlamak ile birlikte bu unsurlar arasında keskin bir ayrım yapmaya çalışmanın pratik açıdan bir faydasının olmayacağını ve bu unsurların çoğu kez iç içe geçmiş olabileceğini düşünmekteyiz. Örneğin, nitelik olarak değerlendirilebilecek bir unsur, yükümlülük olarak ya da durum olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla bu unsurlar arasında kesin bir ayrım yapmak hem olanaksız hem de anlamsızdır. Ancak özgü suçun belirli bir sistematik dahilinde sınıflandırılması, özgü suçun farklı görünüm şekillerinin belirli şekillerde gruplandırılarak incelenmesini ve özgü suç tespitinin de yapılmasını sağlamaktadır. Özgü suçun sınıflandırılması kısmında bu unsurlar, daha detaylı ve belirli bir sistem dahilinde incelenecektir.

C. Suç Tipinde Öngörülen Özel Haksızlık

Suç tipinde öngörülen özel haksızlık unsuru içerisinde, özel haksızlığın varlığı ve özel haksızlığın suç tipinde öngörülmesi olarak iki alt unsur bulunduğunu kabul etmekteyiz. Birbirleri ile olan sıkı ilişkileri dolayısıyla birleştirilerek tek bir unsur olarak incelenmesi uygun görülmüştür. Her haksızlığın suç alanına dahil olmaması ve bu çalışma kapsamında suç teşkil eden haksızlığı ele almamız dolayısıyla “*suç tipinde öngörülen özel haksızlık*” ifadesinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Alman doktrininde özgü suç tipi (*Sondertatbestand*) ve özgü haksızlık (*Sonderunrecht*) birbirinden ayrı kriterler olarak öngörülmüştür. Bu öğretiyi savunanlar, özgü haksızlığı özel ceza tehdidi ve özel cezalandırılabilirlik ile birlikte açıklamış iseler de, kabul etmiş olduğumuz suç inceleme yöntemine göre cezalandırılabilirlik, haksızlıktan ayrı ve daha sonra incelenmesi gereken bir husustur. Bu sebeple, bu kriteri ayrı bir unsur olarak kabul etmekte ve özel haksızlıktan sonra ayrı olarak incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Suç, en genel anlatım şekli ile kanuni tanımda ifade edilen haksızlıktır. Suçları, faillik alanına göre, nasıl ki genel suç ve özgü suç olarak sınıflandırıyor isek, haksızlığı da içeriği itibari ile genel ve özel olarak incelemek gereklidir. Böylece, özgü suçu genel suçtan ayırt etmeyi sağlayacak esas unsuru da belirlemek mümkün olmaktadır.

Bu unsuru kabul etmemizin ilk sebebi, genel suç, tipik ve hukuka aykırı nitelikteki herkes tarafından ihlal edilebilir genel haksızlığı içerirken, özgü suçun tipik ve hukuka aykırı nitelikteki belirli kişiler tarafından gerçekleştirilebilir özel haksızlığı içermesidir.

Özgü suçlarda, suç tipinde özel haksızlığın bulunması unsurunu kabul etmemizin ikinci sebebi, bu tür suçlarda çoğunlukla genel suçlara oranla haksızlığın yoğunluğunun daha fazla ve daha özel olmasıdır. Bu suçlarda kanun koyucu bazı kimseler tarafından gerçekleştirilen haksızlığı, herkes tarafından gerçekleştirilen genel haksızlığa göre daha özel ve daha yoğun bir biçimde gördüğünden dolayı ayrı ve özelleştirilmiş bir suç tipi olarak ihdas etmektedir. Böylelikle bu tür suçlarda faillik alanı sınırlandırılmakta ve bu gruptaki kişilere yönelik olarak diğer kişilerden daha farklı veya daha yoğun bir özellik (*özel yükümlülük, nitelik, durum ya da ilişki*) öngörülmüş olmaktadır. Esasen özgü haksızlık, genel haksızlıktan, haksızlığın unsurlarının sınırlandırılmasından ve özelleştirilmesinden dolayı ayrılmaktadır.

Özgü suçlarda, suç tipinde özel haksızlığın bulunması unsurunu kabul etmemizin üçüncü sebebi, suç tipinde öngörülen özel haksızlığın yalnızca suçun kanuni tanımında öngörülen kişi yani “*intraneus*” tarafından gerçekleştirilebilen tipik haksızlık oluşudur. Tipikleştirilen özel haksızlığın varlığı, özgü suçun genel suçtan ayırt edilmesini de sağlamaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunda bir başkasının malını hakimiyete geçirme fiili, herkes tarafından işlenebilen genel bir haksızlık olduğu için genel suç iken, zimmet suçunda zilyetliği kendisine devredilen malın zimmete geçirilmesi fiili, sadece kamu görevlileri tarafından işlenebildiği, haksızlık içeriği daha yoğun, daha farklı ve daha özel olduğu için özgü suçtur.

Son olarak, özel haksızlık ve değersizlik arasındaki ilişki üzerinde de durmakta fayda vardır¹⁸. Özel haksızlık içeriğinde değersizliğin muhteviyatında artış ya da azalış söz konusu olabilir. Örneğin, kasten öldürme suçunun eşe karşı işlenmesi halinde, herhangi birisine karşı işlenmesine göre değersizliğin muhteviyatında artış bulunmaktadır. Yahut malvarlığına karşı suçların (*yağma suçu hariç*) eşlerden biri tarafından işlenmesi halinin cezaya layık görülmemesi de değersizliğin muhteviyatında azalışın bulunduğunu göstermektedir. Böylece değersizliğin muhteviyatında özel bir artış ya da azalış vuku bulabilir ve bu da haksızlığın yoğunluğunu etkileyebilir.

Yukarıda izah etmiş olduğumuz sebeplerden dolayı özel haksızlığın bulunması ve bu özel haksızlığın ilgili suç tipinde öngörülmüş olması özgü suç genel suçtan ayıran temel unsurlardan birisidir.

D. Suç Tipinde Öngörülen Özel Cezalandırılabilirlik

Özgü suçun genel suçtan ayırt edilmesini sağlayan önemli bir diğer unsur ise, suç tipinde öngörülen özel ceza tehdidi ve özel cezalandırılabilirliktir. Yani bu unsur, kendi içerisinde özel bir ceza tehdidi içermesi ve özel bir cezalandırılabilirlik içermesi olarak iki alt unsur da barındırmaktadır. Özgü suçun özel cezalandırılabilirlik unsuru, suçun kanuni tanımında belirtilen faillik alanı sınırlandırılmış olan kişilerin özel ceza tehdidi altında olmalarını, bir diğer deyişle “*intraneus*”un sınırlandırılmış cezalandırılabilirliğini ifade etmektedir. Özgü suç, genel suçtan özel haksızlıkta olduğu gibi sınırlandırılmış ve özelleştirilmiş ceza tehdidi ve cezalandırılabilirliği sayesinde ayrılmaktadır.

¹⁸ Haksızlık (*Unrecht*) ile değersizlik (*Unwert*) terimleri muhteviyatları itibari ile birbirlerinden farklı olduğundan bu iki terimi ayrı olarak kullanmaya özen gösterilmiştir.

Normlara uygun olan, doğru olan davranış “*hakk*” (*Recht*) olan bir davranıştır, aynı zamanda bu davranış olumlu manada bir değer (*Wert*) de ifade etmektedir. Davranış normları, kişilerin belli davranışlarının doğru olmadıklarının, haksızlık (*Unrecht*) teşkil ettiklerinin tespit edilmesini sağlar. Dolayısı ile bu davranış normları toplumda değer yargısının da oluşumunu sağlamaktadır. Bu normlar sayesinde fiilin değerlendirmesini yapmak mümkün olmaktadır ki, buna “*davranış normunun değerlendirme fonksiyonu*” (*Bewertungsfunktion der Norm*) denilmektedir. Daha detaylı açıklamalar için bkz: Özgeç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.130, 131.

Genel suç, tipe uygun ve hukuka aykırı nitelikteki haksızlığı ifade etmekte ve herkes için aynı ceza tehdidi ve cezalandırılabilirliğin öngörüldüğü suç iken, özgü suçta genel suçtan farklı olarak belirli faillik alanındaki kişiler için ceza tehdidi öngörülmekte ve cezalandırılabilirlik sınırlandırılmaktadır. Özgü suçlarda, suçun kanuni tanımında özel bir ceza tehdidi ve cezalandırılabilirliğin öngörülmesinin neticesinde, “*intraneus*”, “*extraneus*”a göre farklı bir ceza tehdidi ile karşılaşmaktadır.

Özel cezalandırılabilirlik unsuru, esasen özel haksızlık unsurunun bir devamı, bir neticesi görünümündedir. Çünkü özgü suçta cezalandırmanın farklılaştırılması, bilhassa artırılması, suç tipinde öngörülen haksızlık içeriğinin daha yoğun ya da artırılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durum, suçun temel şekline göre daha ağır cezanın öngörüldüğü suçun nitelikli şeklinin özgü suç olması halinde ortaya çıkabileceği gibi bundan bağımsız olarak farklı bir suç tipi ile düzenlenerek de karşımıza çıkabilir. Örneğin, resmi belgede sahtecilik suçunun herkes tarafından işlendiği suçun temel şekline nazaran bu suçun kamu görevlisi tarafından işlendiği nitelikli halinde kamu görevlisi için cezalandırılabilirlik daha özel ve daha yüksek olarak öngörülmektedir. Örneğin, eziyet suçu herkes tarafından işlenebilir iken, işkence suçu sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilir ve işkence suçunda daha özel ve daha yüksek ceza öngörülmektedir.

E. Fiil Hakimiyeti Unsuru

1. Fiil Hakimiyeti Unsurunu Kabul Eden Görüşler

Fiil hakimiyeti teorisine göre, suçun işleniş sürecine hakim olan kişi fail olarak belirlenmektedir. Fiil hakimiyeti, hukuk doktrinde iştirake failliğın sınırlandırılması için ana prensip olarak düşünülmüştür¹⁹. Suç olarak tanımlanan haksızlıklarda, fiil hakimiyetinin kurulması kıstastır²⁰. Fiil hakimiyeti, objektif ve subjektif içerikte bir kavram olarak anlaşılmakta ve kasten suçun icrası üzerinde kurulan hakimiyet olarak ifade edilmektedir. Fiil hakimiyeti teorisinin esasına göre,

¹⁹ Freund, **a.g.e.**, s.332, kn.42.

²⁰ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.140.

merkezi konumda yer alarak olayı planlı bir şekilde düzenleyebilen veya beraber tasarlayabilen ve suçun işlenmesini isteğine göre engelleyebilen veya suçun işlenmesine izin verebilen kişi faildir²¹.

Fiil hakimiyeti kavramının özgü suç bakımından özel bir anlamı bulunmaktadır. Çünkü doktrinde bir görüş, belli grup suçlarda kişinin fiil üzerinde hakimiyet kurma koşulu aranmaksızın fail olarak sorumlu olabileceğini iddia etmektedir. Bu anlamda, fiil hakimiyeti unsurunu kabul eden görüşleri ve devamında bu unsuru kabul etmeyen görüşleri gerekçeleri ile incelemek gereklidir. Fiil hakimiyeti unsurunu kabul eden görüşlerin gerekçeleri birbirinden farklı argümanlara dayanmaktadır. Bu görüşler ve gerekçeleri Türk ve Alman ceza hukuku bakımından bu kısımda ayrı ayrı incelenecektir.

İştirakte bağıllık kuralının düzenlendiği TCK m.40 hükmünün gerekçesinde, özgü suçun faili olabilmek için yalnızca özel faillik niteliğini haiz olmanın yeterli olmayabileceği, aynı zamanda fiil üzerinde hakimiyet kurulmasının da gerekli olabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca gerekçede, örnek olarak resmi belgede sahtecilik suçunun işlenişine iştirak eden kamu görevlilerinin bu suçun nitelikli hali açısından müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmeleri için fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmalarının gerekli olduğu örnek verilerek açıklanmıştır. Bu kapsamda, 5237 sayılı TCK'da özgü suçun faili olabilmek için özel faillik niteliğinin yanı sıra fiil hakimiyeti koşulunun da gerekli olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca özgü suçlar bakımından fiil hakimiyetine istisna öngörüldüğüne ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır.

Türk doktrininde özgü suçlarda fiil hakimiyetini kabul eden görüşe göre, suçun kanuni tipinde öngörülen haksızlığın gerçekleşmesi için özel yükümlülüğün, belirli bir özelliğinin yanı sıra fiil üzerinde hakimiyet de kurulması gereklidir²². Bu görüşü desteklemek amacıyla örnek olarak kamu görevlisi olan bir kişi ile kamu görevlisi olmayan bir kişinin resmi belgede sahtecilik suçunu işlemeleri halinde

²¹ Freund, **a.g.e.**, s.332, kn.42, 43.

²² Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.140, 317; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.954; Gökçen, Balci, **Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83)**, s.184.

kamu görevlisi olmayan kişinin suçun temel şekline göre, kamu görevlisi olan kişinin ise suçun nitelikli şekline göre cezalandırılması gösterilmiştir²³. Ancak bu örnek çerçevesinde fiil hakimiyetinin hangi koşullarda ve ne suretle bulunması gerektiği izah edilememiş ve atıf yapılan Yargıtay kararı ile fiil hakimiyeti unsuru arasında bağlantı kurulamamıştır.

Özgü suçlarda fiil hakimiyetini kabul eden görüşün ilk gerekçesine göre, özel yükümlülüğün ihlalinin düzenlendiği suçlarda fail, ancak bu özel yükümlülük altındaki kişi olabilir ve failin suçun kanuni tanımında öngörülen fiil üzerinde hakimiyet kurması gereklidir²⁴. Özgü suçlarda “*intraneus*”, ancak fiil üzerinde hakimiyet kurması halinde fail olabilmektedir²⁵. Özel yükümlülüğü taşıyan kişilerin (*intraneus*) dışındaki kişilerin yani özel yükümlülüğe aykırı davranışa katkıda bulunmama yükümlülüğü altındaki kişilerin özgü suça iştirak etmeleri halinde şerik olarak sorumlu tutulmaları gerekmektedir²⁶. Bu görüşün ikinci gerekçesine göre, özel faillik niteliğini haiz olmayan kişilerin şerik olarak sorumlu olmalarının sebebi, sadece özel niteliği haiz failin kendisinin fiil hakimiyeti kurabilmesidir²⁷.

Türk doktrininde fiil hakimiyeti koşulunu kabul eden bir diğer görüşe göre, fiil üzerinde hakimiyet kuran bir kimsenin özel faillik sıfatını taşıması dolayısı ile fail olarak kabul edilmemesi anlaşılmamaktadır. Bu görüşe göre, failin sıfatından ziyade fiil üzerindeki hakimiyetinin esas alınması gereklidir²⁸. Bu kısım ile ilgili görüşlerimize, suç tipinde faile ilişkin belirli bir özelliğin öngörülmesi unsuru kapsamında yer vermiş bulunduğumuzdan bu kısma atıf yapmak ile yetiniyoruz.

Alman doktrininde özgü suç bakımından ancak suçun kanuni tanımında sınırlandırılmış fail alanına dahil olan kişilerin fiil hakimiyeti kurabileceği kabul edilmektedir. Bu görüşün gerekçesine göre, faile ilişkin kişisel unsur, artırılmış yükümlülüğün dışında ayrıca özellikle ihlal edilen hukuki değer konusuna ilişkin

²³ Gökçen, Balcı, **Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83)**, s.184.

²⁴ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.171, 317; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.954.

²⁵ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.167.

²⁶ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.172, 317.

²⁷ Soyaslan, **a.g.e.**, s.494, 495.

²⁸ Aydın, **a.g.e.**, s.274; Evik, **a.g.e.**, s.332.

olarak fiil henüz tipikleştirilmeden önce (*vorstrafrechtlich*) varolan hakimiyet durumunu da içermektedir. Bahse konu bu hakimiyet durumunu ise sadece “*intraneus*” gerçekleştirebilir. İhlal edilen hukuki değere karşı “*intraneus*”un özel bir durumu vardır. Bu özel durumu özel olarak belirtilen bir kişi grubu içerisinde olması ile bitmemektedir ya da normal bir vatandaştan daha büyük ölçüde belirli hukuki değerleri koruma yükümlülüğü altında olması ile de bitmemektedir²⁹. Bu görüşe göre, özgü suça yardım eden olarak iştirak eden “*extraneus*”un fiil hakimiyetine sahip olup olmamasına göre ayırım yapılabilmesi imkansızdır. “*Extraneus*” bu ihlali kendisi gerçekleştiremez, aksine azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak edebilir, bu hukuki durumun ihlaline ilişkin olarak fiil üzerinde hakimiyet kuramaz³⁰.

2. Fiil Hakimiyeti Unsurunu Kabul Etmeyen Görüşler

Fiil hakimiyeti unsurunu kabul etmeyen görüşleri, mutlak olarak kabul etmeyen görüşler ve nisbi olarak kabul etmeyen görüşler olarak iki alt gruba ayırarak incelemekteyiz. Mutlak olarak kabul etmeyen görüş, özgü suçlar bakımından hiçbir ayırım yapmaksızın fiil hakimiyeti unsurunun aranmaması gerektiği düşüncesinde iken, nisbi olarak kabul etmeyen görüş özgü suçlar veya hukuk yükümlülük suçları bakımından yapmış oldukları sınıflandırmaya göre fiil hakimiyeti unsurunu kabul etmekte ya da etmemektedir. Türk hukuk ve Alman hukuk doktrini bakımından bu görüşler gerekçeleri ile birlikte ayrı ayrı incelenecektir.

Türk doktrininde fiil hakimiyetini mutlak olarak kabul etmeyen görüşe göre, fiil üzerinde hakimiyet kuramamış olan özel faillik niteliğini haiz kişinin koşulları varsa ancak suça iştirak eden olabileceğine ilişkin kanun gerekçesindeki ifadenin somut olaylarda adaleti sağlayıp sağlamayacağı hususu belirsiz niteliktedir³¹. Bu yöndeki bir diğer görüşe göre de, özgü suça iştirak eden kişilerden birisi kanunda fail için öngörülen özelliği haiz ise ve diğerleri bu niteliği haiz olmamakla birlikte maddi

²⁹ Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch, § 29, kn.78.

³⁰ Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch, § 29, kn.78; Heine/Weißer, a.g.e., § 28, kn.82.

³¹ Savaşçı Temiz, a.g.m., s.2507.

davranış gerçekleştirmişse, bu takdirde özel fail niteliğini haiz olan kişi özgü suçtan sorumlu tutulmalıdır³².

Türk doktrininde fiil hakimiyeti unsurunu nisbi olarak kabul etmeyen Özgenç³³, özgü suçun benzer kavramlarla ilişkisi bağlamında yükümlülük suçları bahsinde de yer verdiğimiz gibi, yükümlülük suçlarını “*sırf yükümlülük suçları*”, “*hakimiyet ve yükümlülük suçları*” olarak ikiye ayırarak değerlendirme yapmakta ve bu ayırım neticesinde fiil hakimiyeti unsurunun varlığına ilişkin farklı neticelere ulaşmaktadır³⁴. Bu bağlamda, yükümlülük suçları tezi ile sırf yükümlülük suçlarında fiil hakimiyeti koşulu aranmaksızın sadece yükümlülük ihlalinin bu kapsamda değerlendirmek için yeterli olacağı savunulmaktadır³⁵. Bu görüşe göre, Türk doktrininde ağırlıklı olarak benimsenen “*gerçek özgü suçlar*” ifadesinin yerine tercih edilen “*sırf yükümlülük suçları*”nda fiil hakimiyet koşulu aranmaksızın yükümlülüğün ihlal edilmesi ile fail olarak sorumluluk söz konusu olmaktadır³⁶. Bu görüşün gerekçesi olarak ise, sırf yükümlülük suçlarında suçun kanuni tanımında bu yükümlülüğü ihlal eden belirli bir fiilin tanımlanmamış olmasından dolayı fiil

³² Aydın, eserinde verdiği örnekte kendisine tevdi olunan bir şeyin fiilen mal edinmesini hizmetliye bırakan kamu görevlisinin zimmet suçundan sorumlu tutulmaması için bir neden bulunmadığını ifade etmektedir (Aydın, **a.g.e.**, s.272).

³³ Özgenç, yukarıda yer verdiğimiz gibi özel yükümlülüğün yanı sıra fiil hakimiyetinin varlığını koşul olarak aramakta ise de, devamında yapmış olduğu “*sırf yükümlülük suçları*” ve “*hakimiyet ve yükümlülük suçları*” sınıflandırmasında, daha önce kabul etmiş olduğu genel kuraldan uzaklaşarak bu ayırım çerçevesinde fiil hakimiyeti kuralına istisna getirmiştir. Bkz: Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.290, 291; Özgenç, “**Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik**”, s.188.

³⁴ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.290, 291; Özgenç, “**Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik**”, s.188; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.81. Demirel’e göre ise bu ayırım, “*sırf yükümlülük suçları*” ve “*görünüşte yükümlülük suçları*” şeklindedir (Demirel, **a.g.e.**, s.136).

³⁵ İçel, Evik, **a.g.e.**, s.81; Demirel, **a.g.e.**, s.138; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.290; Özgenç, “**Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik**”, s.188.

³⁶ Özgenç, “**Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik**”, s.188; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.290; Demirel, **a.g.e.**, s.139.

Bu görüşe örnek olarak, güveni kötüye kullanma suçunda başkasına ait olan bir malın zilyetliği kendisine muhafaza etmesi veya belirli bir şekilde kullanması için devredilmiş olan ve bu şekilde yükümlülük altına girmiş olan kişi tarafından her şekilde işlenebileceği ifade edilmektedir (Demirel, **a.g.e.**, s.139). Bir başka örnek ise zimmet suçu ile ilgili olarak verilmiş, özel fail niteliğini haiz olan arka plandaki kamu görevlisinin fiil hakimiyetinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın sadece yükümlülük ihlali ile fail olarak sorumlu tutulabileceği ifade edilmiştir. Yazar, yükümlülük suçlarında failin özel faillik niteliğini haiz olması dolayısıyla icrai ya da ihmali hareketle gerçekleştirdiği her türlü katkının faillik sıfatı için yeterli olduğu görüşündedir (Demirel, **a.g.e.**, s.144).

üzerinde hakimiyet kurmasının da aranmaması gerektiği gösterilmiştir³⁷. Hakimiyet ve yükümlülük suçlarında ise, suçun nitelikli halinin temel şeklinden tek farkının failin belli bir niteliği haiz olması olduğu kabul edildiğinden, suçun temel şeklinde yer alan hareket nazara alınarak yükümlülük ihlalinin yanı sıra fiil hakimiyetinin de bulunması gerektiği ifade edilmektedir³⁸. Bir başka ifade ediliş şekli ile özel yükümlülük şartının arandığı suçlarda suçun kanuni tanımında özel yükümlülük şartının yanı sıra belirli bir fiilin de tarif edilmiş olması halinde, özel yükümlülük vasfını haiz olmak tek başına yeterli olmayıp fiil üzerinde hakimiyet de kurulması gerekir³⁹. Bu suçlara örnek olarak “*resmi belgede sahtecilik*” suçu gösterilmektedir. Fail olarak sorumlu olabilmek için objektif özel yükümlülük vasfı olan kamu görevlisi sıfatının yanı sıra fiil üzerinde hakimiyet kurması gereklidir⁴⁰. Bu görüşe göre, sırf yükümlülük suçlarında, fail fiil hakimiyeti kurmamış dahi olsa fail olarak sorumlu tutulmakta, hakimiyet ve yükümlülük suçlarında ise özel yükümlülüğü haiz olmasının yanı sıra, fiil hakimiyeti de aranmaktadır.

Alman doktrininde fiil hakimiyeti unsurunu mutlak olarak kabul etmeyen *Roxin*, fiil hakimiyetinin evrensel bir ilke olmadığını ifade etmektedir ve failliğin

³⁷ Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik”, s.188; Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, s.345.

³⁸ İçel, Evik, a.g.e., s.81; Demirel, a.g.e., s.140.

Bu görüşe örnek olarak ise, kasten öldürme suçunun altsoy, üstsoy, eş veya kardeşe karşı işlenmesi şeklindeki nitelikli halinde failin özel faillik niteliğini haiz olması ve fiil hakimiyetinin de bulunması gerektiği ifade edilmiştir (Demirel, a.g.e., s.141).

Fiil hakimiyeti koşulunun aranması bakımından yükümlülük suçları arasında bu şekilde bir ayırım yapılmasını kabul eden *Demirel*, bu görüşünü şöyle bir örnek ile desteklendirmektedir. Örneğin, (A) kişisi, annesini öldürmek üzere kiralık katil tutar ve annesini bu şekilde öldürtür. Bu halde (A) kişisi, kasten öldürme suçunun üstsoya karşı işlenmesinden kaynaklanan nitelikli hali bakımından fiil hakimiyetine sahip değildir. Bu sebeple de, kasten öldürme suçunun temel şekline azmettiren olarak sorumluluğu söz konusu olacak ve bu durum da kişinin altsoy, üstsoy, eş ya da kardeşini bizzat öldürmek yerine bir başka kişiye işletmesine yol açacaktır (Demirel, a.g.e., s.148, 149). *Demirel*, fiil hakimiyeti koşulunun aranması bakımından nisbi görüşü kabul etmekle birlikte bahsetmiş olduğu adaletsiz durumlar bakımından önerdiği bu görüş de çözüm üretmemektedir. Yazar, bahse konu kasten öldürme suçunun nitelikli hali bakımından da fiil hakimiyeti koşulunu aramış olduğundan fiil üzerinde hakimiyet kurmayıp suçu başkasına işletmesi halinde de sonuç değişmeyecektir. Cezalandırma bakımından adaletsizliğe yol açan bu duruma ilişkin çözüm, fiil hakimiyeti unsurunun kabul edilip edilmemesinden ayrı olarak özgü suça iştirake ilişkin kurallarda yapılacak normatif değişiklik ile çözülebilecektir ve bu sorunlu alana ilişkin çözüm önerimize üçüncü bölümde yer verilecektir.

³⁹ Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.291; Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik”, s.188; Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, s.345.

⁴⁰ Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik”, s.188, 189; Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, s.345.

belirlenmesinde fiil hakimiyetinin kullanılamayacağı ceza hükümlerinin bulunduğunu kabul etmektedir⁴¹. Yükümlülük suçları kısmında detaylı bir şekilde açıkladığımız üzere *Roxin*, suçları “*hakimiyet*” ve “*yükümlülük*” suçları olarak ikiye ayırmakta, hakimiyet suçlarında failin fiil üzerinde hakimiyet kuran kişi olduğunu kabul etmektedir. Yükümlülük suçlarında ise, özgü yükümlülük ihlalinin başkaca bir özelliğe bakılmaksızın tek başına failliği oluşturduğunu kabul etmektedir. *Roxin* bu suçlarda, bu suçların kendine münhasır özelliğinin özgü yükümlülüğün ihlal edilmesi olduğunu ve fiil hakimiyeti gibi failliğin diğer unsurlarından tamamen bağımsız olduğunu kabul etmektedir⁴². Yükümlülük suçları öğretisi, yükümlülük suçlarının özgü yükümlülükten bağımsız olarak fail ve yardım eden arasındaki farkı fiil hakimiyetine göre yapabilmesi, ayrıca özgü yükümlülüğün kendisinin bu tür suçlarda fiil hakimiyetine dayanması yönlerinden farklılaşmaktadır⁴³. Örneğin, Alm. CK § 266’da yer alan “*güveni kötüye kullanma*” suçunda sadece güven yükümlülüğü altındaki kişi güveni kötüye kullanmaya yönelik hareket üzerinde hakimiyet kurabilir⁴⁴. Özetle bu görüşe göre, yükümlülük suçları bakımından fiil hakimiyeti unsuru gerekli değildir.

3. Fiil Hakimiyeti Unsuruna Yargıtay’ın Bakış Açısı

Yargıtay kararlarında ilk olarak özgü suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği sistematik olarak incelenmemekte, özgü suçta doğrudan bir kriter olarak belirlenmese dahi dolaylı olarak failin özel niteliği haiz olup olmadığı tartışıldıktan sonra fiil hakimiyeti unsuru tartışılmaksızın cezai sorumluluk belirlenmektedir. Örneğin, Yargıtay tarafından verilen bir kararda kamu görevlisi sıfatının kanuni tanımları üzerinde durulmuş, neticesinde belediyelerin görevi kapsamında bulunan zabıta hizmetlerinin kamusal faaliyet teşkil ettiği, sanıkların kamu görevlisi sıfatı taşıdıkları ve bu sebeple irtikap ve rüşvet suçlarından fail olarak

⁴¹ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.353 vd.; Chen, *a.g.e.*, s.29.

⁴² Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.106, kn.267, 268; Grunst, *a.g.m.*, s.549; Chen, *a.g.e.*, s.29; Deichmann, *a.g.e.*, s.9; Herzberg, *a.g.m.*, s.901; Krause, *a.g.e.*, s.35; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24.

⁴³ Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich *Strafgesetzbuch*, § 29, kn.79.

⁴⁴ Puppe in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich *Strafgesetzbuch*, § 29, kn.79; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.384; Chen, *a.g.e.*, s.35.

sorumlu tutulmalarına engel bulunmadığı içtihat edilmiştir⁴⁵. Bu kararda da görüldüğü gibi, failin belirli özel niteliği haiz olduğu tespit edildikten sonra başkaca bir kriter araştırılmaksızın fail olarak sorumlu tutulması gerektiğine karar verilmiştir. Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda da benzer şekilde zimmet suçunun ancak kamu görevlisi tarafından işlenebileceği, sözlü de olsa görevlendirildiği veya fiilen para tahsili yaptığı hallerde gerçekleştirdiği mal edinme eylemlerinin zimmet suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir. Ayrıca sanıkların kamu görevlisi sıfatını haiz olup olmadığının, koruma ve gözetim sorumluluklarının bulunup bulunmadığının açık bir şekilde belirlenmesi gerektiği içtihat edilmiştir⁴⁶. Ancak fiil üzerinde hakimiyet kurulup kurulmadığı tartışılmamıştır. Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, failin belirli bir özel niteliği haiz olduğunun tespit edilmesi halinde başkaca bir husus irdelenmeksizin fail olarak sorumlu tutulması yönünde karar verilmekte ve özgü suçun tek unsuru olarak failin belirli bir özelliği haiz olması gerektiği kabul edilmektedir.

İkinci olarak Yargıtay kararlarında özgü suç ile ilgili olarak fiil hakimiyeti unsuru tartışılmamakla birlikte hangi ölçü ve koşullarda fail olarak sorumlu tutulması gerektiğinin içeriği de doldurulmamaktadır. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, kamu görevlisinin bilgisi dahilinde paranın idarenin hesapları yerine bir şirkete aktarılmasında kamu görevlisinin zimmet suçundan sorumlu tutulmasına hükmedilmiştir⁴⁷. Bahse konu Yargıtay kararına konu olan zimmet suçu gibi görev suçlarında koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan bir kişinin ne ölçüde fiil hakimiyetine sahip olması gerektiği de önem taşımaktadır⁴⁸. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, zimmet suçunda kamu görevlisinin görevi gereği zilyetliği

⁴⁵ Yargıtay 5.CD., 2014/5629 E., 2014/9538 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 08.09.2018).

⁴⁶ Yargıtay 5.CD., 2014/5169 E., 2017/4564 sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 08.09.2018).

Yargıtay 5.CD. tarafından verilen 22.05.2017 tarih ve 2014/7950 E., 2017/2271 K. sayılı kararında, ambar memuru olarak görev yapan sanığın görev ve sorumluluk kapsamının ve suça konu ürünlerin kendisine görevi sebebiyle teslim edilip edilmediğinin, muhafaza ve görev sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti gerektiği içtihat edilmiştir (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2014-7950.htm>, Çevrimiçi, 25.09.2018).

⁴⁷ Yargıtay 5. CD., 19.01.2015 tarih ve 2014/10647 E., 2015/1096 K. sayılı karar (Demirel, **a.g.e.**, s.150).

⁴⁸ Demirel, **a.g.e.**, s.152.

kendisine devir veya teslim edilen ya da koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal veya eşyalar üzerinde görevinin gerekleriyle bağdaşmayan bir tasarrufta bulunması koşullarının gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁹. Yargıtay'ın bazı kararlarında fail olarak sorumlu tutmak için salt menfaatin bulunup bulunmadığının esas alındığı görülmektedir⁵⁰. Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarında fiil hakimiyeti unsurunun kabul edildiği hallerde de ölçü ve kriterlerin ne şekilde belirleneceği geliştirilmemiştir.

Yargıtay kararlarında özgü suçun unsurları yönünden sistematik bir inceleme yapılmadığı, bu suç grubunun içeriğini oluşturan unsurların belirlenmediği ve bilhassa fiil hakimiyetinin tartışılmadığı anlaşılmaktadır. Kararlara konu olaylarda, özgü suç bakımından fiil hakimiyeti unsuru gerçekleşmemiş olsa dahi içeriğinin tartışılarak doldurulması ve değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

4. Değerlendirme ve Görüşümüz

Özgü suçun unsurları bakımından fiil hakimiyeti unsurunun kabul edilip edilmemesinin ya da kabul edilmemişse mutlak yahut nisbi bir şekilde kabul edilmemesinin en önemli hukuki sonucunu iştirak bakımından ceza sorumluluğu oluşturmaktadır. Bu kısımda özgü suçun bir unsuru olarak kabul edilip edilmemesinin hukuki sonucunun ortaya konulması bakımından önemli olması dolayısıyla yalnızca bu bağlantı ile sınırlı olarak değerlendirilmektedir. Bir örnek üzerinden açıklamak yardımcı olacaktır. Failin kamu görevlisi sıfatını haiz olması koşulunun arandığı zimmet suçunda, kamu görevlisinin görevi nedeniyle kendisine verilmiş olan bir malı bilgisi dahilinde kamu görevlisi olmayan bir başka kişiye aldırması ve bu malı birlikte paylaşımları durumunda, fiil hakimiyeti unsurunun kabul edilip edilmemesinin iştirak bakımından cezai sorumluluklarının nasıl

⁴⁹ Yargıtay CGK., 2012/5-1275 E., 2013/419 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 19.09.2018).

⁵⁰ Demirel, **a.g.e.**, s.150.

Yargıtay 5.CD. tarafından verilen 26.03.2015 tarih ve 2014/8320 E., 2015/8802 K. sayılı karara göre, zimmete konu paralarla ilgili ayrıca maddi bir menfaatinin olmadığı kabul edildiğinden beraatine karar verilmesi gerekmektedir (Demirel, **a.g.e.**, s.152).

belirleneceği noktasında önemi bulunmaktadır. Fiil hakimiyeti unsurunun kabul edilip edilmemesine göre farklı hukuki neticeler tezahür edecektir.

Verdiğimiz örnekte, fiil hakimiyeti unsuru kabul edilirse, bir özgü suç olan zimmet suçunda failin kamu görevlisi özel niteliğini haiz olmasının yanı sıra fiil üzerinde hakimiyet kurması gerektiği de aranacağından ve olayda suç teşkil eden fiili bir başkası gerçekleştirdiğinden kamu görevlisi fail olarak sorumlu olamayacaktır. Fiil hakimiyeti unsurunu mutlak olarak kabul etmeyen görüşe göre, kamu görevlisi fail olarak sorumlu olabilecektir. Fiil hakimiyeti unsurunu nisbi olarak kabul etmeyen görüşe göre ise, zimmet suçunun “sırf yükümlülük suçu” ya da “hakimiyet ve yükümlülük suçu” mu olduğuna göre yahut bir diğer ayrım olan “hakimiyet suçu” mu yoksa “yükümlülük suçu” mu olduğuna göre yanıt değişecektir. Zimmet suçu, “sırf yükümlülük suçu” ya da “yükümlülük suçu” olarak kabul edildiğinden dolayı fiil hakimiyeti unsuru aranmaksızın kamu görevlisi, sadece kamu hizmetinden kaynaklanan yükümlülüğü haiz olduğu için fail olarak sorumlu olacaktır.

Yükümlülük suçlarını kabul eden ve yükümlülük suçlarını “sırf yükümlülük suçları” ve “hakimiyet ve yükümlülük suçları” olarak ayıran görüşe göre, suçun kanuni tanımında özel yükümlülüğün yanı sıra belli bir fiilin tanımlanmış olup olmamasına göre fiil hakimiyeti koşulu kabul edilmektedir. Ancak suçun kanuni tanımında her durum ve koşulda belirli bir fiil tanımlanmaktadır ve bu belirli fiilin yanı sıra faille ilgili bir özellik de aranmış olabilir. Başka bir deyişle, özel yükümlülüğün yanı sıra belirli bir fiil değil, belirli bir fiilin yanı sıra özel bir yükümlülük öngörülmüş olabilir. Çünkü bir suçun oluşumu açısından fiil tanımlanması zorunlu iken, özel bir yükümlülüğün tanımlanması zorunlu değildir.

Fiil hakimiyeti unsurunun özgü suçlar bakımından bir istisna oluşturmadığı ve bir suçtan fail olarak sorumlu tutulabilmek için tüm suçlar bakımından gerekli bir koşul olduğu ve tabii olarak da özgü suçun bir unsuru olduğu düşüncesindeyiz. Bu görüşümüze dayanak gerekçeler şu şekildedir:

İlk olarak, suçun kanuni tanımında fail olmak için belirli bir özelliğin öngörüldüğü suçlarda, sınırlandırılmış fail alanında bulunan kişiler dışındakiler

(*extraneus*) de fiil hakimiyeti kurabilir ya da tam tersi şekilde “*intraneus*” fiil üzerinde hakimiyet kuramayabilir. Özgü suçlarda, özel niteliği haiz fail, fiil hakimiyeti kurmuş olabilir ya da olmayabilir. Bu sebeple failin “*intraneus*” olmasından doğrudan fiil hakimiyeti de kurmuş olduğu neticesine ulaşılmasının doğru olmadığı düşüncesindeyiz.

İkinci olarak, bir suçtan fail olarak sorumlu olabilmek için gerekli olan fiil hakimiyeti ile suçun faillik alanına göre yapılan sınıflandırma arasında doğrudan bir bağlantı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle fiil hakimiyeti, genel suç ve özgü suç bakımından bir özellik arz etmemektedir. Suçun kanuni tanımında fail için özel bir yükümlülük, nitelik, durum ya da ilişkinin aranmış olması, fiil hakimiyeti bakımından bir istisna getirmemektedir. Fail olarak sorumlu olmak için gerekli olan fiil hakimiyeti koşulu, özgü suçlar bakımından da geçerlidir.

Üçüncü olarak suçun kanuni tanımında öngörülen belirli özelliği haiz failer arasında fiil hakimiyeti kurmuş olup olmamasına bakılmaksızın salt bu özelliği taşıdığı için fail olarak sorumlu tutmanın önemli bir kısım neticeleri bulunmaktadır. Şöyle ki; bu durum, özgü suç grubunun faillik alanına dahil olan kişiler arasında fiil hakimiyeti kurmuş olup olmamasının farklı hukuki neticelerinin göz ardı edilmesine ve dolayısıyla cezalandırma bakımından adaletsiz sonuçların doğmasına yol açabilecektir.

Dördüncü olarak pozitif hukuk açısından baktığımızda özgü suçlar bakımından fiil hakimiyetine istisna öngören normatif bir düzenleme bulunmadığı için faillik için öngörülen genel kuralın geçerli olduğu düşüncesindeyiz. Bu sebeplerle özgü suçlarda fiil hakimiyeti unsuru yönünden istisna oluşturmaya yönelik görüşün pozitif hukuk açısından bir dayanağı da bulunmamaktadır.

II. ÖZGÜ SUÇUN SINIFLANDIRILMASI

A. Genel Açıklamalar

Özgü suç konusuna ilişkin detaylı ve monografik nitelikteki çalışmalar sınırlı olduğundan özgü suçun sınıflandırılması hususunda yapılan çalışmalar yeterli

düzeyde değildir. Özgü suçun sınıflandırılmasına ilişkin bir çalışma Türk doktrininde bulunmamak ile birlikte Alman doktrininde de oldukça sınırlı sayı ve kapsamdadır.

Alman doktrininde ilk kez *Nagler* tarafından özgü suçun sınıflandırması yapılmıştır, ancak bu sınıflandırma bugünkü anlamında sistematik şekilde yapılmamıştır. İlk grup, failin özel fiziksel durumunun (*cinsiyet*) suçun objektif unsuru olarak belirlendiği suçlardır. İkinci grup, soyut ya da somut olarak hukuki elverişsizliğin belirlendiği suçlardır. Somut olarak hukuki elverişsizlik, belli hareketlerin suç tipinin yapısında kullanılan spesifik hukuki karakteri kazanması ya da kaybetmesine göre belirlenmektedir. Örneğin, fail ile mağdur arasındaki evlilik ilişkisinin zorla cinsel ilişkinin ırza geçme kategorisinde Alm. C § 177. paragrafının (*eski düzenlemesindeki halinin*) uygulanmasını ortadan kaldırması gibi. Aynı şekilde fail ile mağdur arasında akrabalık ilişkisi yoksa, bu zorla gerçekleştirilen cinsel ilişki, ensest suçunu (*Alm. CK § 173*) oluşturmaz. Soyut olarak hukuki elverişsizlik ise, belli suçlarda doğrudan failliğin özel hukuki niteliğe bağlı olması ve failin bu özel hukuki nitelikleri taşıması ve bu unsurları taşımayan kişinin bu suçun faili olmamasına ilişkindir⁵¹. Bu kişisel özellikler, suçun temel şeklini ya da cezayı değiştiren şeklini oluşturabilir. *Nagler*, failin kişisel niteliğini suçun doğasına ilişkin olarak (*asker olmama, sivil olma, kamu görevlisi olmama*) ve sadece pozitif hukuk düzenlemesine dayalı olarak bulunabileceğini belirtmiş ve bu şekilde iki gruba ayırmıştır⁵².

Baumbach von Kaimberg tarafından yapılan sınıflandırmada, özgü suç u işleyebilecek kişilerin özel türleri esas alınmıştır. Yazara göre, özel hukuki değeri ihlal edebilecek özel nitelikteki kişilerin fiziksel özelliği, bedensel yapısı ya da hukuki esasa dayanan bir özelliği öngörülmüş olabilir⁵³. Bu sınıflandırmaya göre özgü suç, fiziksel özellikler (*cinsiyet*), hukuki esasa dayanan özellikler (*kamu görevi mesleği, iş ve meslek, kamu hukukundan kaynaklanan durum, özel hukuktan*

⁵¹ Nagler, **a.g.e.**, s.2.

⁵² Nagler, **a.g.e.**, s.3.

⁵³ Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.1.

kaynaklanan durum), fiili ilişkiler (*araç sahibi olma, ev hayvanı sahibi olma*) ve vatandaşlık olarak gruplandırılmıştır⁵⁴.

Langer tarafından yapılan sınıflandırma, kendisinden önceki sınıflandırmalara göre daha gelişmiş ve daha sistemli bir incelemeye dayanmaktadır. Özgü suçun sınıflandırılma türleri, ne ilgili suçun yapısı, ne de hukuki neticeleri ile ilgili değildir, özgü suça özeldir⁵⁵. Yazar, “*gerçek – gerçek olmayan*”, “*hukuki – fiziksel*”, “*doğal – pozitif hukuk*”, “*faile bağlı – neticeye bağlı*”, “*mutlak – nisbi*” olarak ayırım yapılmıştır. Bu sınıflandırma, özgü suçlarda suç süjesinin sınırlandırılmasına ilişkindir⁵⁶. Bu sınıflandırma, özgü suçun tanımına bağlı olmamakla birlikte tanımlamanın bir parçasını oluşturmaktadır. Çünkü mevcut tanım unsurlarının yanı sıra ek koşullar öngörülmektedir⁵⁷.

Özgü suçun kavramsal incelemesinin bir uzantısı olarak bu suç grubunun içerisinde yer alan farklı görünüm şekillerinin sınıflandırılmasının pek çok açıdan faydası bulunmaktadır. Şöyle ki; özgü suçun daha iyi anlaşılması, sorunlu alanların tespit edilmesi ve bu sorunlara ilişkin olarak çözüm üretilmesi ve bilhassa özgü suçun sınırlarının daha net bir şekilde çizilmesi için oldukça önemli olduğu düşüncesindeyiz. Özgü suçun mahiyetini oluşturan tanım ve unsurlara paralel bir sınıflandırma, faillik alanına göre suçların sınıflandırılması, genel suç ve özgü suç grupları arasındaki sınırın belirlenmesi, doktrinde kabul edilen benzer suç grupları ile ayırımının daha net bir şekilde yapılması için fayda sağlayacak olmak ile birlikte ceza hukuku genel hükümler çalışmaları kapsamında da böylesi bir metodun kullanılmasının fayda sağlayacağı düşüncesindeyiz.

Bu bağlamda, özgü suçun sınıflandırılması kapsamında, failin özelliğinin suçun temel şeklinde ya da nitelikli şeklinde olmasına göre (*gerçek – gerçek olmayan*), failin fiili durumu, belirli bir tabii ya da hukuki niteliği haiz olmasına

⁵⁴ Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.16, 17.

⁵⁵ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.381.

⁵⁶ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.372-376.

⁵⁷ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.371.

Langer, özgü suçun sınıflandırılmasının özgü suç kavramının tanımında değişikliğe yol açıp açmadığını ve tanımlama ile sınıflandırma arasındaki ilişkiyi de incelemiştir (*Langer, Die Sonderstrafat*, s.371, 376-388).

yahut belirli bir ilişki içerisinde olmasına göre, suç tipinde failin özelliğinin açık ya da kapalı olarak belirlenmesine göre (*açık – zımni*) ve failin özel yükümlülüğünün ceza hukukundan ya da ceza hukuku dışından kaynaklanmasına göre ayırım yapılarak incelenmiştir.

B. Failin Özelliğinin Temel Suç Tipinde veya Suçun Nitelikli Halinde Öngörülmesine Göre Ayırım

1. Genel Açıklamalar

Faillik alanına ilişkin sınırlandırmanın suçun temel şeklinde ya da suçun nitelik şeklinde gerçekleşmiş olmasına göre özgü suç, gerçek özgü suç ve gerçek olmayan (*görünüşte*) özgü suç olarak ayrılmaktadır. Bu sınıflandırma, Türk doktrininde de, Alman doktrininde de ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Yargıtay kararlarında da bu ayırımın kabul edildiğini görmekteyiz⁵⁹.

Türk doktrininde bu ayırımı kabul etmek ile birlikte terminolojik anlamda farklılık taşıyan bir görüşe göre, failin özelliğinin suçun temel şeklinde belirtilmesi “*sırf yükümlülük suçları*”, suçun nitelikli şeklinde belirtilmesi ise, “*görünüşte yükümlülük suçları*” olarak adlandırılmıştır⁶⁰.

Türk doktrininde bir görüşe göre, failin belli nitelikleri haiz olmasının arandığı suçlarda, bu nitelikleri haiz olmayan bir fail tarafından fiilin işlenmesi, başka bir normu ihlal ediyorsa, bu takdirde bu norm genel norm, bahse konu

⁵⁸ Jescheck, **a.g.e.**, s.275; Wagner, **a.g.e.**, s.69; Frister, **a.g.e.**, s.104, kn.23; Schmidt, **a.g.e.**, s.48, 68; Murmann, **a.g.e.**, s.68, 69; Krey, Esser, **a.g.e.**, s.93, kn.227; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s.14, kn.54; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.372; Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.38; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.104, 105, kn.90; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.130; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15; Zafer, **a.g.e.**, s.136; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Kolcu, **a.g.e.**, s.127; Akbulut, **a.g.e.**, s.364; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.291, 292; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 218; Özen, **a.g.e.**, s.231.

⁵⁹ Yargıtay CGK., 27.09.2018 tarih ve 2015/1189 E., 2018/377 K. sayılı karar; Yargıtay CGK., 27.03.2018 tarih ve 2015/625 E., 2018/118 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 10.04.2019).

⁶⁰ Demirel, **a.g.e.**, s.117.

“*Sırf yükümlülük suçu*” kavramına Türk doktrininde ilk kez Özgenç tarafından yer verilmiş olmakla birlikte Demirel aynı terimi içerik olarak daha farklı anlamda kullanmıştır. Demirel tarafından yapılan “*sırf yükümlülük suçu-görünüşte yükümlülük suçu*” ayrımı ile Özgenç tarafından yapılan “*sırf yükümlülük suçu-hakimiyet ve yükümlülük suçu*” ayrımı içerik olarak birbirinden farklıdır.

niteliklerin arandığı norm ise, özel norm olarak kabul edilmektedir. Bu halde “*özel norm-genel norm*” ilişkisi bulunduğu ifade edilmektedir⁶¹. Burada bahsedilen özel norm-genel norm ilişkisi, ancak suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebildiği, nitelikli şeklinin belli nitelikleri haiz kişiler tarafından işlenebildiği gerçek olmayan özgü suç bakımından geçerli olabilir.

Alman doktrinde bu ayrımın karşılığı olarak “*echte-unechte*” terimlerinin yanı sıra, “*eigentliche-uneigentliche*” ve “*reine-gemischte*” terimleri de kullanılmaktadır⁶². Tüm bu kullanım şekilleri, “*gerçek-gerçek olmayan*” ifadesine karşılık gelmektedir. Gerçek olmayan özgü suç türü için doktrinde yaygın bir şekilde kullanılan “*görüñüşte*” ifadesinin yerine “*gerçek olmayan*” ifadesini kaynağı olan Alman doktrinde ileri sürülen “*unechte*” kelimesini daha iyi karşıladığını düşündüğümüz için tercih etmiş bulunmaktayız.

Alman doktrinde, özgü suçun karşılığı olan genel suçun varlığı ya da yokluğuna göre olan ayrım, özgü suçun sınıflandırmaları içerisinde en yaygın olarak kabul edilen ayrımdır. Bu sınıflandırma, “*klasik*” olarak adlandırılmıştır, değişmeyen terminolojiye rağmen bu sınıflandırma, genel hukuk doktrinine karşılık bugünlerde artık tamamen farklı anlamlarda kullanılmaktadır⁶³. Alman doktrinde çoğunlukla özgü suç, dar anlamda ve geniş anlamda olarak iki gruba ayrılmaktadır. Suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebilmesi, ancak suçun daha ağır cezayı gerektiren halinin belirli fail alanında bulunan kişiler tarafından işlenebilmesi geniş anlamda; buna karşılık özel niteliğin suçun temel şeklini oluşturması dar anlamda özgü suç

⁶¹ İçel, “*Görüñüşte İctima İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu*”, s.41, 42.

Özgü suç ve genel suç arasındaki ilişki, özel-genel norm ilişkisi içerisinde değerlendirilmektedir. Bkz: Yargıtay CGK., 16.04.2019 tarih ve 2015/960 E., 2019/467 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 30.10.2019); Yargıtay CGK., 07.03.2019 tarih ve 2017/115 E., 2019/171 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, Çevrimiçi, 31.10.2019).

⁶² Langer, *Die Sonderstrafat*, s.372, 374; Nagler, *a.g.e.*, s.21; Zieschang, *a.g.e.*, s.25, kn.38; Schmidhäuser, *a.g.e.*, s.104, 105, kn.90; Mezger, *a.g.e.*, s.94.

⁶³ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.372.

olarak ifade edilmektedir⁶⁴. Yani bu görüşe göre, gerçek özgü suç dar anlamda iken, gerçek olmayan özgü suç geniş anlamdadır.

Alman doktrinde farklı yönde bir görüşe göre ise, hem gerçek hem de gerçek olmayan özgü suç, garantörsel özgü suç olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, özgü suçun “*gerçek*” ve “*gerçek olmayan*” olarak adlandırılması, özel niteliğin tanımlanması için uygun değildir. Çünkü özel nitelik her zaman “*gerçek*”tir⁶⁵. Bu görüşe göre, bir suçta “*gerçek olmayan*” nitelik bulunmamaktadır.

Alman doktrinde gerçek ve gerçek olmayan özgü suç ayrımını kabul eden *Mezger*, bu ayrımı sadece gerçek özgü suçlar için kabul etmekte, gerçek olmayan özgü suçlarda suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği haiz olmayan kişinin dolaylı fail olabileceğini mümkün görmemektedir⁶⁶.

Gerçek-gerçek olmayan özgü suç ayrımı, Alman literatüründe görev suçları için de kullanılmaktadır. Bu görüş, gerçek-gerçek olmayan görev suçlarını “*echte-unechte Amtsdelikte*” şeklinde ayırmaktadır⁶⁷. Bu görüşe göre gerçek olmayan görev suçları, diğer kişiler tarafından da işlenebilir. Ancak kamu görevlisi tarafından işlenirse haksızlığın içeriğinin değişmesi dolayısı ile daha ağır cezalandırılır. Gerçek olmayan görev suçları, bir suç genel suç iken, görev yükümlülüğü ihlal edildiğinde daha ağır cezanın öngörüldüğü suçlardır⁶⁸. Bu ayrım, görev suçlarında özel durumlar için Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından da esas alınmaktadır⁶⁹.

⁶⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.373; Krey, Esser, **a.g.e.**, s.93, kn.228.

⁶⁵ Chen, **a.g.e.**, s.251.

⁶⁶ Mezger, **a.g.e.**, s.228.

⁶⁷ Wagner, **a.g.e.**, s.25; Langer, **a.g.m.**, s.256; Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.38.

⁶⁸ Wagner, **a.g.e.**, s.166.

⁶⁹ RGSt 28, 100, 102; 55, 180, 182; BGHSt 3,349, 351; 5, 76, 81; 14, 123, 129 (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.373).

Alman İmparatorluk Mahkemesi’ne göre, cezayı değiştiren haller, yani suçun nitelikli halleri tipikliğin bir parçası olup, Alm. CK § 50 kapsamında yer almamaktadır. Buradaki memur niteliği, “*saf*” (*rein*) memur suçları değil, “*karişik*” (*gemischt*) memur suçlarıdır. Bkz: RGSt 55, 180, 182, (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.373, 374).

Esasen Alman doktrinde bu ayrımın karşılığı olarak farklı terimler kullanılsa da bu ayrımın yapılmasının sebebi, Alm. CK § 28 hükmüdür⁷⁰. Bu adlandırmanın ve ayrımın tek ve en önemli pratik anlamı, 28.paragrafın 1. ve 2. fıkralarının uygulanması bakımındandır⁷¹. Gerçek ve gerçek olmayan özgü suç ayrımı, Alm. CK § 28’de yer alan iştirak hükmü bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Ancak bu ayrımın TCK m.40 düzenlemesi ve uygulaması bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

Özgü suçun gerçek ve gerçek olmayan şeklinde sınıflandırılmasının anlamı, gerekliliği ve sonucu iştirakte ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca suç tipinde fail için öngörülen belirli özelliğin suçun temel şeklinde ya da nitelikli şeklinde olması, haksızlığın özelleştirilmesi, yoğunluğu ve cezanın farklılaştırılması, artırılması bakımından da önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu nedenlerle özgü suç grubu içerisinde böylesi bir sınıflandırmanın gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

2. Gerçek Özgü Suç

Suçun temel şeklinde, failin belli bir özelliği aranmak suretiyle faillik alanı sınırlandırılmışsa, bu özgü suç türüne gerçek özgü suç denilmektedir⁷². Bu suçlar münhasıran özel faillik vasfını taşıyan kişiler tarafından işlenebilirler⁷³. Gerçek özgü suç, Yargıtay tarafından da kabul edilmekte, failin özelliğinin suçun kurucu unsuru olarak tanımlandığı suçlar gerçek özgü suç olarak ifade etmektedir⁷⁴. Suçun temel

⁷⁰ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.374.

⁷¹ Chen, **a.g.e.**, s.251; Krey, Esser, **a.g.e.**, s.93, kn.228, s.94, kn.229; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s.14, kn.54; Langer, **a.g.m.**, s.255.

⁷² Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.174; Bock, **a.g.e.**, s.39; Jescheck, **a.g.e.**, s.275; Frister, **a.g.e.**, s.328, kn.23; Schmidt, **a.g.e.**, s.48; Krey, Esser, **a.g.e.**, s.93, kn.228; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s.14, kn.54; Zafer, **a.g.e.**, s.136; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.206; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.663; Taşkın, **a.g.e.**, s.138; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.291; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 218; Özen, **a.g.e.**, s.231.

⁷³ Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.174; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.105, kn.90; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.206; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Kolcu, **a.g.e.**, s.127; Akbulut, **a.g.e.**, s.364.

⁷⁴ “298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun m.154/2 hükmüne göre yargıç, yargıç sınıfından sayılanlar, askeri şahıslar, bu Kanunun m.62/2 hükmünde yer alan memur ve hizmetliler, *“adaylık hükümlerine aykırı hareketler ve propaganda yapamayacak*

şeklinde faile ilişkin belirli bir özelliğin arandığı gerçek özgü suçlara örnek olarak irtikap (TCK m.250), zimmet (TCK m.247), rüşvet (TCK m.252), görevi kötüye kullanma (TCK m.257) suçlarını gösterebiliriz.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda, faillik sadece yükümlülüğünü ihmal eden kişinin garantörlüğü ile mümkün olduğundan ve bahse konu garantörlük yükümlülüğü de suçun temel şeklinde öngörüldüğünden dolayı gerçek olmayan ihmali suçlar gerçek özgü suçlardır⁷⁵. Örneğin, anne babanın çocuğuna karşı bakım yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucunda çocuk öldüğünde, gerçek özgü suç olan “*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*” suçu oluşur (TCK m.83)⁷⁶.

Alman doktrinde gerçek özgü suçun günümüzdeki anlamının özel kişisel unsurun suçun temel şeklinde tanımlanan suçlar olduğu ifade edilmektedir⁷⁷. Gerçek özgü suç anlayışında, faile ilişkin özel unsurun suçun temel şeklini oluşturan bir etkisi bulunmaktadır⁷⁸. Gerçek özgü suçlar, suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenemediği suçlardır⁷⁹. Suçun temel şeklinin daha ağır ya da daha hafif şekli değilse, yani bağımsız bir suç söz konusu ise ve failin niteliği belirli bir unsur gerektiriyor ise, özel nitelik suçun temel şeklinde bulunmaktadır⁸⁰. Gerçek özgü suçu özgü yükümlülüğe dayandırarak açıklayan görüşe göre, gerçek özgü suç, sadece özgü yükümlülük altındaki kişi tarafından işlenebilen suçtur ve nitelik olarak özgü yükümlülüğün suçun temel şeklini oluşturduğu suçtur⁸¹.

olanlar” suçun faili olabileceğinden gerçek özgü suç sınıfındadırlar” (Yargıtay CGK., 27.03.2018 tarih ve 2015/625 E., 2018/118 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 10.04.2019).

⁷⁵ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Taşkın, **a.g.e.**, s.138; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.291.

⁷⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.291.

Türk doktrinde bir görüşe göre, bizzat işlenebilen suçlar da gerçek özgü suç kapsamındadır (Taşkın, **a.g.e.**, s.138).

⁷⁷ Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.174; Krey, Esser, **a.g.e.**, s.93, kn.228; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.372.

⁷⁸ Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.174; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.373; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.130; Bock, **a.g.e.**, s.39; Krey, Esser, **a.g.e.**, s.93, kn.228; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s.14, kn.54.

⁷⁹ Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.38; Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn. 174; Schmidt, **a.g.e.**, s.48, kn.119.

⁸⁰ Schmidt, **a.g.e.**, s.48.

⁸¹ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.16; Frister, **a.g.e.**, s.104; Murmann, **a.g.e.**, s.68, kn.14.

Kanun koyucu gerçek özgü suçları (*gerçek görev suçlarında olduğu gibi*), temelde yatan genel haksızlığın tipikleştirilmesinden vazgeçerek “*intraneus*” tarafından ilgili hukuki değere yönelik tehdit gerçekleştiğinde ihdas etmektedir⁸². Gerçek özgü suça örnek olarak, Alm. CK § 339’da yer alan “*hukuku kasten ihlal ederek yapılan uygulama*” suçu⁸³; Alm. CK § 203’de yer alan “*özel sırların ihlali*” suçu ve Alm. CK § 204’de yer alan “*başka birinin sırlarından yararlanma*” suçu⁸⁴; Alm. CK § 283’de yer alan “*hileli veya taksirli iflas*” suçu⁸⁵; Alm. CK § 266a’da yer alan “*işçinin ücretini ödememe ve ihtilas*” suçu⁸⁶; Alm. CK § 332’de yer alan “*rüşvet alma*” suçu⁸⁷ gösterilmektedir.

3. Gerçek Olmayan Özgü Suç

Gerçek olmayan özgü suçun tanımı tartışmasız gözükmektedir⁸⁸. Suçun temel şekli herkes tarafından işlenebilirken, nitelikli şekli belli özelliği haiz fail tarafından gerçekleştirilebiliyorsa bu tür suçlara gerçek olmayan (*görüniüşte*) özgü suç denilmektedir⁸⁹.

⁸² Langer, **a.g.m.**, s.256.

⁸³ Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.38; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.130; Bock, **a.g.e.**, s.39; Bohlander, **a.g.e.**, s.35; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.38; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.339, kn.51; Langer, **Die Sonderstraftat**, s.372.

⁸⁴ Ulsenheimer, **a.g.e.**, kn.4; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.105, kn.90.

Bu suçların gerçek özgü suç olmasının sebebi, failin sadece kanunda açıkça sır saklama yükümlülüğü altında oldukları belirtilen kişilerin olabilmesidir. Bu suçlarda hastanın sırrını iyiniyetli olarak doktora getiren kişi, ne dolaylı fail ne de azmettiren olarak cezalandırılmaz (Ulsenheimer, **a.g.e.**, kn.4).

⁸⁵ Gerhard Pape, Wilhelm Uhlenbruck, Joachim Voigt-Salus in: **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus Insolvenzrecht**, 2. Auflage, 2010, kn.19.

Bu suç herkes tarafından işlenebilir, ancak bu maddenin 1.fıkrasının 5 ve 7 no’lu bentleri ticaretle uğraşan kişiler ile sınırlandırılmıştır, sadece kriz içerisinde bulunan borçlular tarafından bu suç işlenebildiğinden özgü suç karakterini de ortaya çıkarmaktadır. Bu suçun gerçek özgü suç olmasının sebebi, failinin sadece bireysel iflas işlemlerini yapan kişi olmasıdır. (Pape, Uhlenbruck, Voigt-Salus in: **Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus Insolvenzrecht**, kn.19).

⁸⁶ Brigitte Tag in: **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch**, 5. Auflage, 2017, kn.18.

⁸⁷ Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn.174; Frister, **a.g.e.**, s.328, kn.23; Schmidt, **a.g.e.**, s.48; Krey, Esser, **a.g.e.**, s.93, kn.229.

⁸⁸ Chen, **a.g.e.**, s.228.

⁸⁹ Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.38; Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn. 175; Bock, **a.g.e.**, s.40; Jescheck, **a.g.e.**, s.275; Krey, Esser, **a.g.e.**, s.93, kn.229; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, s.14, kn.54; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.292; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 218; Özen, **a.g.e.**, s.232; Zafer, **a.g.e.**, s.136, 137; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.206; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.663; Taşkın, **a.g.e.**, s.138; Akbulut, **a.g.e.**, s.364; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.81; İçel, **a.g.e.**, s.303.

TCK'da gerçek olmayan özgü suç niteliğinde olan pek çok suç bulunmaktadır. Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu herkes tarafından işlenebilirken, bu fiilin kamu görevlisi tarafından nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesi (TCK m.109/3-d)⁹⁰ ya da resmi belgede sahtecilik suçu herkes tarafından işlenebilirken (TCK m.204/1), bu suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi (TCK 204/2)⁹¹, cinsel istismar suçunun üst soy tarafından işlenmesi (TCK m.103/3)⁹², kasten öldürme suçunun üstsoy, altsoy, eş ya da kardeşe karşı işlenmesi (TCK m.82/1/d), kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun kamu görevlileri tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılarak işlenmesi (TCK m.137/1/a), devletin egemenlik alametlerini aşağılama suçunda (TCK m.300/3) tanımlanan fiillerin yabancı bir ülkede Türk vatandaşı tarafından işlenmesi, gerçek olmayan özgü suçlardır. Nüfuz ticareti (TCK m.255) suçu, 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile gerçek özgü suç olmaktan çıkarılmış ve failin kamu görevlisi olması suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenerek gerçek olmayan özgü suç olmuştur⁹³.

Türk doktrininde gerçek olmayan özgü suçu kabul etmeyen bir görüşe göre, herkes tarafından işlenebilen suçlarda failin kamu görevlisi olması halinde cezanın artırılması öngörülmüş ise, bu suçlar gerçek olmayan özgü suç olmazlar, failin sıfatından kaynaklanan nitelikli hali oluştururlar⁹⁴.

Alman doktrininde gerçek olmayan özgü suça ilişkin tartışmalar uzun zamandır görmezden gelindiği için adeta ceza hukukunun üvey evladı olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda monografi ve makalelerin bulunmadığı görülmektedir. Ceza hukuku genel hükümler kısmında gerçek özgü suçlar ile karşılaştırma amacı ile

⁹⁰ Zafer, a.g.e., s.137.

⁹¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.206; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115; Akbulut, a.g.e., s.364; İçel, Evik, a.g.e., s.81; İçel, a.g.e., s.303, 304; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, a.g.e., s.292; Özen, a.g.e., s.232.

⁹² Demirel, a.g.e., s.118.

⁹³ Bkz: Yargıtay CGK., 12.06.2018 tarih ve 2014/813 E., 2018/285 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 10.04.2019). Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay CGK., 21.05.2013 tarih ve 2012/1270 E., 2013/248 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 11.04.2019).

⁹⁴ Özen, a.g.e., s.232.

sadece kısa açıklamalara yer verildiği ve ceza hukuku özel hükümler kısmında basit ifadelerle sınırlı bir anlatıma yer verildiği görülmektedir⁹⁵.

Alman doktrinde gerçek olmayan özgü suçlarda, suçun nitelikli şeklinin sadece cezalandırılabilirliği değiştiren bir işlevinin olduğu ifade edilmektedir⁹⁶. Suç tipinde nitelikli hal, suçun temel şeklinin ek spesifik unsurlarla zenginleştirilmesi halinde ve daha ağır bir ceza öngörülmesi durumunda söz konusu olmaktadır⁹⁷. Gerçek olmayan özgü suç, hukuki değerin temel ihlalinin genel suç olarak tipikleştirildiği suçlardır⁹⁸. Gerçek olmayan özgü suç söz konusu olduğunda, hem genel suç hem de özgü suçta hukuki değer ihlali için ceza öngörülmektedir. Yalnız özgü suçta bu ceza daha ağırdır, çünkü özgü yükümlülük ihlal edilmektedir ve bundan dolayı hareketin değersizliği artmaktadır⁹⁹. Gerçek olmayan özgü suç, özgü yükümlülüğe dayandıran görüşe göre bu suç grubu, özgü yükümlülüğün ihlal edilmesi ile özel bir hukuki neticenin öngörüldüğü suçlardır ve bu halde özgü yükümlülük, suçun daha ağır cezayı gerektiren halini oluşturur¹⁰⁰.

Gerçek olmayan özgü suçların suçun daha ağır ve daha hafif nitelikli hallerini mi yoksa yalnızca daha ağır nitelik hallerini mi kapsadığı hususu Alman doktrinde tartışmalıdır. Gerçek özgü suçlarda suçun temel şekli etkilenirken, gerçek olmayan özgü suçta sadece suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali etkilenmektedir¹⁰¹. Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali, suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebildiği suçlardır¹⁰². Bir görüşe göre, gerçek olmayan özgü suç sadece suçun daha ağır cezayı gerektiren halleri için geçerlidir¹⁰³. Ancak bu tanım, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halini inceleme dışında bıraktığı için yeterli görülmemektedir¹⁰⁴. Alm. CK'da suçun daha az cezayı

⁹⁵ Chen, **a.g.e.**, s.228.

⁹⁶ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.372.

⁹⁷ Zieschang, **a.g.e.**, s.25, kn.38.

⁹⁸ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.105, kn.90.

⁹⁹ Wagner, **a.g.e.**, s.166.

¹⁰⁰ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.17; Wagner, **a.g.e.**, s.166.

¹⁰¹ Chen, **a.g.e.**, s.228; Frister, **a.g.e.**, s.104, kn.23; Schmidt, **a.g.e.**, s.48; Murmann, **a.g.e.**, s.69, kn.15; Krey, Esser, **a.g.e.**, s.93, kn.229.

¹⁰² Schmidt, **a.g.e.**, s.48, kn.119a; Krey, Esser, **a.g.e.**, s.93, kn.229; Jescheck, **a.g.e.**, s.275.

¹⁰³ Jescheck, **a.g.e.**, s.275.

¹⁰⁴ Frister, **a.g.e.**, s.104, kn.23; Chen, **a.g.e.**, s.228.

gerektiren nitelikli hali olup, aynı zamanda gerçek olmayan özgü suç için § 218’de yer alan “*çocuk düşürtme ve düşürme*” suçunun hamile kadın tarafından işlenmesi örnek olarak verilebilir¹⁰⁵. Bu nedenle *Roeder ve Chen*’in de kabul ettiği gibi gerçek olmayan özgü suçun daha ağır cezayı ya da daha hafif cezayı gerektiren fail niteliğini değiştiren suç olarak tanımlanması daha kesin bir tanımdır¹⁰⁶.

Düşüncemize göre, gerçek olmayan özgü suçlarda, suç tipinde fail bakımından öngörülen belirli özellik, suçun daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren nitelikli halinde bulunabilir. Fail için öngörülen özellik, haksızlık yoğunluğunun artmasından dolayı suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinde karşımıza çıkabileceği gibi haksızlık yoğunluğunun azalmasından dolayı suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinde de çıkabilir. Örneğin, TCK m.144/1/a’da “*hırsızlık*” suçunun paydaş ya da elbirliği ile malik olan kimsenin eşya üzerinde işlemesi halinde daha az ceza verilmesinin öngörülmesi ya da m.144/1/b’de bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde yahut TCK m.150/1’de “*yağma*” suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde daha az ceza verilmesinin öngörülmesi gibi. Örneğin, Alm. CK § 216’da yer alan “*mağdurun isteğiyle adam öldürme*” suçunda ciddi ölüm isteği üzerine öldürme daha az cezayı gerektiren kişisel unsur olarak dikkate alınır¹⁰⁷.

Çoğunlukla gerçek olmayan özgü suçlarda, gerçek olmayan görev suçlarında iki norm olduğu düşünülmektedir: Norm süjesinin daha detaylı olarak karakterize edilmediği genel norm ve süjenin daha detaylı tanımlandığı özel norm. Buna karşılık gerçek özgü suçlarda ise, sadece bir norm bulunmaktadır ve bu norm

¹⁰⁵ Chen, **a.g.e.**, s.230.

¹⁰⁶ Chen, **a.g.e.**, s.228.

¹⁰⁷ Alm. CK § 216’da yer alan “*mağdurun isteğiyle adam öldürme*” suçunun suçun temel şekli olarak mı (BGHSt 1, 370; 22, 677; 24, 106; 25, 287; NStZ 1981, 299) düzenlendiği, yoksa cezayı değiştiren bir sebep olarak mı düzenlendiği konusu tartışmalıdır. Mahkeme kararlarına göre, § 211, § 212 ve § 216 birbirinden bağımsız üç ayrı suç olarak kabul edilmektedir. Doktrinde hakim olan görüşe göre ise, § 212 suçun temel şekli, § 211 suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekli ve § 216 ise, daha hafif cezayı gerektiren nitelikli şekli olarak kabul edilmektedir. (Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.75, kn.44).

da özeldir. Burada norm süjesi somut durumda özel yükümlülüğün taşıyıcısı olmaktadır¹⁰⁸.

Alm. CK'da gerçek olmayan özgü suça örnek olarak Alm. CK § 340'da yer alan "görev sırasında yaralama" suçu (temel şekli Alm. CK § 223'de yer alan "yaralama suçu"dur)¹⁰⁹; Alm. CK § 258a'da yer alan "görev başında suçluyu kayırma" suçu (temel şekli Alm. CK § 258'de yer alan "suçluyu kayırma" suçudur)¹¹⁰ gösterilmektedir.

Bu sınıflandırma, gerçek ve gerçek olmayan görev suçları bakımından önemlidir. Çünkü gerçek özgü suçlarda şerikte özel kişisel unsur eksik ise, § 28/1'e göre cezada indirimde yol açar, gerçek olmayan ihmali suçlarda ise, "extraneus"un § 28/2'e göre genel suç çerçevesinde cezalandırılmasına yol açar. § 343.paragrafta yer alan "zorla ifade alma" suçu, gerçek olmayan görev suçu olarak kabul edilirse, iştirak eden "extraneus" hakkında § 28/2'nin uygulanmasının yolu açılır ve böylece § 240'da yer alan "zorlama" suçuna göre cezalandırılarak ceza miktarı 10 yıldan 3 yıla düşürülmüş olur; bu suç gerçek görev suçu olarak kabul edilirse, § 28/1 uygulanır ve ceza sadece 7,5 yıla düşürülmüş olur. Bu hüküm, daha ağır cezaya neden olan gerçek olmayan özgü suçtur ve aynı zamanda gerçek olmayan görev suçu (uneigentliche Amtsdelikte) olarak da adlandırılmaktadır¹¹¹.

Alman doktrin ve içtihatlarında kasten öldürme ve cinayet suçlarının düzenlendiği Alm. CK § 211 ve 212.paragrafları arasında birinin diğerinin nitelikli hali mi olduğu, yoksa birbirlerinden bağımsız suçlar mı olduğu hususlarında tartışma bulunmaktadır. Bu suçların kanunda düzenlenme şekilleri açık ve belirli nitelikte olmadığından Alman doktrin ve uygulamasında geniş bir tartışma alanı ortaya çıkarmıştır. Bu tartışma, cinayet suçunun düzenlendiği § 211'in gerçek olmayan

¹⁰⁸ Wagner, a.g.e., s.68.

¹⁰⁹ Zieschang, a.g.e., s.25, kn.38; Heinrich, a.g.e., s.61, kn. 175; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.130; Bock, a.g.e., s.40; Chen, a.g.e., s.229; Murmann, a.g.e., s.69, kn.15; Krey, Esser, a.g.e., s.93, kn.229; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.372; Bohlander, a.g.e., s.35; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.38; Radtke, a.g.m., s.643.

¹¹⁰ Zieschang, a.g.e., s.25, kn.38; Bock, a.g.e., s.40; Chen, a.g.e., s.229; Schmidt, a.g.e., s.48; Krey, Esser, a.g.e., s.93, kn.229; Wessels, Beulke, Satzger, a.g.e., s.14, kn.54.

¹¹¹ Chen, a.g.e., s.229, 230.

özgü suç olup olmadığının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Dolayısıyla bu problem, Alm. CK § 28 ile bağlantılıdır. Bu hükmün uygulanabilirliği, kasten öldürme ve cinayet suçu arasındaki ilişkinin nasıl belirlendiğine bağlıdır.

Alman doktrinde hakim olan görüşe göre, 211.paragrafta yer alan cinayet suçuna iştirak eden kişi, Alm. CK § 28/2'ye göre cezalandırılır¹¹². Doktrinde hakim olan bu görüşe göre, eğer cinayet (*Mord*), kasten öldürmenin (*Totschlag*) nitelikli hali olarak kabul edilirse, Alm. CK § 28/2 uygulanır¹¹³. Bu görüşe göre, burada sadece ceza miktarının sınırında değişim bulunmaktadır. Alm. CK § 28/2'nin lafzında yer alan "*hakkında uygulanır*", sadece hukuki sonucu ifade etmez, kanunu da ifade eder¹¹⁴. Örneğin, A, B'yi sırf maddi menfaat amacı ile öldürse, C de A'ya para kazanma amacı olmaksızın yardım etse, A, 211.paragraftan ve C, 212.paragraftan sorumlu olur¹¹⁵. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre ise, bu iki hüküm birbirinden bağımsız suçlar olup, bağımsız değersizlik içeriği bulunmakta, bu her iki suçun unsurları sorumluluk oluşturmakta, cezayı artırmamakta ya da azaltmamakta, cinayet unsuru suçun temel şeklini oluşturmaktadır¹¹⁶. Eğer içtihatlar ile kabul edildiği şekilde bu suçlar birbirinden bağımsız kabul edilirse, şerikte özel kişisel unsur bulunmadığında Alm. CK § 28/1 uygulanır. Bu durumda, azmettirenin cezasında artış olmaz, indirim olur, kasten öldürme suçuna azmettirmeden cezalandırılır¹¹⁷. Örneğin, B1 kendi amcasını maddi menfaat ile öldürmüştür. B2 ise,

¹¹² Bohlander, **a.g.e.**, s.174; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.226, kn.601.

¹¹³ Bock, **a.g.e.**, s.630; Kasiske, **a.g.e.**, s.79, kn. 210; Sabine Tofahrn, **Strafrecht AT II**, 2.Auflage, C.F. Müller, München, 2010, s.121, kn.163; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.226, kn.601; Radtke, **a.g.m.**, s.643; Heinrich, **a.g.e.**, s.599, kn.1359.

¹¹⁴ Bock, **a.g.e.**, s.631.

¹¹⁵ Bohlander, **a.g.e.**, s.174; Heinrich, **a.g.e.**, s.599, kn.1359; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.226, kn.601; Radtke, **a.g.m.**, s.643.

Örneğin, B1, B2'nin miras bırakan amcasını özel bir menfaati olmadan öldürmüş ve maddi menfaati olan B2, suçu işlemesi için B1'e silah vermiştir. Cinayet suçu için özel kişisel unsur olan maddi menfaat B2'de bulunur iken, B1'de bulunmamaktadır. Suç tipinin değişmesine göre, B2, kasten öldürme suçuna değil, cinayet suçuna yardım etmekten dolayı cezalandırılmalıdır (Bock, **a.g.e.**, s.630; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.227, kn.601).

¹¹⁶ Bohlander, **a.g.e.**, s.175; Heinrich, **a.g.e.**, s.599, kn.1359; Kasiske, **a.g.e.**, s.78, kn. 210; Tofahrn, **SAT-II**, s.121, kn.163; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.226, kn.601.

Kararlar için bkz: BGHSt I, 368 (370); BGHSt 2, 251 (255); BGHSt 6, 329 (330); BGHSt 22, 375 (377); BGHSt 36, 231 (233); BGHSt 50, I (5); BGH NStZ-RR 2002, 139 (Heinrich, **a.g.e.**, s.599, kn.1359; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.226, kn.601).

¹¹⁷ Bock, **a.g.e.**, s.630; Heinrich, **a.g.e.**, s.599, kn.1359; Tofahrn, **SAT-II**, s.121, kn.163; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.226, kn.601.

B1'e maddi menfaat olmaksızın suçu işlemesi için silah vermiştir. Öğretide hakim olan görüşe göre, burada suçu tipi değişikliği vardır ve B2, cinayet yerine kasten öldürme suçuna yardım etmekten cezalandırılır. İçtihatlarla göre ise, cinayet suçuna yardım etmekten cezalandırılır ve cezası Alm. CK § 28/1'e göre 49/1 gereğince indirilir¹¹⁸.

Kasten öldürme ve cinayet suçlarına ilişkin olarak doktrin ve içtihatlarla yer alan görüşler şu şekilde özetlenebilir:

Alman içtihatlarına göre, § 211 ve § 212 birbirinden bağımsız suçlardır ve cinayet suçu gerçek özgü suç olduğundan § 28/1 uygulanmalıdır. Örnek vermek gerekirse, fail maddi menfaat ile öldürme suçunu işler ve yardım edende bu saik bulunmaz ise, fail § 211'e göre cezalandırılır ve şerik de bu suça yardım eden olarak cezalandırılır ve cezası § 27/2 ile § 49/1'e göre indirilir. Alman doktrininde hakim olan görüşe göre ise, § 211 ve § 212 birbirinden bağımsız suçlar değildir. § 212, suçun temel şeklini oluştururken, § 211 ise suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır ve § 28/2 uygulanmalıdır. Örnek vermek gerekirse, fail maddi menfaat ile öldürme suçunu işler ve yardım edende bu saik bulunmaz ise, fail § 211'e göre cezalandırılır ve şerik ise § 212'ye yardım eden olarak cezalandırılır ve cezası sadece § 27/2'ye göre indirilir.

Düşüncemize göre, gerçek olmayan özgü suçların ortak özelliği, suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebilen genel suç olmasına rağmen, nitelikli şeklinin belirli özelliği haiz fail tarafından gerçekleştirilebilen özgü suç olmasıdır.

Gerçek ve gerçek olmayan özgü suç sınıflandırmasının gerekliliğini açıklarken ifade ettiğimiz gibi bu ayrımın ceza sorumluluğu ve iştirak bakımından önemi bulunmaktadır. Gerçek özgü suçlarda, suçun kanuni tanımındaki özellikleri

Eğer bu görüş doğru kabul edilirse, cinayet unsuru eksik olan fail cinayet suçuna azmettiren olur ve cinayet suçuna azmettirmek § 211, 26, 28/1 ve 49/1 en az üç yıl ile cezalandırılırken, kasten öldürme suçuna azmettirmek § 212, 26 olarak beş yıl ile cezalandırılmaktadır. Kasten öldürme suçu yerine cinayet suçunda böyle bir ceza indiriminin olması suça iştirakın cezalandırılmasının sebebine ilişkin tüm teoriler ile çelişir ve ne haksızlık düşüncesi, ne de kusur düşüncesi ile gerekçelendirilemez. (Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.75, kn.44).

¹¹⁸ Bock, **a.g.e.**, s.631; Kasiske, **a.g.e.**, s.79, kn. 210; Tofahrn, **SAT-II**, s.121, kn.163; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.226, kn.601

haiz olmayan kişi yani “*extraneus*”, bu suç bakımından fail olamaz, fail olarak fiili cezasız kalır ve özgü suçtan dolayı (*azmettiren ya da yardım eden olarak*) cezalandırılırken, gerçek olmayan özgü suçlarda “*extraneus*” suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu tutulur¹¹⁹. Bu ayırt edici özellik, düşüncemize göre gerçek ve gerçek olmayan özgü suç ayrımının da temel sebebini ve gerekçesini oluşturmaktadır.

C. Failin Özelliğinin Fiili Bir Duruma, Belirli Tabii veya Hukuku Niteliğe ya da Belirli Bir İlişkiye İlişkin Olmasına Göre Ayrım

1. Genel Açıklamalar

Failin özelliğ i fiili bir duruma, tabii veya hukuki niteliğe ilişkin olabileceğ i ya da failin içerisinde bulunduğ u belirli bir ilişkiye bağı olabileceğ i gibi bu özelliklerin dışında başka bir özelliğe ilişkin de olabilir. Ancak bu sınıflandırma içerisinde bu üç özelliğ in birbirleri ile olan yakın ilişkisinden dolayı bir gruplandırma içerisinde değ erlendirilmesinin uygun olacağ ı düşüncesindeyiz. Failin özelliğ i bu gruptan herhangi bir özelliğe ilişkin olabileceğ i gibi, hem bu gruptan bir özelliğe hem de diğ er sınıflandırmalardan birisine ilişkin olabilir.

Türk doktrininde *Dönmezer/Erman*, faillik alanında yapılan sınırlandırmada failin sahip olması gereken özellikleri fiili bir durumu, tabii veya hukuki niteliğ i haiz olmasına göre üç e ayırarak incelemektedir¹²⁰.

Alman doktrininde *Langer* failin özelliklerini, “*hukuki-fiziki*”, “*doğ al-pozitif hukuk*” olarak gruplandırmak suretiyle inceleme yapmaktadır¹²¹. Alman doktrininde “*hukuki-fiziki*” şeklindeki ayrıma dayalı olarak yapılan sınıflandırmanın ilgili hukuki sonuçlar üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Bu ayrımın pratik anlamı kısmen reddedilmesine rağmen, bu suç gruplarının iştirak öğ retisinde farklı türde

¹¹⁹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.374; Zieschang, *a.g.e.*, s.25, kn.38; Heinrich, *a.g.e.*, s.61, kn. 175; Chen, *a.g.e.*, s.229.

¹²⁰ Dönmezer, Erman, *a.g.e.*, Cilt:2, s.518.

Failin özelliklerini hukuki nitelik ve tabii nitelikler olarak ikiye ayıran görüş için bkz: Onarok, *a.g.e.*, s.34; Aydın, *a.g.e.*, s.270.

¹²¹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.374, 375.

neticelerinin bulunması nedeniyle söz konusu ayırım kullanılmaktadır. Bu görüşe göre, hukuki sebeplerden kaynaklanan özgü suçun aksine fiziksel sebeplerden kaynaklanan özgü suçu “*extraneus*” dolaylı faillik ve müşterek faillik ile işleyebilir¹²².

Düşüncemize göre, gerçek ve gerçek olmayan özgü suç ayırımından farklı olarak bu gruplandırmanın iştirak bakımından farklı hukuki neticeleri bulunmamaktadır. İştirak kısmında daha detaylı incelenecek olmak ile birlikte suç tipinde failin fiili bir durumu, belirli tabii ya da hukuki niteliği haiz olmasının ya da belirli bir ilişki içerisinde olmasının öngörülmesinin iştirak bakımından farklı sonuçlara yol açmayacağı görüşündeyiz. Bu sınıflandırmanın önemi ve faydası, özgü suçun farklı görünüm şekillerinin belirli gruplandırma metodu ile sistematik bir şekilde incelenmesini sağlamasıdır.

2. Failin Fiili Bir Durumu Haiz Olmasının Öngörüldüğü Özgü Suç

Failin fiili bir durumu haiz olmasının öngörüldüğü özgü suçlar da bulunmaktadır. Fiili durum, hukuki ya da tabii nitelik ile birlikte ya da failin belirli bir ilişki içerisinde olması ile birlikte yahut faile ilişkin başkaca bir özellik ile birlikte öngörülebileceği gibi münhasıran da öngörülebilir.

Örneğin, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun kamu görevlileri tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılarak işlenmesi (*TCK m.137/1/a*) suçunda, görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılarak işlenmesi faile ilişkin fiili bir durumdur ve gerçek olmayan özgü suçtur. Yine aynı suç ile ilgili olarak belli meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi (*TCK m.137/1/b*) faile ilişkin fiili bir duruma ve aynı zamanda gerçek olmayan özgü suça örnektir. TCK m.102’de yer alan cinsel saldırı suçu herkes tarafından işlenebilirken, maddenin 3.fıkrasında kamu görevlisi tarafından “*görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*” işlenmesi faile ilişkin fiili

¹²² Langer, **Die Sonderstrafat**, s.374, 375.

bir durumdur ve aynı zamanda gerçek olmayan özgü suçtur. TCK m.109'da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kamu görevlisi tarafından “*kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*” işlenmesi (TCK m.137/3/d), faile ilişkin fiili bir durumdur ve aynı zamanda gerçek olmayan özgü suçtur. Ya da TCK m.239'da yer alan “*ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*” suçunda sırrın sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olmasının öngörülmesi faile ilişkin fiili bir durumdur ve gerçek özgü suçtur. Yahut TCK m.204/2'de yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli halinde kamu görevlisine ilişkin olarak ifade edilen “*görevi gereği düzenlemeye yetkili*” olması özelliği, fiili bir durumdur.

3. Failin Belirli Tabii Nitelikleri Haiz Olmasının Öngörüldüğü Özgü Suç

Failin belirli tabii niteliği haiz olmasının öngörüldüğü özgü suçlar da bulunmaktadır. Tabii nitelik, fiili durum, hukuki nitelik ya da failin belirli ilişki içerisinde olması ile birlikte ya da faile ilişkin başkaca bir özellik ile birlikte öngörülebileceği gibi münhasıran da öngörülebilir.

Fiziksel sebeplere dayanan özgü suçlarda, “*extraneus*”un suçun kanuni tanımında öngörülen unsurları karşılayamaması onun fiziksel durumundan, özellikle de cinsiyetinden kaynaklanmaktadır. Bu grup içerisine giren özgü suçlar, suç süjesinin elverişli alanının sınırlandırılmasının suçun doğasından kaynaklandığı suçlardır¹²³.

Tabii niteliklerin en belirgin olanlarından biri, cinsiyettir¹²⁴. Örneğin, TCK m.100'de yer alan “*çocuk düşürme suçu*”nun kadın tarafından işlenmesi, hem tabii niteliğe hem de gerçek özgü suça örnektir. Örneğin, Alm. CK § 183'de yer alan “*teşhircilik*” suçunun erkek tarafından işlenebilmesi dolayısı ile fiziksel sebeplerden kaynaklanan özgü suç söz konusudur¹²⁵. Faile ilişkin özellik, cinsiyetin yanı sıra

¹²³ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.374, 375.

¹²⁴ Dönmezer, Erman, *a.g.e.*, Cilt:2, s.518; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.374.

¹²⁵ Langer, *a.g.e.*, s.374.

kadına özgü doğal ve geçici bir durumdan da kaynaklanabilir. Örneğin, yine TCK m.100’de yer alan “*çocuk düşürme suçu*”nun gebe tarafından işlenmesi gibi.

Doktrinde bir görüşe göre, belli meslek veya sanatı icra etmek de tabii nitelikler kapsamında kabul edilse de¹²⁶, bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü, bu durum kişinin doğal bir özelliği değil, meslek yaşantısı ile ilgili nesnel bir duruma ilişkin olup, koşullarına göre belirli hukuki nitelik ya da fiili durum kapsamında incelenmelidir.

4. Failin Belirli Hukuki Niteliği Haiz Olmasının Öngörüldüğü Özgü Suç

Failin belirli hukuki niteliği haiz olmasının öngörüldüğü özgü suçlar da bulunmaktadır. Hukuki nitelik, fiili durum ya da failin belirli ilişki içerisinde olması ile birlikte ya da faile ilişkin başkaca bir özellik ile birlikte öngörülebileceği gibi münhasıran da öngörülebilir.

Hukuki sebepten kaynaklanan özgü suçlarda ceza tehdidi belirli hukuki niteliği haiz olan kişiye yöneliktir. Bu suçlar, suç süjesinin sınırlandırmasının kanun koyucunun iradesine dayandığı suçlardır. Hukuki sebebe dayanan özgü suçlarda sınırlandırmanın sebebi, salt pozitif hukuka dayanmaktadır¹²⁷.

Suçun kanuni tanımında öngörülen özelliğin hukuki nitelik olup olmadığının belirlenmesi, faile ilişkin diğer özelliklere göre daha sorunlu olabilir. Failin özelliğinin hukuki nitelik olup olmadığının saptanması bakımından önerdiğimiz kriter, niteliği anlamak için hukuki bir dayanağa ihtiyaç bulunup bulunmadığıdır. Eğer nitelik, herhangi bir pozitif hukuk dayanağı olmaksızın açık ve net bir şekilde anlaşılabilir ve belirlenebiliyorsa hukuki nitelik değildir. Ancak aksi takdirde hukuki nitelik olup olmadığını belirlemek için hukuki bir norma ya da temele ihtiyaç varsa bu özellik, faile ilişkin hukuki niteliktir. Bu sebeptendir ki hukuki

¹²⁶ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.518.

¹²⁷ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.374, 375.

niteliğin suç normunda belirli ve açık bir şekilde düzenlenmiş olması kanunilik ilkesi bakımından da önem taşımaktadır.

Hukuki nitelikler, çeşitli hukuk dallarına ilişkin olabilir. Kamu hukukundan doğan bir nitelik olarak sadece vatandaşlar tarafından işlenebilen suçlar bu kapsamdadır. Vatandaşın anlaşılmasında, Vatandaşlık Kanunu'ndaki belirleme ve düzenlemeler önem taşımaktadır. Örneğin, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da yer alan bir kısım suçlar, sadece seçim ehliyetini haiz vatandaşlar tarafından işlenebilir¹²⁸. Örneğin, TCK m.300'de yer alan "*devletin egemenlik alametlerini aşağılama*" suçunda tanımlanan fiillerin yabancı bir ülkede Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde daha ağır ceza öngörülmüş olup, bu özellik, hukuki niteliğe ve aynı zamanda gerçek olmayan özgü suça örnektir.

İdare hukukundan kaynaklanan kamu görevlisi sıfatı da failin hukuki niteliğine ilişkindir. Kamu görevlisinin kapsamı ve sınırları halen tartışmalı halini korumak ile birlikte bu kavrama ilişkin pek çok tanım bulunmaktadır. Kamu görevlisi kavramının anlaşılması için Anayasa m.128, TCK m.6/1/c, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, yargı kararları ve doktrinde yapılan tanımlar yardımcı olmaktadır. TCK'da yer alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen rüşvet, zimmet, irtikap suçları, hem hukuki niteliğe hem de gerçek özgü suça örnektir. Resmi belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesinin daha ağır cezayı gerektiren nitelik hali ise, hem bu gruba hem de gerçek olmayan özgü suça örnektir. Özetle, görev suçları, hukuki sebepten kaynaklanan özgü suça örnektir¹²⁹.

Kamu hukukundan kaynaklanan bir diğer hukuki nitelik de asker sıfatını haiz olmaktır¹³⁰. Askeri suçlarda failin asker kişi olma koşulunun aranması faille ilişkin bir hukuki niteliktir. Asker olan kişilerin kapsamının belirlenmesine dayanak pozitif düzenleme, Askeri Ceza Kanunu'dur. As. CK m.61'de öngörülen "*seferberliği geciktirenlerin ve ihlal edenlerin cezası*" başlıklı suç, bu gruba örnektir.

¹²⁸ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.519.

¹²⁹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.374.

¹³⁰ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.519.

Kaynağını tıp hukukundan alan sağlık mesleği mensubu sıfatını haiz olmak da, hukuki niteliğe örnektir. Suç normunda yer alan doktor, ebe, diş hekimi, hemşire ve diğer sağlık mesleği mensuplarının kapsamının belirlenmesine dayanak pozitif düzenlenme, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'dur. TCK m.280'de yer alan "*sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi*" suçunda görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, fail olarak öngörülmüştür. Böylece suçun faili bakımından belirli bir hukuki nitelik öngörülmüştür ve aynı zamanda bu suç, gerçek özgü suça bir örnektir. Sınırlandırılmış bir fail alanı olan sağlık mesleği mensubu kapsamına kimlerin girmesi gerektiği ilgili pozitif dayanaklara göre belirleneceğinden faile ilişkin belirli bir hukuki niteliktir.

Hukuki nitelik, kamu hukukunun yanı sıra özel hukuktan da kaynaklanabilir. Örneğin, TCK m.233/1'de yer alan "*aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali*" suçunda, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi fail olarak öngörülmüştür. Aile hukuku kapsamındaki kişiler, medeni hukuka göre belirlenecektir. Dolayısıyla failin belirlenmesi pozitif hukuka dayanan bir hukuki niteliğe ilişkindir, aynı zamanda özel yükümlülük içermekte ve gerçek özgü suçu oluşturmaktadır.

5. Failin Belirli Bir İlişki İçerisinde Olmasının Öngörüldüğü Özgü Suç

Failin belirli bir ilişki içerisinde olmasının öngörüldüğü özgü suçlar da bulunmaktadır. Bu ilişki, hukuki nitelik, tabii nitelik ya da fiili durum ile birlikte ya da faile ilişkin başkaca bir özellik ile birlikte öngörülebileceği gibi münhasıran da öngörülebilir.

Suçun kanuni tanımında failin belirli bir ilişki içerisinde olmasına örnek olarak TCK m.82/1/d'de yer alan kasten öldürmenin nitelikli hallerinden kasten öldürme suçunun "*üstsoy veya altsoydan birine ya da eşe ve kardeşe karşı*" işlenmesini gösterebiliriz. Bu suç bakımından fail ile mağdur arasında özel bir

akrabalık ilişkisi aranmakta ve gerçek olmayan özgü suçu oluşturmaktadır. TCK m.96'da yer alan “*eziyet*” suçunun üstsoy, altsoy, babalık, analık ya da eşe karşı işlenmesinde de belirli bir akrabalık ilişkisi aranmakta ve gerçek olmayan özgü suçu oluşturmaktadır. TCK m.227'de yer alan “*fuhuş*” suçunun eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi belirli ilişkilere ve gerçek olmayan özgü suça örnektir. Alm. CK § 173'de yer alan “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*” hükmü kapsamında akrabalık ilişkisi, failin belirli bir ilişki içerisinde bulunmasına ve gerçek özgü suça örnektir.

D. Suç Tipinde Failin Özelliğinin Açık ya da Kapalı Olarak Belirlenmesine Göre Ayrım

1. Genel Açıklamalar

Suçun kanuni tanımında failin özelliği açık ya da kapalı olarak belirlenmiş olabilir. Bu sebeple özgü suçun bir diğer gruplandırması olarak açık-zımni özgü suç ayrımını yapmaktayız. Diğer sınıflandırmalarda olduğu gibi, burada da özgü suç açık ya da zımni olabileceği gibi bu özelliğinin yanı sıra bir başka gruplandırma kapsamında da ele alınabilir.

Açık ve zımni özgü suçun belirlenmesinde esas aldığımız kriter, suçun kanuni tanımında failin alanının açıkça sınırlandırılmış olup olmadığıdır. Suç tipinde failin alanı açıkça sınırlandırılmış ise açık özgü suç oluşmaktadır. Aksi takdirde, failin alanı dolaylı olarak, failin işleniş şekline bağlı olarak, kapalı bir şekilde sınırlandırılmış ise bu halde de zımni özgü suç olduğunu kabul etmekteyiz.

Türk doktrinde suçun kanuni tanımında failin sınırlandırılmasını yükümlülüğün belirtilmiş olup olmamasına göre yapan bir ayrım, “*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu*”nda yükümlülüğün açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, “*rüşvet*”, “*irtikap*”, “*zimmet*” gibi kamu görevlisi tarafından

işlenen suçlarda yükümlülüğün açıkça belirtilmediği ve suçun yapısından anlaşıldığı kabul edilmektedir¹³¹.

Alman doktrinde açık-zımnı özgü suç şeklinde böyle bir gruplandırmaya rastlamamak ile birlikte *Nagler*, özgü suçun sınıflandırmasına ilişkin açıklamalarında Alm. CK § 181a’da yer alan “*Meslek veya sanat halinde fuhşa aracılık*” suçunun uygulama alanının herkesi kapsaması ile birlikte kadınların bu kapsamda yer almadığı, bu suçun sadece bu işi yapan erkekler tarafından işlenebileceğini belirtmektedir¹³².

2. Açık Özgü Suç

Suçun kanuni tanımında failin özelliğinin tartışmaya mahal bırakmayacak kadar açık bir şekilde belirtildiği suçları “*açık özgü suç*”lar olarak adlandırmaktayız. Bu suç grubunda faillik alanı açık bir şekilde sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla açık özgü suç olup olmadığının belirlenmesi problemli değildir. Örneğin, rüşvet, irtikap ya da zimmet suçlarında failin kamu görevlisi sıfatını taşıması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu suçlar, açık özgü suçlardır ve aynı zamanda faile ilişkin hukuki nitelik öngörülen suçlardır. Örneğin, TCK m.100’de yer alan “*çocuk düşürme suçu*”nun kadın tarafından işlenebileceği açık bir şekilde düzenlendiğinden açık özgü suçtur ve aynı zamanda faile ilişkin tabii nitelik öngörülen suçtur.

3. Zımnı Özgü Suç

Suç tipinde faillik alanı dolaylı olarak, failin işleniş şekline bağlı olarak, kapalı bir şekilde sınırlandırılmış ise, bu halde özgü suçu, zımnı özgü suç olarak adlandırmaktayız. Birinci bölümde genel suç kavramının incelenmesinde de ifade ettiğimiz gibi “*her kim*”, “*bir kimse*”, “*... kişi*”, “*... kimse*” ifadelerinin yer aldığı tüm suçlar başkaca bir inceleme yapılmaksızın herkes tarafından işlenebilen suç

¹³¹ Demirel, a.g.e., s.115.

¹³² Nagler, a.g.e., s.3.

(*genel suç*) olarak kabul edilmemelidir. Bu ifadelerin kullanılması, bu suçların her koşulda, başkaca bir inceleme yapılmaksızın genel suç olduğunu göstermemektedir.

Örneğin, TCK m.322’de yer alan “*savaş zamanında yükümlülükler*” suçunun kanuni tanımında “*kimseye*” ifadesi kullanılmış olmasına rağmen, bir bütün olarak suçun incelenmesinden suçun failinin yalnızca hükümde belirtilen türde bir sözleşme yapmış olan kimseler olduğu yani “*özgü suç*” olduğu anlaşılmaktadır¹³³.

Bir kişinin TCK m.138’de yer alan “*verileri yok etmeme*” suçunun faili olabilmesi için verileri yok etme yükümlülüğünü haiz olması gerekir¹³⁴. Faillik alanı özel bir yükümlülük ile sınırlandırılmıştır, dolayısıyla hem zımni özgü suçu hem de özel yükümlülük öngörölmüş özgü suçu oluşturmaktadır.

“*Organ veya doku ticareti*” suçunun düzenlendiği TCK m.91’de yaşayan kişiden organ veya doku alınmasını düzenleyen hükmün birinci fıkrasında da “*kimse*” ifadesinden herkes tarafından işlenebileceği anlaşılabirse de, ancak tıbbi yeterliliğe sahip olan kişi tarafından işlenebileceğinden zımni özgü suç olarak kabul edilmelidir.

Bu örneklerin yanı sıra, ayrıca Alm. CK § 266’da yer alan “*güveni kötüye kullanma*” suçunda esasen “*kim*” ifadesine rağmen, sadece malvarlığını koruma yükümlülüğü altında olan kişiler tarafından işlenebileceğinden bu kapsamda değerlendirilmektedir¹³⁵. Aynı şekilde TCK m.155’de yer alan “*güveni kötüye kullanma suçu*”nda da “*kişi*” ifadesine rağmen, ancak muhafaza etmek ya da belli bir şekilde kullanılmak üzere zilyedliği kendisine devredilen kişi fail olabilecektir¹³⁶.

¹³³ Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.108; Zafer, **a.g.e.**, s.136.

¹³⁴ Zafer, **a.g.e.**, s.136.

¹³⁵ Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129.

¹³⁶ Aynı yönde görüş için bkz: Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.587; Remzi Gündüz, **Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017, s.588.

Güveni kötüye kullanma suçunda, bir eşya üzerinde belli bir amaçla lehine zilyetlik tesis edilen kişinin bu sözleşme ilişkisine uygun davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre bu suçun faili, bir sözleşme ilişkisine dayalı olarak bir mal üzerinde belli bir amaç ile zilyetlik tesis edilen kişi olabilir. Koca/Üzölmez’e göre, bu suç belli yükümlülük altında olan kişiler tarafından işlenebileceğinden özgü suçtur (Mahmut Koca, İlhan Üzölmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.629).

Dolayısıyla bu suç da zimni suçtur ve aynı zamanda özel yükümlülüğün öngörüldüğü bir suçtur. Yargıtay kararları incelendiğinde güveni kötüye kullanma suçunun fail bakımından özgü suç olup olmadığının tartışılmadığı, tipikliğe ilişkin bir unsur olarak faile ilişkin olan muhafaza etmek ya da belli bir şekilde kullanılmak üzere zilyetliğin devredilmesi yükümlülüğünün tartışılmadığı görülmektedir¹³⁷.

“*Genital muayene*” suçunun düzenlendiği TCK m.287’de fail, “*kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan*” kişi olarak ifade edilmektedir. Bu hükümde fail açıkça belirlenmediğinden açık özgü suçtan söz etmek mümkün değil ise de, bu muayene ancak bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabileceğinden faillik alanının muhtevası itibarıyla fiilin işleniş şekli

Doktrinde bir görüşe göre, zimmet fiili kamu görevlisi tarafından işlenirse zimmet suçunu, herhangi bir kişi tarafından işlenirse güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır (Cengiz Apaydın, “**Ceza Hukukunda Kast Kavramı**”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s.60; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 262; Gündüz, **a.g.e.**, s.598; Özen, **a.g.e.**, s.232). Başka bir görüşe göre ise, kamu görevlisinin görevi nedeniyle kendisine teslim edilmiş olan bir mal üzerinde bu mal ile ilgili olarak devir amacı dışında bir tasarrufta bulunması halinde görevi kötüye kullanma suçu oluşmaktadır (Gündüz, **a.g.e.**, s.598).

Esasen bu suçlar bakımından fail kamu görevlisi ise ve görevi nedeniyle kendisine verilen eşya hakkında işlenmiş ise zimmet suçu olarak değerlendirilmelidir, yine kamu görevlisi olmak ile birlikte görevi dışında kendisine muhafaza amacı ile verilen eşya hakkında işlenmişse güveni kötüye kullanma suçu incelenmelidir. Çünkü zimmet suçunun faili sadece kamu görevlisi değildir, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetim ile yükümlü olan kimsedir. Sadece failin kamu görevlisi olup olmamasına göre ayırım yapılarak suçun belirlenmesini doğru bulmamaktayız, tipikliğin objektif unsurlarından faile ilişkin diğer unsurlar ile birlikte değerlendirme yapılması gerekmektedir. Savunmuş olduğumuz bu görüşe uygun bir Yargıtay kararı da bulunmaktadır. Bu kararda, sanık bir hakim yani bir kamu görevlisi olmasına karşın, yaptığı eylem değerlendirilmiş ve kendisine devredilen paranın görevi nedeniyle zilyetliğinin devredilmediği, dolayısıyla zimmet ya da görevi kötüye kullanma suçlarının oluşmadığı, kendisine verilen ek mali olanaklarla kendisine ziyarete gelenlere ya da ziyaret ettiği kişilere hediyeler olarak vermesi hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu kabul edilmiştir (Yargıtay CGK., 14.06.2011 tarih ve 2011/5.MD-14 E., 2011/121 K. sayılı karar, Gündüz, **a.g.e.**, s.628, 631).

¹³⁷ Örneğin Yargıtay tarafından verilen bir kararda, serbest muhasebeci sıfatı bulunmayan, bir akrabasının Vergi Dairesinde şoför olarak çalışması nedeniyle Vergi Dairesi’ne gidip geldiği için buradaki işlemler için kendisine yardımcı olacağı düşünülen sanığa mağdurların vergi borçlarını yatırmaları için değişik tarihlerde para verdikleri, ancak sanığın bu paraları Vergi Dairesi’ne yatırmadığı halde yatırmış gibi sahte alındı belgesi düzenlediği olayda, sanık ile mağdur arasındaki ilişkinin hizmet ilişkisi olmaması dolayısıyla “*hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu*”nun oluşmadığı, eyleminin güveni kötüye kullanma suçunun temel şeklini oluşturduğunun gözetilmemesi sebebi ile bozulmuştur. Karardan da anlaşılacağı üzere güveni kötüye kullanma suçunda fail için aranan özellik tartışılmamıştır. Karar için bkz: Yargıtay 11. CD., 25.02.2008 tarih ve 9989/1056 K. sayılı karar, Ahmet Gündel, **5237 Sayılı TCK’da Zimmet-Sahtecilik-Dolandırıcılık-Yağma-Hırsızlık-Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, y.y., Ankara, 2009, s.409).

Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda da, güveni kötüye kullanma suçunda devir amacı dışında kullanmama yükümlülüğü suçun önşartı olarak kabul edilmiş, özgü suç yönünden tartışılmamıştır (Yargıtay CGK., 14.06.2011 tarih ve 2011/5.MD-14 E., 2011/121 K. sayılı karar, Gündüz, **a.g.e.**, s.628, 631).

bakımından sınırlandırıldığını ve zımni özgü suç olduğunu kabul etmek gereklidir¹³⁸. Bu suç, aynı zamanda gerçek özgü suça, faile ilişkin belirli hukuki niteliğin öngörüldüğü özgü suça da örnektir. Genital muayenenin sağlık mensubu olmayan herhangi bir kişi tarafından yapılması herkes tarafından işlenebilen kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmelidir.

E. Failin Özel Yükümlülüğünün Ceza Hukukundan ya da Ceza Hukuku Dışından Kaynaklanmasına Göre Ayrım

1. Genel Açıklamalar

Suçun kanuni tanımında faillik alanı özel bir yükümlülük öngörülerek sınırlandırılmış olabilir. Doktrinde yükümlülük suçlarının ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlüğe dayandığını kabul eden görüş olduğu gibi her iki suretle de yani ceza hukukundan da ceza hukuku dışından da kaynaklanabileceğini savunan görüşler de bulunmaktadır.

Özel yükümlülük konusu, özgü suçun tanımlanmasında, benzer kavramlar ile ilişkisi kısmında ve özgü suçun unsurlarında detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Aşağıda özel yükümlülüğün öngörüldüğü özgü suçlar, özel yükümlülüğün kaynağı bakımından ceza hukukundan ya da ceza hukuku dışından kaynaklanmasına göre ayrılarak incelenecektir.

2. Ceza Hukukundan Kaynaklanan Özel Yükümlülüğün Öngörüldüğü Özgü Suç

Kabul ettiğimiz anlayışa göre genel suç ya da özgü suç ayrımı yapılmaksızın tüm suçlarda faile ihlal etmemesi gereken bir yükümlülük yüklenmiştir. Örneğin; kasten öldürme suçunda bir kişiyi öldürmek yasaklanmıştır. Bu yasak normu ile öldürmeme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bir insanı öldürmemek, ceza hukukundan

¹³⁸ *Eroğlu*'na göre, genital muayene sağlık mesleği mensubu olmayan kimseler tarafından da gerçekleştirilebileceğinden bu suçun faili herkes olabilir (Fulya Eroğlu, “Genital Muayene Suçları (TCK m.287)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, 2010/1, Cilt:II, s.1127-1142.

kaynaklanan bir hukuki yükümlülüktür. Her suçun özünde bir yükümlülük olduğu için faillik alanına göre suçların gruplandırılmasında yükümlülük suçu olarak ayrı bir kategori oluşturulmasına gerek olmadığını savunmaktayız. Ancak bununla birlikte suç normunda faillik alanını sınırlandıran faile ilişkin öngörölmüş bir özel yükümlülük olabilir ve bu halde özel yükümlölüğün özgü suçun bir görünüm şekli olarak incelenmesi, tanım ve unsurları içerisinde yer alması gerektiği düşüncesindeyiz. Kaldı ki fail için öngörölen yükümlölüğün kaynağı, ceza hukukundan kaynaklandığında da özgü suçtan söz etmek mümkün olmaktadır. Tüm bu sebeplerle özgü suçun içeriğini oluşturabilecek bahse konu bu özel yükümlölük, ceza hukukundan ya da ceza hukuku dışından kaynaklanan bir yükümlölüğe dayanabilir.

Örneğin, “*organ veya doku ticareti*” (TCK m.91) suçu bir özgü suç olmakla birlikte aynı zamanda bu suç özel bir yükümlölük içermektedir. Bu yükümlölük ise organ ve doku ticareti yapma yasağına dayalı ceza hukukundan kaynaklanan bir yükümlölüktür. Bu suç, ceza hukukundan kaynaklanan yükümlölüğün öngöröldüğü özgü suça ve aynı zamanda zımni özgü suça, gerçek özgü suça ve faile ilişkin belirli hukuki niteliğin öngöröldüğü özgü suça örnek oluşturmaktadır. “*Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi*” (TCK m.280) suçu bir özgü suç olmakla birlikte aynı zamanda bir yükümlölük içermektedir ve bu yükümlölük, suçun yetkili makamlara bildirilmesine dayalı ceza hukukundan kaynaklanan bir yükümlölüktür. Bu suç, ceza hukukundan kaynaklanan yükümlölüğün öngöröldüğü özgü suça, açık özgü suça, faile ilişkin belirli hukuki niteliğin öngöröldüğü özgü suça örnek oluşturmaktadır.

3. Ceza Hukuku Dışından Kaynaklanan Özel Yükümlölüğün Öngöröldüğü Özgü Suç

Yükümlölük suçlarını kabul eden görüşe göre, yükümlölük suçlarında diğer suçlarda öngörölen yükümlölüklerden farklı olarak ceza hukuku dışında başka bir

hukuk disiplininin kaynaklanan ek bir yükümlülük bulunmaktadır¹³⁹. Türk ve Alman doktrininde genel olarak kabul edilen görüşe göre yükümlülük suçları, suç tipinde failin ceza hukuku dışında başka bir hukuk düzeninden kaynaklanan özel bir yükümlülüğe tabi tutulduğu suçlardır¹⁴⁰. Tüm suçların yanı sıra bu suçlarda ayrı, özel ve ek bir yükümlülüğün öngörüldüğü düşünülmektedir.

Roxin, özgü yükümlülüğün ceza hukuku dışından kaynaklandığını savunmaktadır. Bu yükümlülük durumu, ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlülüklerdir ve yükümlü kişi (*Verpflichteter*) diğer suça iştirak hallerine kıyasla tipik haksızlığa özel olarak bağlı bir şekilde tanımlanmıştır¹⁴¹. Bu gibi özgü yükümlülüklerin karakteristik özelliği, kamu görevlisi tarafından işlenen suçlar çerçevesindeki yükümlülük hallerinde bulunmaktadır¹⁴². Kamu görevlilerinin gerçekleştirdikleri hareketin özel değersizliği, ceza hukuku dışından kaynaklanan suç ile korunan hukuki değer sorumluluğunun kamu görevlisi tarafından yerine getirilmemesinden oluşmaktadır¹⁴³.

Ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlülükler, idare hukukundan kaynaklanabilir. Örneğin kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçlarda, ceza hukuku dışında idare hukukundan kaynaklanan yükümlülük söz konusudur. Rüşvet, irtikap, zimmet, görevi kötüye kullanma suçları bu gruba örnektir. Kamu görevi ile

¹³⁹ Freund, *a.g.e.*, s.344, kn. 74, dn.89; Heine/Weiße, *a.g.e.*, kn.83; Deichmann, *a.g.e.*, s.9; Krause, *a.g.e.*, s.35; Roxin, *Strafrecht AT*, Band I, s.340, kn.129; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24; Chen, *a.g.e.*, s.30; Herzberg, *a.g.m.*, s.901; Öztürk, Erdem, *a.g.e.*, s.387; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *a.g.e.*, s.291; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.206; Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik”, s.188; Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, s.344; Demirel, *a.g.e.*, s.141.

¹⁴⁰ Freund, *a.g.e.*, s.344, kn. 74, dn.89; Heine/Weiße, *a.g.e.*, kn.83; Deichmann, *a.g.e.*, s.9; Krause, *a.g.e.*, s.35; Roxin, *Strafrecht AT*, Band I, s.340, kn.129; Sánchez Vera, *a.g.e.*, s.24; Chen, *a.g.e.*, s.30; Herzberg, *a.g.m.*, s.901; Öztürk, Erdem, *a.g.e.*, s.387; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *a.g.e.*, s.291; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.206; Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik”, s.188; Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, s.344; Demirel, *a.g.e.*, s.141.

¹⁴¹ Radtke, *a.g.m.*, s.646.

¹⁴² Bock, *a.g.e.*, s.39; Radtke, *a.g.m.*, s.646; Heidland, *a.g.e.*, s.52.

¹⁴³ Chen, *a.g.e.*, s.30; Radtke, *a.g.m.*, s.646.

görevlendirilen kişi, bu görev dolayısıyla kamu hukuku yükümlülüğü altına girmektedir¹⁴⁴.

Ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlülükler, kamu hukukunun dışında özel hukuktan da kaynaklanabilir. Aile ve evlilik hukukundan kaynaklanan yükümlülükler bu şekildedir. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (*TCK m.233*), kötü muamele (*TCK m.232*) suçları bu gruba örnektir. Bu suçlar, ceza hukuku dışından kaynaklanan özel yükümlülüğün öngörüldüğü özgü suça, açık özgü suça, gerçek özgü suça ve faile ilişkin belirli hukuki niteliğin öngörüldüğü özgü suça örnek oluşturmaktadır. Gerçek olmayan ihmali bir suç olan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (*TCK m.83*) suçunda da yükümlülük, özel hukuk ilişkisine dayalı bir sözleşmeden ya da kanundan kaynaklanabilir. Bu suç da, ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlülüğün öngörüldüğü özgü suça, gerçek özgü suça, aynı zamanda faile ilişkin belirli hukuki niteliğe ve belirli ilişkiye dayalı özgü suça örnek oluşturmaktadır.

Ceza hukuku dışından kaynaklanan bir diğer yükümlülük, sosyal etik yükümlülüktür. Sosyal etik yükümlülüklerden birisi ise, gerçeği söyleme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğe aykırılık ise, yalan tanıklık (*TCK m.272*), yalan yere yemin (*TCK m.275*) suçlarında karşımıza çıkmaktadır. Bu suçlar, ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlülüğün öngörüldüğü özgü suça, açık özgü suça, gerçek özgü suça ve belirli hukuki niteliğin öngörüldüğü özgü suça örnek oluşturmaktadır.

Ceza hukuku dışından kaynaklanan sosyal etik bir yükümlülüklerden bir diğeri ise, zilyetliği devredilen malı koruma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğe aykırılık ise, güveni kötüye kullanma (*TCK m.155*) suçunu oluşturmaktadır. Bu suç, ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlülüğün öngörüldüğü özgü suça, zımni özgü suça, gerçek özgü suça, belirli ilişkinin öngörüldüğü özgü suça örnek oluşturmaktadır.

¹⁴⁴ Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, s.334.

Özel yükümlülüğün ceza hukuku dışından kaynaklandığına ilişkin görüş eleştirilmiştir. Şöyle ki; özgü suçun mahiyetinde, devlete karşı hizmet yükümlülüğü olan bir kamu görevlisi ya da bir askerin yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğün ihlali ya da yerine getirmemesi halinde disiplin cezasının yetersiz kalacağı bir ihlal bulunmaktadır¹⁴⁵. Bu anlayışa göre özgü norm, genel kuvvetler ilişkisi içerisinde hukuk emirlerinin sadece belli kişilere yönetilmesini değil, aynı zamanda belli özellikteki kuvvetler ilişkisi içerisinde soyut yükümlülük alanını da kapsamakta ve bireylerin belirli ağırlıkta ve nitelikte yükümlülük ihlallerinin ceza tehdidi ile karşılaşmasını ifade etmektedir¹⁴⁶. Bu görüş, temelini görev ya da hizmet yükümlülüğüne dayandırmaktadır. Bir asker veya kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen devlete karşı hizmet yükümlülüğü ya da özel yükümlülüğü ihlal eden davranış, bazen hem disiplin cezasını hem de kamu suçlarından cezalandırmayı gerektirebilir. Ancak aynı bağlantı noktalarına rağmen, nitelikleri bakımından birbirinden farklıdır¹⁴⁷. Görev ve hizmet yükümlülüğü ihlalinin suç haline gelmesi ile suç ve disiplin haksızlığı arasındaki keskin ayrım da imkansız hale gelmektedir¹⁴⁸. Ancak belirli bir hukuk düzenlerinde suç ve disiplin haksızlığı arasındaki keskin sınır, kavramsal olarak korunmaktadır¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.273.

¹⁴⁶ Deichmann, **a.g.e.**, s.41; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.273.

¹⁴⁷ Langer, **Die Sonderstrafat**., s.274; Nagler, **a.g.e.**, s.24.

¹⁴⁸ Nagler, **a.g.e.**, s.24.

¹⁴⁹ Nagler, **a.g.e.**, s.26.

III. ÖZGÜ SUÇUN SUÇUN UNSURLARI VE UNSURLARI DIŞINDA KALAN HALLER İLE ARASINDAKİ İLİŞKİ VE BU İLİŞKİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Özgü Suç İle Tipikliğin Objektif Unsuru Olan Hareket Arasındaki İlişki

1. Genel Açıklamalar

Bu kısımda öncelikle tipikliğin objektif unsuru olan hareket ve hareketin şekilleri hakkında genel bilgi verilecek, devamında icrai hareket ile işlenen özgü suç ve ihmali hareket ile işlenen özgü suç incelenecek ve son olarak özgü suç ile hareketin şekilleri arasındaki ilişki değerlendirilecektir.

Suç tiplerinde öngörülen insan davranışları, aktif bir hareket ve ihmali şeklinde ortaya çıkabilir¹⁵⁰. Sadece pozitif hareketler değil, aynı zamanda hiçbir şey yapmamak da cezalandırmaya sebep olabilir¹⁵¹. Hareketin türleri açısından suçlar, icrai hareket ile işlenen suç ve ihmali hareket ile işlenen suç olarak sınıflandırılmaktadır.

Suçun inceleme yapısı bakımından ihmali suçun, icrai suçtan tipikliğin subjektif unsuru, hukuka aykırılık ve kusur yönlerinden farkı bulunmamaktadır¹⁵². İcrai ve ihmali davranış şekli arasındaki ortak özellik, davranış normundan kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırılık olması ve dolayısıyla bir haksızlık teşkil

¹⁵⁰ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.33; Tofahrn, **SAT-II**, s. 35, kn.51; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 168, 171; Dirk Schweinberger, **Strafrecht AT II**, 4. Auflage, Jura Intensiv Verlags, Frankfurt, 2015, s.190, kn.587; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.444; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.190 , kn.587; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.74; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.191, kn.593; Aras Türay, “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, **YÜHFD**, C.XVII, 2020, s.115-154, s.117. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.256; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 232.

¹⁵¹ Zieschang, **a.g.e.**, s.157, kn.581; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Heinrich, **a.g.e.**, s.355, kn. 853; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.379, kn.1; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.136; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.190, kn.587; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.532.

¹⁵² Andreas Ransiek, “Das unechte Unterlassungsdelikt”, **JuS**, 2010, s.493; Kasiske, **a.g.e.**, s.115, kn.296; Heinrich, **a.g.e.**, s.355, kn. 854; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.379, kn.1; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.308, kn.4.

etmesidir¹⁵³. İcrai ve ihmali suçun sınırlandırılması ve bu iki kavram arasındaki farklılık, tipik haksızlıkta yer alan farklılıktan açıkça anlaşılmaktadır¹⁵⁴. İhmali hareket, kişinin harekette bulunma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ihlalinde dış dünyada bir davranış bulunmaması dolayısıyla icrai hareketten farklıdır¹⁵⁵. İcrai suçlarda dış dünyadaki neticeyi yine dış dünyada gerçekleştirilen bir davranış meydana getirmekle birlikte ihmali suçlarda bunun aksine suç teşkil eden davranış, dış dünyada bir şey yapmamaktır¹⁵⁶. İcrai suçta, bedensel bir hareket bulunur iken, ihmali suçta belirli bir bedensel hareket bulunmamaktadır¹⁵⁷.

Cezai sorumluluğun bir ihmali ya da icrai hareket ile bağlantılı olup olmaması, bilhassa önemlidir. Çünkü failin garantör durumu gerekliliği nedeniyle

¹⁵³ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.159.

¹⁵⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.444; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.379, kn.1.

¹⁵⁵ Rahime Erbaş, **Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No: 24, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.40.

¹⁵⁶ Erbaş, **a.g.e.**, s.68.

İcrai ve ihmali suçlar arasındaki ayırmda, sırf hareket ya da neticeli suçun oluşumu bakımından farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde birinci yöndeki görüşe göre, icrai ve ihmali suç ayırma göre, icrai suçlar sırf hareket suçları olarak ve neticeli suçlar olarak gerçekleştirilebilirken, ihmali suçlar olumsuz yönde hareketin yapılması ile gerçekleşeceğinden sırf hareket suçlarıdır (Jakobs, **a.g.e.**, s.776, kn.1; Demirbaş, **a.g.e.**, s.235; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.537; Özen, **a.g.e.**, s.189; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.258). Sırf hareket suçlarında tipiklikte tanımlanan hareket olarak netice, hem bir bedeni hareketin icrasına hem de bedeni hareketin icra edilmemesine bağlanabilir (Andreas Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s.25).

Doktrinde ikinci yöndeki görüşe göre, ihmali suçlar bakımından gerçek ya da gerçek olmayan ihmali suçlar arasında ayırım yapmaktadır. Buna göre, gerçek ihmali suçlar, sadece hareketsiz kalarak gerçekleştirilmektedir ve bu nedenle sırf hareket suçlarının karşılığı oluşturur (Tofahrn, **SAT-II**, s.35; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.191, kn.590; Heinrich, **a.g.e.**, s.358, kn. 862; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.258; Özen, **a.g.e.**, s.190; Bernd Schünemann, **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten**, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1971, s.44). Gerçek olmayan ihmali suçlar, neticeli icrai suçların karşılığı oluşturur (Heinrich, **a.g.e.**, s.358, kn. 862; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.133; Özen, **a.g.e.**, s.191; Schünemann, **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten**, s.44; Tofahrn, **SAT-II**, s.53, kn.81).

Doktrinde üçüncü yöndeki görüşe göre ise, neticeyi hareketten ayırmanın mümkün olmadığı hareket suçlarında netice bulunmaktadır, gerçek ihmali suçlarda da netice bulunmaktadır ancak o netice ihmalden ayrılmaz, zaten ihmalin kendisi suçu oluşturmaktadır. Örneğin, Alm. CK § 323c'de yer alan "yardım etmeme suçu"nda netice, kazaya uğrayanın yardıma muhtaç olmasının devamlılığında bulunmaktadır. Bu görüşe göre, sırf hareket ya da neticeye ilişkin ihmaller arasındaki ayırımın gerçek ihmali suçun kabulüne neden olması gerektiği anlaşılar değildir (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.634, kn.22).

Doktrinde dördüncü yöndeki görüşe göre, hem gerçek hem de gerçek olmayan ihmali suçlarda, neticeli suç ya da sırf ihmali suç söz konusu olabilir (Heinrich, **a.g.e.**, s.358, kn. 861).

¹⁵⁷ Mosenheuer, **a.g.e.**, s.24.

ihmalin cezalandırılabilirlik koşulları, aktif hareket ile cezalandırılabilirliğe göre daha dardır¹⁵⁸.

Özgü suç, sadece “*intraneus*” tarafından hem ihmalî hem de icrai hareket ile işlenebilir¹⁵⁹. Tipe uygunluk için failin davranışının aktif veya pasif hareket ile ihlal edilen bir yükümlülük olup olmadığı, ihmalî ya da icrai hareketle ihlal edilmiş olup olmadığı önemsizdir¹⁶⁰. Sadece kanunun “*extraneus*”un cezalandırılabilirliğini açıkça düzenlediği ve böylece “*intraneus*”un cezalandırılma bakımından sınırlandırılabilirliğinin kısmen kaldırıldığı durumlarda, “*extraneus*” ihmalî ya da icrai hareketi dolayısıyla ilgili özgü suçtan cezalandırılabilir. “*Extraneus*”un cezalandırılabilirliği incelenirken, öncelikle cezalandırılma bakımından “*extraneus*”u kapsayan ilgili kanun hükmünün bulunması işi halledilmelidir¹⁶¹.

Langer, özgü suçlarda “*intraneus*”un hareketinin icrai ve ihmalî hareket olması bakımından özgü suçları, “*bağımsız pozitifleştirilmiş*” (*Selbständig positiviert*) ve “*bağlı pozitifleştirilmiş*” (*Abhängig positiviert*) özgü suçlar olarak ikiye ayırarak incelemektedir.

“*Bağımsız pozitifleştirilmiş*” (*Selbständig positiviert*) özgü suçlar, ceza hükümlerinin özel kısmında eksiksiz bir şekilde tanımlı bulunan suçlardır. Bu suretle özgü suçlar, sıklıkla aynı ceza hükmü içerisinde hem icrai suç olarak hem de ihmalî suç olarak tipikleştirilebilir. Örneğin Alm. CK § 225’de yer alan “*himayesi altında bulunan kişiye kötü muamele*” suçunda hem kötü muamele hem de koruma yükümlülüğünün ihmalî düzenlenmiştir¹⁶². TCK m.257’de yer alan “*görevi kötüye kullanma suçu*”nda da, birinci fıkrada görevin gereklerine aykırı hareket etmenin, ikinci fıkrasında, görevin gereklerini yapmakta ihmal göstermenin suç olarak düzenlenmesi, bu gruba örnek olarak gösterilebilir.

¹⁵⁸ Kasiske, a.g.e., s.113, kn.294.

¹⁵⁹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.466.

¹⁶⁰ Lars Berster, *Das unechte Unterlassungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, s.69, 70.

¹⁶¹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.466.

¹⁶² Langer, *Die Sonderstrafat*, s.446.

“Bağlı pozitifleştirilmiş” (*Abhängig positiviert*) özgü suçlar, daha çok ceza kanununun genel kısmındaki suç tanımları ile ilişkisine “bağlı”dır. Bu şekilde bağlı özgü suçlar, icrai özgü suç ve ihmali özgü suç formunda bulunmaktadır. *Langer*, bağlı özgü suçu bağlı icrai özgü suç (*Alm. CK § 14*) ve bağlı ihmali özgü suç (*Alm. CK § 13*) olarak iki şekilde incelenmektedir¹⁶³.

2. İcrai Hareket İle İşlenen Özgü Suç

Türk hukukunda da, Alman hukukunda da suçun müspet bir eylem gerektirdiği ve hiçbir şey yapmamanın çoğunlukla ihlal teşkil etmediği kabul edilmektedir. Suçun kanuni tanımında yapılması yasaklanan bir hareket yapılmış ise, eylem “yapmak” şeklinde tezahür etmiş ise bu hareket, icrai harekettir¹⁶⁴. Yasaklayıcı nitelikteki davranış normlarının ihlal edildiği suçlardır¹⁶⁵. İcrai suçlarda fiil, tabii niteliktedir¹⁶⁶. Örneğin, kasten öldürme suçu, hırsızlık, mala zarar verme suçu gibi. İcrai suçların haksızlığı yasaklayıcı norma karşı işlenmiş hukuki değer ihlali altında bulunmaktadır ve tipiklik, müspet bir hareket ile karakterize edilir¹⁶⁷. Fail suçu müspet, aktif bir hareket ile işliyorsa, icrai suç söz konusu olur¹⁶⁸. Ceza hukuk düzeninde normların büyük bir kısmı, yapmama emrini içermekte ve ihlal edilebilmeleri için icrai hareket gerektirdiğinden dolayı “icra suçları” (*Begehungsdelikte/Tätigkeitsdelikt*) olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁹.

¹⁶³ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.448 vd.

¹⁶⁴ Baumann, Weber, Mitsch, *a.g.e.*, s.117, kn.33; Hoffmann-Holland, *a.g.e.*, s.17, kn. 53; Heinrich, *a.g.e.*, s.60, kn. 168; Centel, Zafer, Çakmut, *a.g.e.*, s.250; Zafer, *a.g.e.*, s.191; Taner, *a.g.e.*, s.93; Hafızoğulları, Özen, *a.g.e.*, s.170, 189; Koca, Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.390; Akbulut, *a.g.e.*, s.272; İçel, Evik, *a.g.e.*, s.58; İçel, *a.g.e.*, s.276; Demirbaş, *a.g.e.*, s.232; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *a.g.e.*, s.256; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, *a.g.e.*, s. 232.

¹⁶⁵ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.444; Baumann, Weber, Mitsch, *a.g.e.*, s.118, kn.35; Zieschang, *a.g.e.*, s.157, kn.582;

s.24; Akbulut, *a.g.e.*, s.273; İçel, Evik, *a.g.e.*, s.58; İçel, *a.g.e.*, s.276.

¹⁶⁶ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.225; Koca, Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.390; Akbulut, *a.g.e.*, s.272.

¹⁶⁷ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.444.

¹⁶⁸ Baumann, Weber, Mitsch, *a.g.e.*, s.117, kn.33; Hoffmann-Holland, *a.g.e.*, s.17, kn. 53; Heinrich, *a.g.e.*, s.60, kn. 168; Schweinberger, *Strafrecht AT I*, s.10, kn.44; Bock, *a.g.e.*, s.536; Kindhäuser, *a.g.e.*, s.68, kn.12; Mosenheuer, *a.g.e.*, s.24; Demirbaş, *a.g.e.*, s.232; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *a.g.e.*, s.256; Özen, *a.g.e.*, s.189.

¹⁶⁹ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.444; Baumann, Weber, Mitsch, *a.g.e.*, s.118, kn.35; Hoffmann-Holland, *a.g.e.*, s.17, kn. 53; Heinrich, *a.g.e.*, s.60, kn. 168; Bock, *a.g.e.*, s.536; Demirbaş, *a.g.e.*,

“Bağımsız pozitifleştirilmiş” (*Selbständig positiviert*) özgü suçlar kapsamında icrai suçlar oldukça yaygındır. Örneğin, özgü yükümlülük suçlarından Alm. CK § 343’de yer alan “zorla ifade alma” suçu gibi. İcrai suçlarda hukuki değer ihlalinin “*intraneus*” tarafından gerçekleşmesi gerektirdiğinden, ne “*extraneus*”un icrai hareketi ile ne de “*intraneus*”un ihmali hareketi ile işlenemez.

“Bağlı pozitifleştirilmiş” (*Abhängig positiviert*) icrai özgü suçlar (Alm. CK § 14), bir kişi bir başkası için organ, temsilci ya da görevli sıfatıyla hareket ederse ve süjenin niteliği, özel kişisel unsuru temsilcide değil, fakat temsil edilende bulunursa, bu kişi işlediği özgü suçtan dolayı 14. paragrafın koşulları altında cezalandırılır. Özgü suçun alanının daha önce kapsamda olmayan kişilere yönelik olarak genişletilmesi konusuna özgü suçun daha önceki tanımlamalarının perspektifinden bakıldığında bu grup, hukuk tekniği bakış açısı altında bağlı icrai özgü suç olarak anlaşılmaktadır¹⁷⁰. Bağlı tipikleştirilmiş spesifik suç formları hariç olmak üzere Alm. CK § 14’deki pozitifleştirilmiş grup ile bağımsız icrai özgü suç arasında fark bulunmamaktadır. “*Intraneus*”un cezalandırılabilirliği konusundaki genel kurallar tam olarak burada da geçerlidir¹⁷¹.

İcrai suçlar, hem genel suçlar hem de özgü suçlar bakımından mümkün olabilir. Özgü suç, tipikliğin objektif unsurlarından faillik alanını sınırlandırmakta olup, yine tipikliğin objektif unsurlarından olan hareketin şekilleri ile arasındaki bağlantıda icrai hareket yönünden özellik arz eden bir durum bulunmamaktadır. Özetle, özgü suç tipiklikte düzenlenen hareket şekillerinden icrai hareket ile gerçekleştirilebilir. TCK’da icrai hareket ile işlenebilen çok sayıda özgü suç bulunmaktadır. Örneğin, rüşvet suçu (TCK m.252), zimmet suçu (TCK m.247), görevi kötüye kullanma suçu (TCK m.257), yalan tanıklık suçu (TCK m.272), irtikap (TCK m.250), cinsel istismar suçunun üst soy tarafından işlenmesi suçu (TCK m.103/3) gibi.

s.232; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, a.g.e., s.256. Hafizoğulları, Özen, a.g.e., s.170; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.390; Akbulut, a.g.e., s.272.

İcra kavramının Latince karşılığı, “*commissio*”dur (Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.74).

¹⁷⁰ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.448, 449.

¹⁷¹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.449.

3. İhmali Hareket İle İşlenen Özgü Suç

İhmali suçlarda fiil, normatif olarak belirli bir davranışın gerçekleştirilmemesidir¹⁷². Suçun kanuni tanımında emredilen hareketin gerçekleştirilmediği hareket, ihmali harekettir¹⁷³. Yapma emrinin öngörüldüğü bu normlarda, ihlal için ihmali hareket gerekmemekte ve dolayısıyla bu suçlara “*ihmali suçlar*” (*Unterlassungsdelikte*) denilmektedir¹⁷⁴. İhmali suçlarda, tipiklikte yer alan ihmali hareket ile emredici norma karşı hukuki değer ihlali gerçekleştirilmektedir¹⁷⁵. İhmali suçlar, davranış normlarıyla öngörülen kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmediği suçlardır¹⁷⁶. Davranış normlarıyla koruma altına alınan hukuki değerlere yönelik tehlike ve saldırıların önlenmesine yönelik yükümlülüğün yerine getirilmemesi, bir haksızlık teşkil etmektedir¹⁷⁷. Emredici mahiyetteki davranış normunun kaynaklandığı hukuki değer, bu

¹⁷² Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.34; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53; Gerhard Robbers, **Einführung in das deutsche Recht**, 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2017, s.114, kn. 441; Bock, **a.g.e.**, s.536; Blei, **a.g.e.**, s.277; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.225; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.159; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.172; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.391; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.137; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.58; İçel, **a.g.e.**, s.277.

İhmal kavramının terminolojik açıdan incelenmesi ve tanımlanmasına ilişkin detaylı araştırmalar için bkz: Schünemann, **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten**; Erbaş, **a.g.e.**, s.8 vd.

¹⁷³ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.444; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.34; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.278, kn. 727; Robbers, **a.g.e.**, s.114, kn. 441; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 169; Bock, **a.g.e.**, s.536; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.303, kn.1; Helmut Satzger, “Der irrende Garant – zur Abgrenzung von Tatbestands- und Gebotsirrtum beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikte”, **JURA**, Cilt:33, Sayı:6, 2011, s.432-437, s.432; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.191, kn.590; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.250; Zafer, **a.g.e.**, s.191; Taner, **a.g.e.**, s.93; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.225; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.160; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.172; Taşkın, **a.g.e.**, s.140; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.390; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.138; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.58; İçel, **a.g.e.**, s.277; Demirbaş, **a.g.e.**, s.233; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.256; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.232; Özen, **a.g.e.**, s.189.

¹⁷⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.444; Ransiek, **a.g.m.**, s.490; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, kn.34; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53; Zieschang, **a.g.e.**, s.157, kn.582; Robbers, **a.g.e.**, s.114, kn. 441; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 169; Jakobs, **a.g.e.**, s.779, kn.9; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.303, kn.1; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.24; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.190, kn.587; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.390; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.138; İçel, **a.g.e.**, s.277; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.256, 257; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.172, 189; Demirbaş, **a.g.e.**, s.233; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.232.

İhmal kavramının Latince karşılığı, “*omissio*”dur (Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.74).

¹⁷⁵ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.444; Özen, **a.g.e.**, s.189.

¹⁷⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.225; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.159; Zieschang, **a.g.e.**, s.157, kn.582.

¹⁷⁷ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.160; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.390.

yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile ihlal edilmekte ve haksızlık teşkil etmektedir¹⁷⁸. İhmali suçlarda, fail tipe uygun neticeyi birşey yapmayarak yani ihmal ile gerçekleştirmektedir¹⁷⁹. İhmali suçların tipik haksızlığında hareket gerçekleştirilmemekte ve dolayısıyla “*yapma*” ile gerçekleştirilen ihmali suç söz konusu olmamaktadır¹⁸⁰.

İhmali suçlar, gerçek ihmali suçlar (*echte Unterlassungsdelikte*) ve gerçek olmayan ihmali suçlar (*unechte Unterlassungsdelikte*) olarak sınıflandırılmaktadır¹⁸¹.

¹⁷⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.225; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.172; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.390.

¹⁷⁹ Ransiek, **a.g.m.**, s.490; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 168; s.355, kn. 852.

¹⁸⁰ Langer, **Die Sonderstraftat**, s.444; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53.

¹⁸¹ Bohlander, **a.g.e.**, s.40; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.117, 118; Tofahrn, **SAT-II**, s.35; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53; Zieschang, **a.g.e.**, s.157, kn.583; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 169; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.632, kn.16; Bock, **a.g.e.**, s.536, 537; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.68, kn.12; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.60; Schünemann, **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten**, s.43; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.190, kn.589; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.532, 533; Özen, **a.g.e.**, s.190; Jescheck, **a.g.e.**, 615; Blei, **a.g.e.**, s.277; Brammsen, **a.g.e.**, s.110; Rolf Dietrich Herzberg, **Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip**, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, s.21; Zafer, **a.g.e.**, s.192; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.229, 230; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.164; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.173; Taşkın, **a.g.e.**, s.140; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.393; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.139; Akbulut, **a.g.e.**, s.273; Erbaş, **a.g.e.**, s.72; Demirbaş, **a.g.e.**, s.233; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.99.

Alman doktrininde bir görüşe göre, gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar arasındaki ayrımın maddi olarak bir dayanağı bulunmamaktadır, gerçi konuşma dilinde yaygın olarak kullanılmaktadır, ancak bu ayrım yanıltıcıdır ve artık tanımlamada kullanılmamaktadır (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.382, kn.6). Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, gerçek ve gerçek olmayan ihmali suç ayrımı yerleşmiş olup, bu konu hakkında neredeyse hiç tartışma bulunmamaktadır (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.632, kn.16).

Gerçek ve gerçek olmayan ihmali suç ayrımına ihtiyaç duyulmasının sebepleri ve temelleri için bkz: Erbaş, **a.g.e.**, s.73 vd.

Türk doktrininde gerçek ve gerçek olmayan ihmali suç kavramları için farklı terimler kullanılmaktadır. Gerçek ihmali suçların karşılığında kullanılan “*sırf ihmali suçlar*” ve gerçek olmayan ihmali suçların karşılığında kullanılan “*ihmal suretiyle icra suçları*” terimleri için bkz: Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.139. Gerçek ihmali suçların karşılığında kullanılan “*saf ihmali suçlar*” ve gerçek olmayan ihmali suçların karşılığında kullanılan “*ihmal suretiyle icrai hareket*” terimi için bkz: Türey, **a.g.m.**, s.121. Gerçek olmayan ihmali suçların karşılığında kullanılan “*ihmal benzeri suçlar*” terimi için bkz: Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.252. Gerçek olmayan ihmali suçların karşılığında kullanılan “*ihmal suretiyle icra suçları*”, “*garantörsel ihmali suçlar*”, “*nitelikli ihmali suçları*” şeklindeki terimler için bkz: Demirbaş, **a.g.e.**, s.233; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.258; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 232; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.54. Gerçek olmayan ihmali suçların karşılığında kullanılan “*görünüşte ihmali suçlar*” terimi için bkz: Erbaş, **a.g.e.**, s.14.

Alman doktrininde klasik olarak kullanılan “*echte-unechte*” (*gerçek-gerçek olmayan*) terimlerinin yanı sıra farklı terimler de kullanılmaktadır. Bir yazar, terminolojik olarak “*begehungsentprechende-nichtbegehungsentprechende*” (*icrai suçların karşılığı olan-icrai suçların karşılığı olmayan*) şeklindeki ifadeleri tercih etmiştir. Terminolojik tartışmaların detayı için bkz: Chen, **a.g.e.**, s.119. Bir başka yazar, gerçek olmayan ihmali suçların karşılığı olarak “*begehungsgleichheit*” (*icraya eşdeğer*)

Gerçek ihmali suçlar, davranış normlarından kaynaklanan emir içerikli icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin suçun kanuni tanımında özel olarak tarif edildiği suçlardır¹⁸². Bu suçlarda ihmal, suç tipinin gerçekleştirilmesinin tek yolu olduğundan dolayı bu eylemler gerçek ihmali suç olarak adlandırılmaktadır¹⁸³. Bu tür suçların kavramsal olarak anlaşılması daha kolaydır. Eğer hareketsizlik belirli bir neticeyi meydana getiriyorsa ceza sorumluluğu doğmaktadır¹⁸⁴. Gerçek ihmali suçlar, gerçek olmayan ihmali suçlardan farklı olarak korunan hukuki değer ile ilgili özel bir yükümlülük durumunun varlığına dayanmak zorunda değildir. İcrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile oluşur¹⁸⁵. Bu suçlarda sadece genel bir hukuki yükümlülük söz konusu olduğundan ve özgül yükümlülük bulunmadığından dolayı bu suçlar, garantör yükümlülüğüne dayanmamaktadır¹⁸⁶.

terimini kullanmaktadır: Schünemann, **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten**, s.44; Hannes, Schrägle, **Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt**, Duncker & Humblot, Berlin, 2017. Bir başka yazar, “*unechte Unterlassungsdelikte*” (gerçek olmayan ihmali suç) teriminin karşılığı olarak “*Begehung durch Unterlassen*” (ihmal suretiyle icra) terimini kullanmaktadır (Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.133). “*Begehen durch Unterlassen*” terimi 13.paragrafın madde başlığı olup, aynı zamanda Avusturya Ceza Kanunu’nun 2.maddesinin de başlığıdır. Bir diğer yazar, “*unechte Unterlassungsdelikte*” (gerçek olmayan ihmali suç) teriminin karşılığı olarak “*Kommissivdelikt durch Unterlassen*” terimini kullanmaktadır (Blei, **a.g.e.**, s.277). Bir başka yazar, “*unechte Unterlassungsdelikte*” (gerçek olmayan ihmali suç) teriminin karşılığı olarak “*Die Begehung durch erfolgsverursachende Unterlassung*” terimini kullanmaktadır (Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.81).

Gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçların İngilizce karşılıkları ise, “*genuine omission offences*” ve “*derivative omission offences*” olarak ifade edilmektedir (Bohlander, **a.g.e.**, s.40).

Bu ihmali suç türü için doktrinde yaygın bir şekilde kullanılan “*görünişte*” ifadesinin yerine “*gerçek olmayan*” ifadesini tercih etmemizin sebebi, kaynağı olan Alman hukukunda karşılığı olarak kabul edilen “*unechte*” sözcüğünü daha iyi karşılaması ve aynı zamanda asıl olarak icrai suçlarda öngörülen neticenin ihmal şeklinde gerçekleştirilmesidir.

¹⁸² Bohlander, **a.g.e.**, s.40; Tofahrn, **SAT-II**, s.35; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53; Zieschang, **a.g.e.**, s.157, kn.583; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 170; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.633, kn.19; Bock, **a.g.e.**, s.536; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.13; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.133; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.190, kn.590; Jescheck, **a.g.e.**, 615; Gropp, **a.g.e.**, s.487, kn.118; Rudolf Börker, “Der Irrtum des Unterlassungstäters über die Rechtspflicht zum Handeln”, **Juristische Rundschau**, Sayı:3, 1956, s.87-90, s.87; Zafer, **a.g.e.**, s.192; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.229; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.174; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.393; Akbulut, **a.g.e.**, s.273; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.257; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.532; Özen, **a.g.e.**, s.190.

¹⁸³ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.34.

¹⁸⁴ Bohlander, **a.g.e.**, s.40.

¹⁸⁵ Zieschang, **a.g.e.**, s.157, kn.583; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.394; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.107.

¹⁸⁶ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.318, kn.49.

Gerçek ihmali suçlar için TCK'dan örnek olarak, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu (*TCK m.98*), suçu ihbar etmeme suçları (*TCK m.278-280*), denetim görevinin ihmali suçu (*TCK m.251*), akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali suçu (*TCK m.175*), inşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama suçu (*TCK m.176*)¹⁸⁷, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu (*TCK m.233*)¹⁸⁸, görevi kötüye kullanma suçu (*TCK m.257/2*) gösterilebilir. Alm. CK'dan örnek olarak ise, Alm. CK § 323c'de yer alan “*yardım etmeme suçu*”¹⁸⁹, Alm. CK § 138'de yer alan “*planlanan suçları ihbar etmeme suçu*”¹⁹⁰, Alm. CK § 123/1/2'de yer alan “*konut dokunulmazlığının ihlali suçu*”¹⁹¹ gösterilebilir. İhmal aynı zamanda gizli de olabilir, örneğin Alm. CK § 266a'da yer alan “*işçinin ücretini ödememe ve ihtilas*” suçunda “*işçinin sosyal sigortaya ödenmesi gereken primlerine alıkoymak*” fiilinde olduğu gibi¹⁹².

Gerçek olmayan (*görünüşte*) ihmali suç ise, esasen icrai davranış ile işlenebilecek bazı suçların ihmali davranış ile de gerçekleştirilebilmesinin

¹⁸⁷ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.228, 229; Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.161, 163; Hafizoğulları, Özen, *a.g.e.*, s.173, 174; Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.390, 393, 394; Zafer, *a.g.e.*, s.192; Akbulut, *a.g.e.*, s.273; Demirbaş, *a.g.e.*, s.233; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *a.g.e.*, s.257; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, *a.g.e.*, s.532; Özen, *a.g.e.*, s.190.

¹⁸⁸ Aydın, bu suçu her ne kadar gerçek olmayan ihmali suçlara örnek olarak göstermiş ise de, düşüncemize göre bu suç gerçek ihmali suçtur (Aydın, *a.g.e.*, s.272).

¹⁸⁹ Bohlander, *a.g.e.*, s.40; Ransiek, *a.g.m.*, s.490; Baumann, Weber, Mitsch, *a.g.e.*, s.117, kn.34; Tofahrn, *SAT-II*, s.35; Hoffmann-Holland, *a.g.e.*, s.17, kn. 53; Zieschang, *a.g.e.*, s.157, kn.583; Robbers, *a.g.e.*, s.114, kn. 441; Kasiske, *a.g.e.*, s.113, kn.293; Heinrich, *a.g.e.*, s.60, kn. 170; Schweinberger, *Strafrecht AT I*, s.10, kn.44; Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.633, kn.19; Bock, *a.g.e.*, s.537; Kindhäuser, *a.g.e.*, s.303, kn.1; Bockelmann, Volk, *a.g.e.*, s.133; Schweinberger, *Strafrecht AT II*, s.191, kn.590; Jescheck, *a.g.e.*, 615; Brammsen, *a.g.e.*, s.144; Satzger, *a.g.m.*, s.432.

¹⁹⁰ Ransiek, *a.g.m.*, s.490; Baumann, Weber, Mitsch, *a.g.e.*, s.117, kn.34; Tofahrn, *SAT-II*, s.35; Hoffmann-Holland, *a.g.e.*, s.17, kn. 53; Zieschang, *a.g.e.*, s.157, kn.583; Kasiske, *a.g.e.*, s.113, kn.293; Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, s.633, kn.19; Bock, *a.g.e.*, s.536; Bockelmann, Volk, *a.g.e.*, s.133; Schweinberger, *Strafrecht AT II*, s.191, kn.590; Hellmut Mayer, *Strafrecht AT*, s.77; Blei, *a.g.e.*, s.281; Brammsen, *a.g.e.*, s.144; Gropp, *a.g.e.*, s.487, kn.118; Satzger, *a.g.m.*, s.432; Börker, *a.g.m.*, s.87.

¹⁹¹ Hoffmann-Holland, *a.g.e.*, s.17, kn. 53; Jescheck, *a.g.e.*, 615; Gropp, *a.g.e.*, s.487, kn.118.

¹⁹² Bu fiilin anlamı, ödenmesi gereken tutarın vadesi geldiğinde ödenmemesidir (Ransiek, *a.g.m.*, s.490).

öngörüldüğü suçlardır¹⁹³. “Gerçek olmayan” olarak adlandırılmasının sebebi, ihmali suçların sadece hukuki emrin yerine getirilmemesi şeklinde oluşturulması olarak ifade edilmektedir¹⁹⁴. Bu suç grubunun ayırt edici noktasının failin suç tipinde yer almayan emre aykırı davranışı olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁵. Bu fiilerin suç olarak tesis edilmesinin sebebi ise, belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan kişilerin bu neticenin oluşumuna kendisi sebep olmasa dahi engellememiş olması dolayısıyla ihmali davranış ile suç işlemesidir¹⁹⁶. Gerçek olmayan ihmali suçlar, failin neticeyi önleme hususunda hukuki yükümlülüğe sahip olmasına rağmen, ihmali bir hareket ile suçun kanuni tanımında öngörülen tipik neticeye sebep olduğu suçlar olarak ifade edilebilir¹⁹⁷.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda, kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için bir kısım koşullar bulunmaktadır. Şöyle ki; bu neticenin gerçekleşmesine sebep olan yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması ve bu eşdeğerlilik için de failin neticeyi önlemek bakımından hukuki bir yükümlülüğünün olması gereklidir¹⁹⁸. Belli bir icrai davranışta bulunma hususundaki hukuki yükümlülük, garantörlüğü ifade etmektedir¹⁹⁹. Failin özel bir

¹⁹³ Bohlander, **a.g.e.**, s.40; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.58; İçel, **a.g.e.**, s.277; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.36; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.278, kn. 728; Robbers, **a.g.e.**, s.114, kn. 442; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.252; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.133; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.533; Özen, **a.g.e.**, s.191; Satzger, **a.g.m.**, s.432; Börker, **a.g.m.**, s.87; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.230; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.174; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.396; Akbulut, **a.g.e.**, s.275.

¹⁹⁴ Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.133.

¹⁹⁵ Türey, **a.g.m.**, s.125.

¹⁹⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.230; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.396; Taşkın, **a.g.e.**, s.140; Kolcu, **a.g.e.**, s.24; Robbers, **a.g.e.**, s.114, kn. 442; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 171; Bock, **a.g.e.**, s.533; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.14; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.252; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.133; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.259; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 232; Özen, **a.g.e.**, s.191.

¹⁹⁷ Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, § 13, kn.6; Nagler, **a.g.e.**, s.5; Robbers, **a.g.e.**, s.114, kn. 442; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 171; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.253.

¹⁹⁸ Bohlander, **a.g.e.**, s.40; Ransiek, **a.g.m.**, s.491; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.397; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.36; Zieschang, **a.g.e.**, s.161, kn.600; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.58; İçel, **a.g.e.**, s.277; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.308, kn.1; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.77; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.253; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.134; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 232; Özen, **a.g.e.**, s.193.

¹⁹⁹ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.36; Zieschang, **a.g.e.**, s.161, kn.600; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 171; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.14; Mosenheuer, **a.g.e.**,

hukuki yükümlülük (*garantörlük, Garantenpflicht*) altında olması gerekir²⁰⁰. Bu yükümlülük, neticeyi önleme yükümlülüğüdür. Neticeyi önleme yükümlülüğünün içeriğinde “*koruma yükümlülüğü*” (*Beschützergaranten*) ya da “*gözetim yükümlülüğü*” (*Überwachergaranten*) olduğu kabul edilmektedir²⁰¹.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda, hareket yükümlülüğü, somut koşullardan özellikle dış dünyada yasal olarak tanımlanmış değişiklikleri engelleme

s.171; Akbulut, **a.g.e.**, s.275; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.259; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.533; Özen, **a.g.e.**, s.193.

²⁰⁰ Tofahrn, **SAT-II**, s.45; Ransiek, **a.g.m.**, s.491; Kasiske, **a.g.e.**, s.116, kn. 301; s.113, kn.293; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.72, kn.35; Langer, **a.g.m.**, s.243; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.283, kn. 743; Zieschang, **a.g.e.**, s.157, kn.584; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 171; Bock, **a.g.e.**, s.553; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.14; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.171; Jakobs, **a.g.e.**, s.799, kn.26; Jescheck, **a.g.e.**, s.620; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.77; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.396; Apaydın, **a.g.e.**, s.174; Akbulut, **a.g.e.**, s.276; Aydın, **a.g.e.**, s.272; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.253; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 232; Özen, **a.g.e.**, s.191; Türay, **a.g.m.**, s.125.

Garantör yükümlülüğü konusunda önem ve özellik arz eden bir husus da, kamu görevlilerinin yükümlülükleridir, dolayısıyla bu kapsamda üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır. Kamu görevlisinin yükümlülüğü, sadece istihdam eden makamın hukuki değerlerine duyulan güvene hizmet içindir. Halkın ya da tek bir vatandaşın hukuki değerlerine ilişkin değildir. Hakim görüşüne göre, kamu görevlisinin garantör durumu, koruma amacı ile yetki alanı içerisindeki tüm görevleri kapsamaktadır (Tofahrn, **SAT-II**, s.49). Devletin kendisini koruması için koruma görevini üstlenen memurlara ve çalışanlara (*kamu görevlilerine*) ihtiyaç vardır (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.737, kn.78).

Kamu görevlisinin neticeyi önlemeye yönelik garantör pozisyonunun içeriği hususunda tartışma bulunmaktadır. Buradaki sorun, fonksiyon sahibinin idare hukukundaki yükümlülük alanının onun ceza hukukundaki yükümlülük durumunu sınırlandırıp sınırlandırmadığı ve sınırlandırılıyorsa ne derece sınırlandırıldığıdır. Eğer bu kişinin hizmet alanı, kural olarak kamu hukuku olarak yetkilendirilseydi, ilgili menfaat için bir tehlike ya da ihlale göz yumulabilirdi. Resmi makamın garantör yükümlülüğü, genellikle sadece kamu hukukunun ilgili hükümlerine göre zorlayıcı olarak düzenlenen devlet faaliyetlerinde kabul edilir. Bu demektir ki kamu görevlisinin takdir yetkisi sınırlıdır (Christof Sangenstedt, **Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern**, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989, s.40, 41). Diğer taraftan eğer kamu görevlileri takdir yetkilerini eksik kullanır ya da hiç kullanmazlarsa, garantör yükümlülüğü ihlalden söz edilebilir. Ayrıca sadece konu ile ilgili olmayan düşüncelerden ya da keyfilikten dolayı ihmal de olabilir. Bunlar ağır takdir yetkisi hataları olmaktadır ve bunlar garantör yükümlülüğüne aykırı olarak kabul edilmektedirler (Sangenstedt, **a.g.e.**, s.41, 42).

²⁰¹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.283, kn. 743; Zieschang, **a.g.e.**, s.161, kn.601; Kasiske, **a.g.e.**, s.119, kn.308; Heinrich, **a.g.e.**, s.386, kn. 926-929; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.712, kn.6; Bock, **a.g.e.**, s.554; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.313, kn.24; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.176; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.209, kn.655; Jakobs, **a.g.e.**, s.799, kn.27; Sözüer, **a.g.m.**, s.93; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.231; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.403.

“*Koruma yükümlülüğü*”nın İngilizce karşılığı olarak “*based on duty of protection*” ve “*gözetim yükümlülüğü*”nın İngilizce karşılığı olarak “*based on duty of supervision*” kullanılmaktadır (Bohlander, **a.g.e.**, s.41). “*Schutz und Überwachungspflichten*” (*koruma ve gözetim yükümlülüğü*) teriminin İngilizce karşılığı olarak “*legal duties*” ifadesi de kullanılmaktadır (Schrägle, **a.g.e.**, s.151, 152).

Gerçek olmayan ihmali suçların Alman hukuku açısından temel özelliği, “*koruma yükümlülüğü*” (*the duty of care/Garantenstellung*) ve “*hareket etme yükümlülüğü*” (*the duty to act/Garantenpflicht*) olarak iki alt gruba ayrılmasıdır (Bohlander, **a.g.e.**, s.41).

yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır²⁰². Gerçek olmayan ihmali suçlarda olası fail alanı, neticeyi engelleme yükümlülüğü bulunan kişiler ile sınırlandırılmıştır²⁰³. Garantör, tipik neticenin gerçekleşmesini engellemeyi ve tehdit edilen hukuki değeri korumayı üstlenen kişidir²⁰⁴. Fail hukuken neticenin meydana gelmemesini garanti etmeli ve aynı zamanda aktif olarak da neticeyi önleme yükümlülüğü altında olmalıdır²⁰⁵. Sadece neticenin gerçekleşmemesini garanti eden, neticeyi önleme yükümlülüğü olan kişi yani garantör fail olabilir²⁰⁶. Bu suçlarda, fail neticenin önlenmesi ile yükümlü olmalıdır ve neticenin gerçekleşmesini ihmal etmiş olmalıdır²⁰⁷. Alman doktrin ve içtihatlarında olduğu gibi neticeyi önleme yükümlülüğü salt ahlaki görevlerden kaynaklanmaz²⁰⁸. Eğer böyle bir özel yükümlülük yoksa, gerçek olmayan ihmali suçtan dolayı cezalandırılabilirlik elenmelidir. Bu halde gerçek ihmali suçtan cezalandırılabilirlik söz konusu olabilir²⁰⁹. Gerçek olmayan ihmali suçlarda, garantörlük durumu (*Garantenstellung*)

²⁰² Gropp, **a.g.e.**, s.488, kn.119.

²⁰³ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.208, kn.649.

²⁰⁴ Kasiske, **a.g.e.**, s.116, kn. 301; s.113, kn.293; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53; Zieschang, **a.g.e.**, s.161, kn.600; Bock, **a.g.e.**, s.537; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.139; Jescheck, **a.g.e.**, 620; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.77.

Hakeri garantörlüğü, Alm. CK § 13 göz önüne alınarak tipik neticenin meydana gelmesini önlemek hususunda hukuken yükümlü olmak şeklinde tanımlanmaktadır (*Hakeri*, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.114).

²⁰⁵ Ransiek, **a.g.m.**, s.493; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.278, kn. 728; Zieschang, **a.g.e.**, s.157, kn.584; Robbers, **a.g.e.**, s.114, kn. 442; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 171; Bock, **a.g.e.**, s.537; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.313, kn.24; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.171; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.134, 137; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.190, kn.587; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.259; Jakobs, **a.g.e.**, s.213, kn.56; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.533; Jescheck, **a.g.e.**, 620; Satzger, **a.g.m.**, s.432.

²⁰⁶ Ransiek, **a.g.m.**, s.493; Tofahrn, **SAT-II**, s.36; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Bock, **a.g.e.**, s.537; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.308, kn.4; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.77.

²⁰⁷ Ransiek, **a.g.m.**, s.491; Tofahrn, **SAT-II**, s.45, kn.64; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.278, kn. 728; Zieschang, **a.g.e.**, s.161, kn.600; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.14; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.191, kn.592; Jakobs, **a.g.e.**, s.213, kn.56; Jescheck, **a.g.e.**, 620; Satzger, **a.g.m.**, s.432; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.171; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.533.

²⁰⁸ RGSt 66, 71 (73 f); BGHSt 7, 268 (271); 30, 391 (395); 30, (394) (Kindhäuser, **a.g.e.**, s.318, kn.49; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.137); Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.253; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.261; Özen, **a.g.e.**, s.191.

²⁰⁹ Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 171; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.208, kn.649.

ve neticenin önlenmesine ilişkin özel bir hukuki yükümlülük (*Garantenpflicht*) bulunmalıdır²¹⁰.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda, özel suç tipinde en azından aktif bir hareket tanımlanmaktadır²¹¹. Burada haksızlığın ilgili neticesine ihmal ile sebep olduğu düşünülebilir²¹². Bir annenin çocuğunu sadece öldürmesi değil, aynı zamanda açlıktan veya susuzluktan ölmesine sebep olması ya da boğulmasına

²¹⁰ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.36; Tofahrn, **SAT-II**, s.36, 45; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53, s.278, kn.728; Zieschang, **a.g.e.**, s.15f7, kn.584; Robbers, **a.g.e.**, s.114, kn. 442; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 171; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.14; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.171; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.137; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.190, kn.587; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.77.

Garantör durumu ve garantör yükümlülüğü arasında ayırım yapılmalıdır. Gerçek ihmali suçlarda hareket yükümlülüğü, buna neden olan durum ile karşılaştırılmalıdır. Hem gerçek hem de gerçek olmayan ihmali suçların hukuksal durumunu kavramak için “*hareket yükümlülüğü*” (*Handlungspflicht*) ve ona sebep olan durum “*hareket durumu*” (*Handlungssituation*) ayırt edilmelidir (Ellen Schlüchter, **Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, s.139).

Garantör durumundan bir kişinin içinde bulunduğu özel hukuki ilişki anlaşılmalıdır. Örneğin, çocukları ile ilgili olarak ebeveyn olma durumu gibi (Heinrich, **a.g.e.**, s.385, kn. 920). Hukuki olarak kefil olma durumu, garantör durumu olarak adlandırılmaktadır (Bock, **a.g.e.**, s.553). Garantörlük durumu, icrai bir suçta ihmali hareket ile icrai hareketi eşit dereceye getirme koşuludur (Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.209, kn.651). Garantör durumu, bir kamu görevlisi durumundan ve buna bağlı özel yükümlülük alanından oluşabilir, bu nedenle bu garantör durumunun kapsamı tartışmalıdır (Tofahrn, **SAT-II**, s.49). Ceza hukuku dışından kaynaklanan hukuki yükümlülüğün öneminden başka, garantör durumunun özelliği konusunda ve bu garantör durumunu diğer yükümlülük durumlarından ayırt eden hususun ne olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bilhassa Alm. CK § 138’de yer alan “*planlanan suçları ihbar etmeme*” suçu ya da Alm. CK § 323 c’de yer alan “*yardım etmeme*” suçunda olduğu gibi (Sangenstedt, **a.g.e.**, s.50).

Garantörlük durumunun sonucu ortaya çıkan garantör yükümlülüğü, garantörlük durumundan ayrılmalıdır (Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.209, kn.653). Örneğin, eşler birbirlerine karşı garantör durumundayken, bu garantörlük durumu sadece eşlerden diğerini tehdit eden tehlikeye karşı koruma yükümlülüğüne dayanmaktadır (Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.209, kn.653). Garantör yükümlülüğüne dayanan garantör durumu, suçun kanuni unsurlarını genişleten yazılmamış ceza tehdidi karakterini içermektedir (Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.137). Garantör yükümlülüğünden bir hukuki ilişkiye (*garantör durumuna*) dayanan hareket etme yükümlülüğü anlaşılır. Örneğin ebeveynlerin çocuklarına yönelik zararı engelleme yükümlülüğü vardır (Heinrich, **a.g.e.**, s.385, kn. 921). Garantörlük durumundan ortaya çıkan kurtarma yükümlülüğü de garantör yükümlülüğü olarak adlandırılmalıdır (Bock, **a.g.e.**, s.553).

Alman doktrininde, gerçek olmayan ihmali suçlarda özel kişisel unsur olarak garantör durumunun § 28/1 anlamında incelenip incelenmemesi gerektiği tartışmalıdır. Burada, garantör durumu ve onu takip eden garantör yükümlülüğünde mağdur açısından güvene sebep olan bir yükümlülüğün kişiselilik içerdiği kabul edilmelidir. Bu, sadece tipikliğe ilişkin koşul olan eşdeğerlilik durumu (*icrai hareket ile olan*) değildir (Heinrich, **a.g.e.**, s.410, kn. 971).

²¹¹ Ransiek, **a.g.m.**, s.491; Zieschang, **a.g.e.**, s.157, kn.584.

²¹² Ransiek, **a.g.m.**, s.491; Zieschang, **a.g.e.**, s.157, kn.584; Robbers, **a.g.e.**, s.114, kn. 442; Blei, **a.g.e.**, s.277.

rağmen kurtarmaması açıklayıcı bir örnektir²¹³. Ya da örneğin, yüzme bilmeyen çocuğuna yardım etme yükümlülüğü olduğu halde yardım etmeyen babanın yüzme bilmeyen kişiyi kayalıklardan denize atan fail gibi cezai sorumluluğu olur²¹⁴.

Bu tür suçların TCK bakımından en önemli örnekleri, TCK m.83’de yer alan “*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*” suçu, TCK m.88’de yer alan “*kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi*” suçu ve TCK m.94/5’de yer alan “*işkence*” suçunun ihmali davranışla işlenmesidir. TCK m.83/2’de yer alan hükme göre, ihmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için ya belli bir icrai davranışta bulunma konusunda kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün bulunması ya da öngelen tehlikeli davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gereklidir. Garantörlük durumu ancak bu hallerin gerçekleşmesi ile mümkün olur.

Gerçek olmayan ihmali suç, Alm. CK § 13’de genel hüküm olarak düzenlenmiştir. Gerçek olmayan ihmali suç özel olarak belirlenmemiş, aksine genel hükümlerde düzenlenmiştir²¹⁵. Bu hükme göre, bir ceza kanununda yer alan suç tipindeki neticeyi engellemekte ihmal gösteren bir kişinin bu kanuna göre cezalandırılabilmesinin koşulları, neticenin meydana gelmemesi için hukuki yükümlülük şeklinde bir sorumluluk üstlenmiş olması ve bu ihmali davranışın kanundaki bir suç tipinde yer alan icrai bir davranış ile eşdeğerde kabul edilmiş olmasıdır. Failin 13.paragrafta yer alan koşulları gerçekleştirmiş olması gereklidir, ancak aktif hareket ile işlenen suçlarda bu gerekli değildir, bu suçlarda zorunlu tek bir şey görünmektedir: İhmali veya icrai hareketin suç incelemesinin başlangıç noktası olup olmadığı belirlenmelidir²¹⁶. Bu hükme göre, garantörün sorumluluğu,

²¹³ Ransiek, **a.g.m.**, s.491; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.118, kn.36; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53; Robbers, **a.g.e.**, s.114, kn. 442; Heinrich, **a.g.e.**, s.60, kn. 171; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.81; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.253; Demirbaş, **a.g.e.**, s.233.

²¹⁴ Tofährn, **SAT-II**, s.36.

²¹⁵ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53.

Gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin olarak Alman Hukuku’nda 1975 yılına kadar pozitif bir düzenleme bulunmamaktaydı (Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.54). 1975 yılında Alm. CK’ya 13.paragrafın eklenmesi ile kanun koyucu gerçek olmayan ihmali suçların çoğu için cezalandırılabilirlik bakımından belirlilik sağlamıştır.

²¹⁶ Ransiek, **a.g.m.**, s.493.

aktif harekete karşılık gelen ihmal ile kanuni suç tipinin gerçekleştirilmesine bağlıdır²¹⁷. Bu hükümde yer alan ikinci koşul, eşdeğerlilik koşulunun (*zweite Gleichstellungserfordernis; Entsprechungsklausel*) gerçekleşmiş olmasıdır. Bu koşul ise ihmalin suçun kanuni tanımında yer alan icrai hareketin gerçekleşmesine karşılık gelmesidir²¹⁸. Bu suçlar, kanun koyucu tarafından ihmali suç olarak normlaştırılmamış olan suçlardır²¹⁹. Gerçek olmayan ihmali suça örnek olarak Alm. CK § 339’da yer alan “*hukuku kasten ihlal ederek yapılan uygulama*” suçu²²⁰, Alm. CK § 266’da yer alan “*güveni kötüye kullanma*” suçunun²²¹ ihmali hareketle işlenmesi gösterilmektedir.

“Bağımsız pozitifleştirilmiş” (*Selbständig positiviert*) ihmali özgü suçlar, ceza kanununda icrai suçlara göre daha nadir olarak bulunmaktadır. Çoğunlukla bu tür suçlar, bir ceza tehdidi içerisinde karşılık gelen icrai özgü suç ile tipikleştirilmişlerdir. Örneğin, Alm. CK § 266a’da yer alan “*işçinin ücretini ödememe ve ihtilas*” suçu gibi²²². Kavramsal olarak kanunun lafzından ihmalin işleniş biçimi olarak “*intraneus*”un tanımlandığı suçlar olarak anlaşılmaktadır, bu da bu suçların “*extraneus*” tarafından işlenemeyeceği anlamına gelir. Bağımsız pozitifleştirilmiş ihmali özgü suçlar, sadece “*intraneus*” yani garantör tarafından ve

²¹⁷ Tofahrn, **SAT-II**, s.53, kn.81; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.134; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.191, kn.593.

²¹⁸ Ransiek, **a.g.m.**, s.493; Tofahrn, **SAT-II**, s.53, kn.81; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.279, kn. 728; Kasiske, **a.g.e.**, s.113, kn.293; Heinrich, **a.g.e.**, s.358, kn. 861; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.403, kn.58; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.633, kn.17; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.303, kn.1; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.61, 62; Schünemann, **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten**, s.44; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.134; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.191, kn.593; Jakobs, **a.g.e.**, s.779, kn.10; Jescheck, **a.g.e.**, 620; Berster, **a.g.e.**, s.51; Satzger, **a.g.m.**, s.433.

Alman ceza hukuku literatürüne göre, Alm. CK § 13’ün uygulanabilirliği ve elverişliliği konusu tamamen sıkıntılıdır. Çünkü özel ilişkinin (*garantör durumunun*) Alm. CK § 13’e göre cezalandırılabilirlik koşulu olmasına göre hareket edilmelidir. Ancak bu çoğunlukla denklik koşulundan anlaşılmamaktadır, tam aksine hukuken sorumluluk üstlenmesinden kaynaklanmaktadır (Hannes Schürmann, **Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz**, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, s.125).

²¹⁹ Tofahrn, **SAT-II**, s.35.

²²⁰ BGHSt 10, 294, 298 (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.633, kn.20).

²²¹ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.633, kn.20.

²²² Langer, **Die Sonderstraftat**, s.446.

sadece ihmal ile işlenebiliyorsa, o halde “*intraneus*”un işlediği böyle bir suçun değerlendirmesi, ihmali suç hakkındaki genel kurallara dayanmalıdır²²³.

“*Bağlı pozitifleştirilmiş*” (*Abhängig positiviert*) ihmali özgü suçlarda, yani Alm. CK § 13’de yer alan düzenleme kapsamında yer alan suçlarda, böyle bir kanuni anlayışın sonucu olarak tipik hareketin hem icrai hem de ihmali davranış ile gerçekleştirilebilmesi şeklinde problem ortaya çıkar. 13.paragrafta, icrai suç ve ihmali suç arasındaki ilişkide “*özel kişisel unsur*” ifadesi yer almamaktadır²²⁴. Alm. CK § 266’da yer alan “*güveni kötüye kullanma suçu*”nda suç tipinde tanımlanan fiil, yabancı malvarlığı menfaatlerini koruma yükümlülüğünü ihlal etmektir. Böyle bir yükümlülük ihlalinin ihmal ile tipikleştirilip tipikleştirilmediği (*ve böylece güveni kötüye kullanma suçunun işlenme şeklinin bağımsız pozitifleştirilmiş ihmali özgü suçu oluşturup oluşturmadığı*) ya da sadece icrai yükümlülük ihlalinin Alm. CK § 266’nın kapsamına girip girmediği (*ve ihmali özgü suçun § 266’nın 13’e bağlı olarak tipikleştirip tipikleştirmediği*), sadece literatürde tartışmalı değildir ve ayrıca yüksek mahkeme içtihatlarında da bir problem olarak ortaya çıkmış, ancak net bir karar ortaya koyulamamıştır. Halbuki bu hususun belirlenmesinin hukuki netice bakımından çok önemli sonuçları bulunmaktadır: Sadece § 13’e göre bağlı ihmali özgü suç için kanun § 13/2 hükmüne göre cezanın indirilmesi imkanını sağlanmaktadır. Böylece ihmali suçların bağımsız olmadığı, yani 13.paragrafın özel kısımdaki suçlara atfı ile ve bu şekilde bağlı olduğu sürece pozitifleştirildiği de kabul edilmektedir²²⁵.

İhmali suç ile Alm. CK § 14 hükmü arasındaki ilişki üzerinde de durmakta fayda bulunmaktadır. Alman doktrininde bir görüşe göre, Alm. CK § 14 uygulanırken, ihmali suçlar yönünden ayırım yapılmalıdır. Genel kurallara göre, gerçek olmayan ihmali suç karşılığı olan icrai suç genel suç ise § 14’ün düzenleme alanı kapsamına girmez²²⁶. Cezalandırılabilirliğin temel koşulları, temsilcinin kendi şahsında bulunduğundan dolayı cezalandırılabilirliğin temel unsuru organ veya

²²³ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.447.

²²⁴ Langer, *a.g.m.*, s.243, 244.

²²⁵ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.449, 450.

²²⁶ Radtke in: *Münchener Kommentar zum StGB*, § 14, kn.41.

vekilde bulunmadığında § 14'ün başlıca uygulama koşulları eksik kalmaktadır. § 14'ün uygulanamazlığının koşulu olarak organ veya temsilcinin kendisinin garantör durumunun olması gerektiği iddiası, sadece organ ya da temsilcinin koruma ya da gözetim yükümlülüğünün üstlenilmesi ve organ ya da temsilci olarak pozisyonunun üstlenilmesi ile mümkündür²²⁷. Ağırlıklı olan görüşe göre, organ ve temsilcinin cezalandırılmasının sebebi, temsil edilenin yükümlülük durumunun organ ya da temsilciye geçmesinden kaynaklanmaktadır²²⁸. Gerçek olmayan ihmali suça karşılık gelen icrai suçlar, statü öngören bir kavram ile elverişli fail alanını sınırlandırmaktaysa, statü sahibinin organ veya vekilinin cezalandırılabilirliği sadece § 14'e göre mümkün olabilir. Bu durum gerçek ihmali suçlar için de geçerlidir²²⁹. İkinci yöndeki görüşe göre, herhangi bir ayırım ya da sınırlandırma yapmaksızın 14.paragrafın icrai suçlar ve gerçek olmayan ihmali suçlar için geçerli olduğunu kabul etmektedir²³⁰. Üçüncü görüşe göre, § 14'ün uygulama alanının sadece yükümlülük suçları ile sınırlandırılması kabul edilmemektedir²³¹.

4. Özgü Suç İle Hareketin Şekli Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

İcrai suçlar, hem genel suçlar hem de özgü suçlar yönünden mümkün olabilir. İcrai hareket ile işlenebilen özgü suçlar bakımından tartışma bulunmamaktadır.

²²⁷ Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.41.

Garantör durumunun bir örneği, Alm. CK § 14'e göre temsilcinin sorumluluğudur. Temsilcinin sorumluluğu, garantör durumunun üstlenilmesinden başka birşey değildir. Böylece bu garantör durumu ceza hukuku sürecine entegre edilebilir ve temsilcinin sorumluluğunun sınırları sorunsuz çizilebilir. Çünkü temsilcinin sorumluluğu bir taraftan özgü suçun belirli garantör durumunun koşullarından, diğer taraftan (*kötü bir şekilde formulize edilmiş bulunan*) bu paragrafın lafzi sınırından belirlenebilir (Bernd Schünemann in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 11. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, s.102, 103, kn.13).

²²⁸ Krause, **a.g.e.**, s.56, 57; Martin, **a.g.e.**, s.21.

²²⁹ Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, kn.43.

²³⁰ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.64, kn.3.

Alm. CK § 14'ün her durumda sadece garantörsel özgü suçun uygulama alanı olduğuna ilişkin görüş için bkz: Krause, **a.g.e.**, s.60.

²³¹ Krause, **a.g.e.**, s.62.

İhmali suçların özgü suç ile olan ilişkisinde ihmali suçları genel olarak ele almak yerine gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerektiği düşüncesindeyiz.

Türk doktrininde bir görüşe göre, tüm gerçek ihmali suçlar, belirli bir durumda fail olarak tanımlandığından geniş anlamda özgü suç kapsamındadırlar²³². Türk doktrininde aksi yönde bir görüşe göre ise, gerçek ihmali suçlarda garantörlük söz konusu değildir, herkes açısından geçerli hukuki yükümlülükler öngörülmektedir²³³.

Türk doktrininde bir görüşe göre, gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçların ayrılmasında faillik alanının sınırlandırılması tek başına bir ölçüt değildir. Bu anlamda, örneğin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunda, belirli kişiler bakımından neticeyi engelleme yükümlülüğü öngörülmüştür. Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda ise, herkesin yükümlülük altında olduğu düşünülebilse de, esasen yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da herhangi bir sebep ile kendisini idare edemeyecek durumda olan kimse ile karşılaşan bir kimse yükümlülük altındadır. Bu sebeple, yazara göre, TCK m.83'ün uygun muhatap alanının neticeyi engelleme yükümlülüğü altında olanlar ile sınırlı olduğunu ve m.98'in ise faillik alanının sınırsız olduğunu kabul etmek doğru değildir²³⁴. Yazara göre, faillik alanının garantör olarak sınırlandırılması ölçütü önemli, ancak gerçek ve gerçek olmayan ihmali suç ayrımında yeterli değildir²³⁵.

²³² Kolcu, **a.g.e.**, s.24. Aslında yazar bir önceki cümlesinde gerçek ihmali suçların failinin herkes olabileceği gibi belli özelliği haiz kişi de olabileceğini ifade etmişken, devamında tüm gerçek ihmali suçların geniş anlamda özgü suç olduğunu kabul ederek çelişkili bir görüşün varlığına yol açmıştır.

²³³ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.107.

Hakeri, bu görüşü kabul etmekle birlikte eserin ilerleyen kısımlarında gerçek ihmali suçlarda ikili bir ayırım yapılmasının gerektiğini, bir kısım gerçek ihmali suçlarda herkesin fail olabilirken, bir kısım suçlarda ise belirli niteliği haiz kişilerin fail olabileceği ifade etmiştir, sonrasında ise yine çelişki oluşturabilecek nitelikte tüm gerçek ihmali suçların faillerinin belirli durumda fail olarak tanımlanmalarından dolayı geniş anlamda özgü suç olarak anlaşılabileceği ifade edilmiştir (Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.208).

²³⁴ Erbaş, **a.g.e.**, s.98.

²³⁵ Erbaş, **a.g.e.**, s.99.

Alman doktrinde hakim olan görüŖe göre, gerçek ihmali suçlar herkes tarafından işlenebilen ihmali suçlardır²³⁶. Alman doktrinde başka bir görüŖe göre ise, özgü suçun özel bir grubunu ya şekli sınırlandırma kriterine göre ya da öğretide hakim görüş olan maddi sınırlandırma kriterine göre gerçek ihmali suç oluşturmaktadır²³⁷. Bir yandan gerçek ihmali suçların özgü suç olmadığı, diğer yandan ise failin her zaman belirli bir durum içerisinde olan fail olarak tanımlanmasından dolayı tüm gerçek ihmali suçların özgü suç olarak anlaşılabilceğı ifade edilir. Esasen bu suçlarda hangi tür normlar söz konusudur? Herkes tarafından işlenebilen suçlar mı, yoksa özgü ihmali suçlar mı? Bir suçun geniş anlamda ihmali özgü suç olarak nitelendirilmesinin sonuçları nelerdir? Bir görüŖe göre, fail alanını sınırlandıran suçlar, herkes tarafından işlenebilen suçlardan içerik açısından fiilin tam olarak tanımlanması ile ayırt edilebilir, neticeyi önleme yükümlülüğünde değışiklik yapılması ile değil²³⁸.

Düşüncemize göre, tüm gerçek ihmali suçların özgü suçun unsurlarının bulunup bulunmadığı incelenmeksizin özgü suç olduğu ya da herkes tarafından işlenebilen genel suç olduğu şeklinde genel bir kabul doğru değildir. Suçun faillik alanının sınırlandırılması ile hareketin şekli birbirinden farklı olduğundan ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Gerçek ihmali suçların içerisinde faillik alanının sınırlandırılmasından dolayı özgü suç grubu içerisinde değerlendirilebilecek suçlar olduğu gibi genel suç kategorisine giren suçlar da bulunmaktadır. Bu sebeple düşüncemize göre, gerçek ihmali suçlar incelenirken faillik alanının özel bir yükümlülük, nitelik, durum ya da ilişki öngörülerek sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı tespit edilerek neticeye ulaşılmalıdır. Örneğın TCK m.278’de yer alan “suçu bildirmeme suçu”, TCK m.98’de öngörülen “yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu” herkes tarafından işlenebileceğinden faillik alanı

²³⁶ Joerg Brammsen, **Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten**, Duncker § Humblot, Berlin, 1986, s.104; Satzger, **a.g.m.**, s.432; Chen, **a.g.e.**, s.117.

²³⁷ Chen, **a.g.e.**, s.117.

Gerçek ihmali suçların “*Bindungsdelikte*” yani “*yakın ilişkili suçlar*” grubuna dahil olduğuna ilişkin görüş için bkz: Freye, **a.g.e.**, s.35. Çünkü bu suçların esasında, failin kendisi için bulunan hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmemesinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bu suçlarda, fail için emredici hüküm bulunmaktadır. Bu emredici hüküm, bu suçlarda dolaylı failliği dışlayan failin özel bir ilişkisine dayanmaktadır (Freye, **a.g.e.**, s.35).

²³⁸ Brammsen, **a.g.e.**, s.144.

bakımından genel suça, TCK m.251’de yer alan “denetim görevinin ihmali” suçu ve TCK m.257/2’de yer alan “görevi kötüye kullanma” suçu kamu görevlisi tarafından işlenebileceğinden ve TCK m.233’de yer alan “aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” suçu aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmekle yükümlü olan kişi tarafından işlenebileceğinden özgü suça örnektir.

Gerçek olmayan ihmali suçların özgü suç olup olmadığı hususunda doktrinde birbirinden farklı görüşler bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, genel icrai suçlar ve gerçek ihmali suçların aksine gerçek olmayan ihmali suçlar, herkes tarafından işlenemez, aksine sadece tipe uygun neticenin gerçekleşmemesini garanti eden kişi fail olabilir²³⁹. Gerçek olmayan ihmali suçlar, sadece özgü yükümlülüğe dayanan özgü suçlar olarak tanımlanmaktadır²⁴⁰. Bu suçlar, ancak garantör durumda olan kişinin fail olabilmesi dolayısı ile özgü suçtur²⁴¹. Garantör suçlarında her zaman

²³⁹ Gropp, **a.g.e.**, s.469, kn.21; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53; Jakobs, **a.g.e.**, s.799, kn.26.

²⁴⁰ Brammsen, **a.g.e.**, s.104.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda, diğer özgü yükümlülük sahiplerinde olduğu gibi garantör, toplumsal açıdan önemli, özel bir pozisyondadır. Tüm garantörsel suçlarda özel bir davranışın beklenmesinin temelinde belirli bir sosyal etki alanında “sorumluluk yüklenmesi” (*Überantwortung*) bulunmaktadır. Aslında bu bakış açısı, özgü yükümlülüğe dayanan özgü suça esas teşkil etmektedir (Brammsen, **a.g.e.**, s.110).

Gerçek olmayan ihmali suç olarak icrai harekete eş ihmali hareket her zaman bir özgü suç olarak görünmektedir. Kanunun lafzına göre herkes yaptığı hareketin (*kast ya da taksirle olsun*) zararlı sonuçlarının sorumluluğunu üstlenmek zorundadır, fakat sadece sorumluluğu üstlenmekle yükümlü kişiler zararlı sonuçları kurtarıcı hareketler ile engellemek zorundadırlar (Jakobs, **a.g.e.**, s.781, kn.13). Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantör yükümlülüğü, özel kişisel unsurdur. Bu görüşe göre, garantör yükümlülükleri, görevi çerçevesinde ona emanet edilen mallardan ve ayrıca yükümlülüğe aykırı icrai ve ihmali hareketlerden aynı şekilde sorumlu olan kamu görevlilerinin yükümlülüklerinden yapısal olarak farklı değildir (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.28, kn.64). Örneğin, Alm. CK § 266 kapsamında failin malı koruma yükümlülüğünde icrai hareketin ihmal edilmesi ile gerçekleşen bir garantör yükümlülüğü bulunmaktadır (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.28, kn.64; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.129; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.104; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.384).

²⁴¹ Kasiske, **a.g.e.**, s.116, kn. 301; Grunst, **a.g.m.**, kn.549; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.28, kn.64; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.103; Langer, **a.g.m.**, s.243, 244; Langer, **Die Sonderstraftat**, s.450; Langer, **Das Sonderverbrechen**, s.502; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.291; Jescheck, **a.g.e.**, 620; Welzel, **a.g.e.**, s.64; Schmidt, **a.g.e.**, s.50; Murmann, **a.g.e.**, s.455, kn.27; Gropp, **a.g.e.**, s.470, kn.21; Satzger, **a.g.m.**, s.433; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.17, kn. 53; Jakobs, **a.g.e.**, s.799, kn.26; Nikolaos K. Androulakis, **Studien zur Problematik der Unechten Unterlassungsdelikte**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1963, s.175; Erdem, **a.g.m.**, s.206; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.115, 397; Taşkın, **a.g.e.**, s.140; Kolcu, **a.g.e.**, s.24; Apaydın, **a.g.e.**, s.174; Akbulut, **a.g.e.**, s.363; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.114; Türay, **a.g.m.**, s.121.

sınırlandırılmış bir muhatap alanı bulunmaktadır, bu kişiler sadece özel yükümlülük durumu olan kişilerdir ve bu sebeple bu suçlar, garantörsel (özgü) yükümlülük suçları “*Garantendelikte (Sonder-) Pflichtdelikte*” dır. Fail, garantör yükümlülüğü altındaki kişi olmalıdır²⁴². Özgü suçta fail, tehlikeyi önleme hususunda özel yükümlülük altındaki garantör olabilir²⁴³. İhmali özgü suçlar (*Unterlassungssonderdelikte*), genellikle gerçek olmayan ihmali suç olarak adlandırılan özgü suçlardır²⁴⁴. Bu tespit (*çoğunlukla yetersiz özgü suç tanımından dolayı dogmatik olarak faydasız kalan*), gerçek olmayan ihmali suç olarak adlandırılan suçların genel olarak kabul edilen çekirdek alanı için geçerlidir. İcrai hareketle gerçekleştirilen hukuki değer ihlali ile karşılaştırıldığında ihmali haksızlığın daha az cezalandırmaya layık olması, özgü yükümlülük sahibinin (*garantörün*) haksızlığının nisbeten yoğunluğu ile telafi edilmektedir²⁴⁵. Bu ihmali

Yargıtay da aynı şekilde gerçek olmayan ihmali suçların failinin ancak garantör olması dolayısı ile özgü suç olduğunu kabul etmektedir (Yargıtay 16.CD., 03.04.2018 tarih ve 2017/3800 E., 2018/957 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 10.04.2019). Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 16.CD., 2018/6182 E., 2019/4132 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 30.10.2019); Yargıtay 16.CD., 14.05.2019 tarih ve 2018/6780 E., 2019/3591 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 30.10.2019).

²⁴² Murmann, *a.g.e.*, s.455, kn.27; Gropp, *a.g.e.*, s.469, kn.21; Satzger, *a.g.m.*, s.433; Chen, *a.g.e.*, s.275; Langer, *a.g.m.*, s.243; Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s.114.

Garantörsel ihmali suçlarda fail, çok özel, sadece kendisi veya yükümlülük altındaki kişilerin küçük bir alanındaki ilgili yükümlülüğü ihlal ettiği zaman söz konusu olur. Bu özgü yükümlülük altındaki kişi, hukuk düzeninde zararlı neticenin gerçekleşmemesi için bir garantör olarak gözükmektedir (Schmidhäuser, *a.g.e.*, s.382, kn.7).

²⁴³ Sebastians Hoffmanns, “Der Tatumsstandsirrthum im deutschen und türkischen Strafrecht”, Ed. Walter Gropp/Bahri Öztürk/Adem Sözüer/Liana Wörner, *Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht*, Nomos, s.277-301, s.285; Hoffmann-Holland, *a.g.e.*, s.17, kn. 53; Jakobs, *a.g.e.*, s.799, kn.26.

²⁴⁴ Langer, *Die Sonderstraftat*, s.450.

²⁴⁵ Langer, *Die Sonderstraftat*, s.450.

Alman doktrinde cezaya liyakat açısından yapılan değerlendirmede, gerçek olmayan ihmali suçların özgü suç karakterine rağmen, ona karşılık gelen icrai suç ile karşılaştırıldığında, cezaya liyakat derecesinin daha düşük olduğu ifade edilmektedir (Burkhard Niepoth, *Der Untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 1994, s.270).

İhmali suçun değersizliği, icrai hareketin değersizliğine göre daha azdır ve bu daha az olan değersizliğin içeriği, özgü yükümlülük ile artırılabilir. İcrai hareketin değersizliğine ancak özgü yükümlülüğün ihlali ile ulaşılabilir. Ne zaman değersizliği artıran bir özgü yükümlülüğün ihlali olduğu ve ne zaman ihmalin değersizliğinin içeriğinin özgü yükümlülük ihlalinin dolayısı artmış olduğu yani aynı şekilde cezaya layık olduğu sorularına Alm. CK § 13 yanıt vermez. İhmali suçların oluşumu için özel hükümlerdeki özgü suç tiplerinden farklı olarak 13.paragrafta özgü yükümlülük koşullarının kanuni açıklaması eksiktir (Schürmann, *a.g.e.*, s.189).

İcrai suçlarda, hukuki değer ihlalinin herhangi bir fail tarafından gerçekleştirilebildiği genel haksızlık, belirli failin ilgili hukuki değer konusu ile özel ilişkisi sebebiyle özel haksızlıkla değiştirilebilir.

özgü haksızlığın cezalandırılması, buna karşılık gelen icrai genel haksızlık gibi cezalandırmaya layık olmasına dayanmaktadır²⁴⁶. Alm. CK § 13’de yer alan denklik unsuruna göre icrai hareket ve ihmali hareketteki hukuki değere yönelik saldırının değersizliği hemen hemen aynıdır, bu suçlar tartışmasız bir şekilde garantörsel ihmali özgü suç alanındadır. Çünkü bu suçlar, ihmali özgü suçlar (*Unterlassungssonderdelikte*)’dır. Klasik bir örnek olarak ebeveyn ve çocuk arasındaki koruma yükümlülüğü ilişkisi, aynı şekilde eşler arasında gönüllü olarak üstlenilen koruma yükümlülüğü ve belirli tehlike kaynaklarının denetimi için kanuna dayanan teminat yükümlülüğü ilişkisi gösterilmektedir²⁴⁷. Çocuğunu aç bırakan anne örneğinde özgü suç kavramının tüm unsurları gerçekleşmektedir²⁴⁸.

İkinci görüşe göre, gerçek olmayan ihmali suçlar yükümlülük suçlarıdır ve bu suçların yükümlülük suçlarından ayrı bir grupta incelenmesi anlamlı değildir²⁴⁹. Yükümlülük suçları öğretisine göre, ihmal eden garantör daima fail olarak kabul edilmelidir²⁵⁰. Yükümlülük suçları olarak adlandırılan ihmali suçlar, garantörlük durumunda faillğe dayanmaktadır ve eğer garantör yükümlülüğü yerine getirilmiyorsa, sadece yükümlülük ihlali ile faillik ortaya çıkmaktadır²⁵¹.

Üçüncü görüşe göre, ihmali suçlarda özgü ve yükümlülük suçları birlikte düşünülmektedir. Bu sebeple ihmali suçlar her zaman yükümlülük suçlarıdır. Gerçek olmayan ihmali suçlarda sadece garantör fail olduğu için aynı zamanda özgü suçtur²⁵².

Dördüncü görüşte ise, ihmali suçlar fikrinin yükümlülük suçları olarak anlaşılmaması gerektiği saptanmıştır. Ayrıca, yükümlülük suçu öğretisinin ihmali suç konusunda ikna edici olmadığı ve diğer yandan bu öğretinin anlayışında faillğe dayanan yükümlülükler olarak tüm garantör yükümlülüklerinin sınıflandırmasının

Böylece ihlal edilen hukuki değere göre değersizlik içeriği ya artırılır ya da azaltılır (Schürmann, **a.g.e.**, s.118).

²⁴⁶ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.451.

²⁴⁷ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.461.

²⁴⁸ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.450.

²⁴⁹ Demirel, **a.g.e.**, s.113, 114.

²⁵⁰ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.241, kn.775; Özbek, **a.g.e.**, s.500.

²⁵¹ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.241, 242, kn.775.

²⁵² Schmidt, **a.g.e.**, s.50.

oldukça şüpheli olduğu ifade edilmiştir. İhmal ve netice arasındaki doğrudan isnadiyet yapısı karşısında, ihmali tipikliğinin tüm unsurlarının şahsen kişinin kendisi tarafından gerçekleştirilmesi koşulu ile doğrudan fail olarak ihmali değerlendirilmesi oldukça makul görünmektedir²⁵³.

Gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar arasında ayırım yapmaksızın faili belirleyen beşinci görüşe göre, ihmali haksızlığın faili belirli bir icrai davranışta bulunma doğrultusunda yükümlülük altında bulunan kişidir, belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün kaynağını teşkil eden emredici mahiyetteki davranış normunun asli muhatabıdır²⁵⁴.

İcrai ve ihmali suçlar açısından ayırım yapan altıncı görüşe göre, icrai suçlar (*özgü suçlar hariç olmak üzere*) herkes tarafından işlenebilirken, ihmali suçlar sadece ya özel hükümlerde suç tipinde tanımlanan kişi ya da gerçek olmayan ihmali suçlarda neticenin gerçekleşmemesini garanti eden kişi tarafından gerçekleştirilebilir²⁵⁵.

İhmali suçlara ilişkin olarak suçun maddi yapısı ve kanuni düzenlemesine göre sınıflandırma yapan yedinci görüşe göre, bu sınıflandırmanın ilk grubunu herkes tarafından işlenebilen ihmali suçlar (*genel suçlar*) ve failin ihlal ettiği yükümlülüklerdeki farklılıklar nedeniyle garantörsel ihmali suçlar (*özgü suçlar*) oluşturmaktadır²⁵⁶.

Gerçek olmayan ihmali suçlardaki garantörlük kavramının failin özelliği ile olan ilişkisi bağlamında *Erbaş*, hukuki yükümlülük sahibi olmanın suçun faillik alanını sınırladığını ve böylece herkesin fail olmasının engellendiğini belirterek hem tipik hareketin hem de failin özelliğinin iç içe geçtiğini kabul etmektedir. Bu nedenle

²⁵³ Mosenheuer, **a.g.e.**, s.176.

²⁵⁴ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.165.

²⁵⁵ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.628, kn.4.

²⁵⁶ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.381, 382, kn.6.

Fail genel bir yükümlülüğü ihlal ettiğinde, herkes tarafından işlenebilen ihmali suçlar söz konusu olur. Hareket etme yükümlülüğünün herhangi biri tarafından yerine getirilmemesini ifade etmektedir (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.382, kn.7). Bu sebeple Alm. CK § 323c’de yer alan “yardım etmeme suçu”, Alm. CK § 138’de yer alan “planlanan suçları ihbar etmeme suçu”, gerçek ihmali suçlardır ve genel suç olarak adlandırılan herkes tarafından işlenebilen suçlardandır (Brammsen, **a.g.e.**, s.144; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.382, kn.7).

yükümlülüğün suç sistematigindeki inceleme yeri, hem tipikliğin maddi unsurlarında hareketi belirleyici hem de fail unsurunda suça özgü suç niteliğini kazandırıcıdır²⁵⁷. *Androulakis*'e göre de, faile ilişkin unsur ve hareket unsurunu birbirinden ayırmak her zaman kolay değildir. Bu sebeple faile ilişkin genel bir unsur olan “*insan*” unsuru, hareket unsurundan açık bir şekilde ayrılamaz²⁵⁸.

Düşüncemize göre, gerçek olmayan ihmali suçların yapısı gereği garantör durumundaki kişiye özel bir hukuki yükümlülük öngörülmekte ve böylece faillik alanı özel hukuki yükümlülük ile sınırlandırılmaktadır. Bu sebeple sadece neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan (*garantör*) kişi fail olabileceğinden bu tür suçlar ihmali özgü suçlardır (*Unterlassungssonderdelikte*). Gerçek olmayan ihmali suçlar faillik alanına göre suçların sınıflandırılmasında özgü suç kapsamında değerlendirilmelidirler.

Faillik alanını sınırlandıran özgü suç ile hareketin şekilleri olan icrai suç ve ihmali suç arasındaki ilişkinin değerlendirilebilmesi bakımından öncelikle ayrı ayrı icrai suç ve ihmali suç hakkında genel bilgiler verilmiş, sonrasında icrai suç ve ihmali suç ile özgü suç arasındaki ilişkiler ayrı ayrı değerlendirilmiş ve ihmali suç ile özgü suç arasında bağlantı kurulabilecek hususlar ayrı ayrı incelenmiştir. Netice olarak, icrai suç ve gerçek ihmali suç bakımından özgü suçun bir özellik arz etmediğini, genel suçun da özgü suç olabileceğini, her suç tipinde özgü suçun unsurlarının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğini, ancak gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından bu tür suçların mahiyeti gereği faile özel bir hukuki yükümlülük yüklenmesinden ve garantörlük tesisinden dolayı bu suçların özgü suça karşılık geldiğini kabul etmekteyiz.

²⁵⁷ Erbaş, **a.g.e.**, s.207.

²⁵⁸ Androulakis, **a.g.e.**, s.255.

B. Özgü Suç İle Tipikliğin Subjektif Unsuru Arasındaki İlişki

1. Genel Açıklamalar

Tipikliğin objektif unsurlarının gerçekleşmiş olması, suçun oluşumu bakımından yeterli olmayıp tipikliğin subjektif unsurlarının da gerçekleşmiş olması halinde tipik haksızlıktan söz etmek mümkün hale gelir²⁵⁹.

Tipikliğin subjektif unsurları, failin iç tutum, ruhsal durum ve gayretlerini tanımlamaktadır²⁶⁰. Daha evvel amaç suçlara ilişkin açıklamalarımızda yer verdiğimiz gibi tipikliğin subjektif unsurları, tipikliğin birer objektif unsurları olan fail ile fiil arasında subjektif bağ kurmaktadır. Tipikliğin subjektif unsurları, failin suçun kanuni tanımında öngörülen objektif unsurları bilip bilmemesi ile ilgilidir. Tipikliğin subjektif unsurları, kast, taksir, amaç ya da saiktir. Bu kısımda özgü suç ile daha sıkı ilişkisinin olması dolayısıyla çoğunlukla kast incelenmiştir.

Genel olarak yapılan tanıma göre kast, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi anlamına gelir²⁶¹. Kast, suç tipinin objektif unsurlarını kapsamaktadır ve onlarla ilişkilidir, adeta onları yansıtır²⁶². Kast, tipikliğin tüm objektif unsurlarını kapsadığından faile ilişkin unsurları, özellikleri (*nitelik, durum, ilişki*) yükümlülükleri, garantör durumunu da kapsamalıdır. Suç tiplerinin çoğunda bilinmesi gereken unsurlar, fiil, konu, netice olarak görülmektedir, ayrıca fail, kendisine ya da mağdurun objektif niteliğine ilişkin olarak suçun kanuni tanımında belirtilen unsurları bilmelidir²⁶³. Örneğin, fail ya da mağdurun kamu

²⁵⁹ Tofahrn, **SAT-I**, s.53, kn.102; Kasiske, **a.g.e.**, s.26, kn.71; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.145; Akbulut, **a.g.e.**, s.382; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.186; İçel, **a.g.e.**, s.434; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.315; Özen, **a.g.e.**, s.252.

²⁶⁰ Kasiske, **a.g.e.**, s.26, kn.71; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.230.

²⁶¹ Heidland, **a.g.e.**, s.110; Welzel, **a.g.e.**, s.64; Blei, **a.g.e.**, s.105; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.357; Demirbaş, **a.g.e.**, s.371; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.319; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 260; Birtok, **a.g.e.**, s.179; Özen, **a.g.e.**, s.260; Dönmezer, **a.g.e.**, s.199.

²⁶² Heidland, **a.g.e.**, s.110; Jescheck, **a.g.e.**, s.295; Blei, **a.g.e.**, s.105; Dönmezer, **a.g.e.**, s.199; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.359; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 260.

²⁶³ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.471, kn.9; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.52, kn. 152; Tofahrn, **SAT-I**, s.64, kn.123; Zieschang, **a.g.e.**, s.39, kn.113; Heinrich, **a.g.e.**, s.101, kn. 266; Bock, **a.g.e.**, s.218; Jescheck, **a.g.e.**, s.295; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.117; Blei, **a.g.e.**, s.105; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.160; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.241; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.219; Apaydın, **a.g.e.**, s.60; Akbulut, **a.g.e.**, s.390; İçel,

görevlisi olması, fail ile mağdur arasında belirli derecede akrabalık ilişkisinin bulunması, mağdurun gebe olması, mağdurun yaşı²⁶⁴, ya da garantör durumunu bilmesi gibi konularda bilgi sahibi olması gerekir²⁶⁵. Bunların dışında suç tipinde fiilin işleniş şekline ilişkin fiili bir durum öngörülmüş ise, fail bunu da bilmelidir. Örneğin, TCK m.102’de yer alan cinsel saldırı suçu herkes tarafından işlenebilirken, maddenin 3.fıkrasında kamu görevlisi tarafından “*görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*” işlendiğinin ya da TCK m.109’da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kamu görevlisi tarafından “*kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*” işlendiğinin bilinmesi gerekir. Suçun temel şeklinin yanı sıra nitelikli şeklinde de yer alan unsurların bilinmesi gerekir. Örneğin, failin öldürdüğü kişinin üstsoyu olması (TCK m.82/d) gibi.

Tipiklikte yer alan bir unsur olsa dahi fiilin haksızlık muhtevasına dahil olmayan hususlar kast kapsamında yer almamalıdır. Objektif cezalandırılabilme koşulları, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebepler kast kapsamına dahil değildir. Böylece suçun kanuni tanımında yer alan haksızlık muhtevasına dahil olan objektif nitelikteki unsurların bu kapsamda olduğunu ifade etmeliyiz²⁶⁶.

Evik, **a.g.e.**, s.187; İçel, **a.g.e.**, s.435; Dönmezer, **a.g.e.**, s.199; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.359; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.324; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 260; Özen, **a.g.e.**, s.261.

²⁶⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.241; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.162; Apaydın, **a.g.e.**, s.60; Akbulut, **a.g.e.**, s.391; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.359; Özen, **a.g.e.**, s.261.

²⁶⁵ Tofahrn, **SAT-II**, s.54, kn.82.

²⁶⁶ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.52, kn. 152; Tofahrn, **SAT-I**, s.55, kn.105; Zieschang, **a.g.e.**, s.39, kn.113; Robbers, **a.g.e.**, s.121, kn. 473; Kasiske, **a.g.e.**, s.26, kn.72; Heinrich, **a.g.e.**, s.101, kn. 266; Bock, **a.g.e.**, s.218; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.474, kn.19; Jescheck, **a.g.e.**, s.295; Blei, **a.g.e.**, s.105; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.324; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s. 260; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.160; Apaydın, **a.g.e.**, s.60; Akbulut, **a.g.e.**, s.389; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.187; İçel, **a.g.e.**, s.435.

Bilme unsurunun suçun daha az cezayı gerektiren hallerini, cezalandırılabilme şartlarını, kovuşturma şartlarını, ceza verilmesini engelleyen şahsi nedenleri ve hukuka uygunluk nedenlerini kapsamasının gerekmeceği yönündeki görüş için bkz: Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.360.

Diğer yöndeki bir görüşe göre ise, suçun kanuni tanımının içerisinde kast da olduğundan kastın bilinmesi şeklinde anlaşılmalı ki bu doğru değildir, dolayısıyla kanunun suç saydığı fiili bilmenin failin kastı olduğu kabul edilmelidir. Bkz: Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.253.

Fail tarafından bilinmesi gereken tipiklikte yer alan unsurlar, tanımlayıcı (*deskriptif*) ya da değerlendirici (*normatif*) unsurlar olabilirler²⁶⁷. Kast kapsamında suçun belirleyici maddi unsurları ve failin anlam bilgisi bulunmaktadır²⁶⁸. Bu iki unsur arasındaki sınır, çoğu kez açıkça çizilemez ve farklılıklar belirsizleşir²⁶⁹. Tanımlayıcı ve normatif unsurlar arasındaki farklar tümüyle ayırt edilmez, çünkü suçun kanuni tanımında yer alan tanımlayıcı unsurların anlamı çoğu kez normatif değerlendirme ile şekillenir²⁷⁰.

Tanımlayıcı unsurlar, tipiklikte varlıkları kolay fark edilebilir unsurlardır²⁷¹. Bu unsurlar, insanlar için hangi fiillerin emredilmiş ya da yasaklanmış olduğu hukuk kuralları ile belirlendiğinden, bu kuralların ifadesinde kullanılan hukuki kavramlar da belirleyici, tanımlayıcı özellik taşımaktadır²⁷². Tanımlayıcı unsurlar yoruma ihtiyaç duymadan beş duyu organı vasıtası ile anlaşılabilen unsurlardır, özel hukuki bir değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır²⁷³. Bu unsurlarda kastın kabulü için unsurların doğal anlam içeriğinin anlaşılması gereklidir²⁷⁴. Suçun bu kanuni

²⁶⁷ Bohlander, **a.g.e.**, s.72; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.475, kn.20; Tofahrn, **SAT-I**, s.65, kn.124; Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.114; Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 125; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.185; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.308, kn.57; Bock, **a.g.e.**, s.236; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.74, kn.9; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.227; Jescheck, **a.g.e.**, s.269; Welzel, **a.g.e.**, s.75; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.127; Blei, **a.g.e.**, s.93; Jochen Bachmann, **Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, s.20; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.280; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.162; Akbulut, **a.g.e.**, s.392; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.677; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.137.

Unsurlara yönelik olarak yapılan betimleyici ve normatif ayrımı için bkz: Ragıp Barış Erman, “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s.31.

²⁶⁸ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.53, kn. 155; Heinrich, **a.g.e.**, s.461, kn. 1086; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, 46, kn.188.

²⁶⁹ Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.115; Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 127; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.46, kn.189.

²⁷⁰ Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.46, kn.189.

Örneğin, kasten öldürme suçunda “*insan*”, tanımlayıcı unsurdur, ancak doğmamış çocuk bu hükmün anlayışında normatif değerlendirmeye göre insan değildir (Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220).

²⁷¹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.53, kn. 156; Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.115; Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 125; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.186; Bachmann, **a.g.e.**, s.20.

²⁷² Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.137.

²⁷³ Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 125; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.186; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.308, kn.58; Bock, **a.g.e.**, s.236; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.74, kn.10; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.227; Akbulut, **a.g.e.**, s.360; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.677.

²⁷⁴ Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.117; Bock, **a.g.e.**, s.236; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.74, kn.10; Welzel, **a.g.e.**, s.75; Bachmann, **a.g.e.**, s.44.

unsurları, günlük konuşma dilinde kullanılan kavramlar olmaktadır²⁷⁵. Tipikliğin objektif unsuru tanımlayıcı unsur ise, bu unsurun bilinmesi gerekli ve aynı zamanda yeterlidir²⁷⁶. Fail, ilgili tanımlanan kanuni unsurları doğru bir şekilde kavramalıdır²⁷⁷. Örneğin, ateş ettiği şeyin insan olması, kasten öldürme suçunda insan olma ya da hırsızlık yahut mala zarar verme suçunda “eşya”nın bilinmesi²⁷⁸, hırsızlık suçunda eşyanın “taşınır” olduğunun bilinmesi²⁷⁹, hırsızlık suçunda “kendisine mal edinme, alma”nın bilinmesi²⁸⁰, mala zarar verme suçunda “zarar verme”nin bilinmesi²⁸¹ gibi.

Suç tipinin normatif unsurları (*normative Tatbestandsmerkmale*), failin zihinsel değerlendirme aşamasına, hatta belli düzeyde hukuki bilgisine ihtiyaç duyulan unsurlardır²⁸². Davranış normları, bir değerlendirme fonksiyonu da icra ettiği için bu normların esas alındığı hukuk kuralları ve bu kuralların izahında kullanılan hukuki kavramlar, değerlendirci (*normatif*) özellik taşımaktadır²⁸³. Normatif unsurlar bakımından kastın belirlenmesi, tanımlayıcı unsurlara göre daha zordur²⁸⁴. Tanımlayıcı unsurlar, tabii anlamda anlaşılabilirken, normatif unsurlarda anlam bilgisi (*Bedeutungskennntnis*) gereklidir²⁸⁵. Burada kastın kabulü için maddi

²⁷⁵ Heinrich, **a.g.e.**, s.460, kn. 1083; Jescheck, **a.g.e.**, s.269; Blei, **a.g.e.**, s.93; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.227.

²⁷⁶ Tofahrn, **SAT-I**, s.65, kn.124.

²⁷⁷ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.53, kn. 156.

²⁷⁸ Bohlander, **a.g.e.**, s.72; Devrim Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.39; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.53, kn. 156; Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 125; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.186; Jescheck, **a.g.e.**, s.270; Welzel, **a.g.e.**, s.75; Blei, **a.g.e.**, s.93; Bachmann, **a.g.e.**, s.44; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.283; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.228.

²⁷⁹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.53, kn. 156; Welzel, **a.g.e.**, s.75; Blei, **a.g.e.**, s.93; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.228.

²⁸⁰ Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.115; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.308, kn.58; Blei, **a.g.e.**, s.93; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.228.

²⁸¹ Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.115; Heinrich, **a.g.e.**, s.460, kn. 1083.

²⁸² Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.116; Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 126; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.187; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.75, kn.11; Erman, **a.g.e.**, s.30; Akbulut, **a.g.e.**, s.359.

²⁸³ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.138.

²⁸⁴ Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.117.

²⁸⁵ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.162; Tofahrn, **SAT-I**, s.65, kn.124; Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 126; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.186; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.228.

unsurlara ilişkin bilginin yanı sıra anlam bilgisi de gereklidir²⁸⁶. Bu unsurlar, suçun kanuni tanımında hukuk dilinde kullanılan kavramlar olmaktadır²⁸⁷. Normatif unsurlar için sadece tanımlama değil, aynı zamanda değerlendirme de gereklidir, sadece duysal bir anlayış değil, bununla birlikte düşünsel bir anlayış da gereklidir²⁸⁸. Normatif unsurların varlığı, sadece bir gözlem ile saptanamaz, aksine hukuki ve hukuki olmayan normlara bağlıdır²⁸⁹. Normatif unsurlar, failin hukuki değerlendirmesini gerektirmektedir²⁹⁰. Örneğin, faile ilişkin kamu görevlisi, asker, hakim olma gibi hususlar bu şekildedir. Ya da hırsızlık suçunda “başkasına ait”²⁹¹ olma, belgede sahtecilik suçunda “belge”²⁹² vasfı, hakaret suçunda “hakaret”²⁹³ normatif unsura örnektir. Buradaki önemli soru, failin bu değerlendirmeyi yapmak için tam bir hukuki bilgiye sahip olmasının gerekli olup olmadığıdır²⁹⁴. Failin bu kavramların tam olarak hukuki anlamını bilmesi gerekli değildir²⁹⁵. Değerlendirilebilen, anlamı belirlenen normatif unsurlarda kastın varlığı için

²⁸⁶ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.475, kn.20; Tofahrn, **SAT-I**, s.65, kn.124; Heinrich, **a.g.e.**, s.461, kn. 1086; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.185; Bock, **a.g.e.**, s.237; Bachmann, **a.g.e.**, s.44; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.228.

²⁸⁷ Heinrich, **a.g.e.**, s.460, kn. 1083.

²⁸⁸ Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.116; Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 126; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.308, kn.57; Bock, **a.g.e.**, s.237; Jescheck, **a.g.e.**, s.270; Blei, **a.g.e.**, s.93; Bachmann, **a.g.e.**, s.20; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.228.

²⁸⁹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.54, kn. 157.

²⁹⁰ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.498, kn.5; Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 125; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.187; Bock, **a.g.e.**, s.237; Jakobs, **a.g.e.**, s.288, kn.48; Blei, **a.g.e.**, s.93; Bachmann, **a.g.e.**, s.20; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.283.

²⁹¹ Bohlander, **a.g.e.**, s.72; Tofahrn, **SAT-I**, s.65, kn.124; Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.116; Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 126; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.187; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.308, kn.58; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.222, kn.24; Jakobs, **a.g.e.**, s.288, kn.48; Welzel, **a.g.e.**, s.75; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.119; Bachmann, **a.g.e.**, s.20; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.283; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.228.

Hırsızlık, yağma suçlarında yabancılık unsuruna ilişkin özel hukuk değerlendirmesi gereklidir (Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.54, kn. 157; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.498, kn.5; Tofahrn, **SAT-I**, s.65, kn.124).

Hırsızlık suçunda failin eşyanın taşınır olduğunu bilmesi yeterli değildir, ayrıca kendisine ait olmadığını da bilmelidir. Fail yabancılık unsurunu bilmeli ve istemelidir, failin bu değerlendirmesi en azından hukukçu olmayan bir kimse tarafından anlaşılmış olmalıdır (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.475, kn.20, kn.21).

²⁹² Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.116; Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Heinrich, **a.g.e.**, s.49, kn. 126; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.309, kn.60; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.222, kn.24; Jescheck, **a.g.e.**, s.270; Welzel, **a.g.e.**, s.75; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.283; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.228.

²⁹³ Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.308, kn.58; Blei, **a.g.e.**, s.93.

²⁹⁴ Bohlander, **a.g.e.**, s.72.

²⁹⁵ Bohlander, **a.g.e.**, s.72; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.54, kn. 157; Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.162.

kavramın eksiksiz hukuki anlamının bilinmesi gerekmemektedir²⁹⁶. Failin normatif unsurlar ile ilgili olarak kastı bakımından kanun koyucunun somutlaşan değerlendirmesini kendi anlayış düzeyinde benimsemesi gereklidir²⁹⁷. Örneğin, hakaret suçunun kamu görevlisine karşı işlenmesi nitelikli halinde failin hakaret ettiği kişinin kamu görevlisi olduğunu bilmesi yeterli olup, TCK m.6 kapsamında kamu görevlisi olduğunu bilmesine gerek yoktur²⁹⁸.

Kast bakımından tanımlanabilir unsurların algılanması yeterli iken, normatif unsurların anlaşılması da gereklidir²⁹⁹. Örneğin, resmi belgede sahtecilik konusunu oluşturan belgenin kağıt üzerindeki yazı olduğunun bilinmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda hukuken önem taşıyan düşünce açıklaması olduğunun da bilinmesi gerekir, belgenin hukuki durumu tespit eden fonksiyon gördüğü bilinmiyorsa hata hükümleri uygulanır³⁰⁰. Fail normatif unsurun sosyal açıdan anlamını bilmiyorsa tipikliğin

²⁹⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s.360.

²⁹⁷ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.163; Akbulut, **a.g.e.**, s.360.

²⁹⁸ Akbulut, **a.g.e.**, s.360.

²⁹⁹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.256; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.678.

³⁰⁰ Welzel, **a.g.e.**, s.75, 76; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.564; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.256; Akbulut, **a.g.e.**, s.375.

Belgenin normatif unsurunun bir düşünce açıklaması olduğu, hukuki ilişkilerde ispatı sağladığı ve ispat için elverişli olduğu ve düzenleyenin anlaşıldığı kabul edilmektedir (Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.117; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.222, kn.25; Welzel, **a.g.e.**, s.75).

Örneğin, bir kişi hukuki ilişkilerinde delil olarak kullanılabileceğini bildiği bir özel fatura düzenlerse, bu kişinin bilgisi belgede sahtecilik suçunun konusuna ilişkin kastının kabulü için yeterlidir. Eğer belgenin sadece kamu makamları tarafından verildiğini zannetseydi, kişinin hatası kabul edilebilirdi (Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.54, kn. 157).

Belgede sahtecilik suçunda, olağan dışı ölçüde geniş ve zor bir kavram olan belge kavramının tanımını hukukçu olmayan bir kişi bilemez (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.499, kn.6). Hukukçu olmayan bir kimsenin belgenin hukuki ilişkilerde önemli bir beyan açıklaması olduğunu bilmesi yeterlidir (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.499, kn.6; Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.117; Welzel, **a.g.e.**, s.76; Bachmann, **a.g.e.**, s.39 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.564).

Örneğin, A kişisi meyhanede birden fazla kez bira sipariş ediyor, garson sipariş edilen her bira için bira altlığına çizgi ekliyor. A, 10 bira sipariş verdikten sonra bira altlığında bulunan 10 çizgiden 5'ini siliyor ve 5 bira parasını ödeyerek buradan ayrılıyor. Daha sonra A, polise bira altlığının belge niteliğinde olduğuna inanmadığını açıklıyor ve belgenin imzalı yazılı beyan olması gerektiğini ifade ediyor. Olayda, belgede sahtecilik suçunun objektif unsuru problemsiz gerçekleşmiştir. Belge, düzenleyenin tanınmasını sağlayan, hukuki ilişkilerde ispatı belirlemeye uygun bir düşünce açıklamasıdır. Bira altlığında da, A'nın 10 bira içtiğine ilişkin düşünce açıklaması bulunmaktadır. A, 5 çizgiyi silerek belgede sahtecilik yapmış, belgenin açıklayıcı içeriğini değiştirmiştir. Olayda A, çizgi atılan şeyin bardak altlığı olduğunu ve ödemenin bu çizgi sayısına göre yapıldığını biliyordu, bu sebeple de A'nın gerçek olgulara ilişkin bilgisi bulunmaktadır. Burada A'nın anlam bilgisine sahip olup olmadığı sorgulanabilir. A, hukuk mesleğinden olmayan biri olarak bardak altlığında bir düşünce açıklaması olduğunu ve dolayısıyla düzenleyici niteliğinin olduğunu doğru bir şekilde kavramıştır. A, bira altlığında düşünce açıklamasının bulunduğunu bildiği için gerekli olan anlam bilgisine de

objektif unsurlarında hata söz konusu olur³⁰¹. Eğer tipikliğin normatif unsurları özel bir nitelik ile ayırt edilebiliyorsa bu, her kanuni unsur için geçerli bir değerin söz konusu olmadığı anlamına gelir. Toplumsal olarak istenmeyen bir durumun değerlendirmesi fail tarafından değil, hakim tarafından yapılır³⁰².

2. Özgü Suç İle Tipikliğin Subjektif Unsuru Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Kastın kapsamına faile ilişkin özellikler de dahil olduğundan fail, suçun kanuni tanımında kendisi için öngörülen yükümlülük, nitelik, durum ya da ilişkiyi bilmelidir. Örneğin, failin kamu görevlisi, hakim, asker, sağlık mensubu, kadın ya da garantör olmasının öngörüldüğü özgü suçlarda, fail bu nitelikleri bilmelidir. Failin suçun kanuni tanımında öngörülen özelliği bilmesi gerektiği gibi şerikin de cezai açıdan sorumluluğunun olması için failin söz konusu niteliğini bilmesi gereklidir. Kastın kapsamında olan tanımlayıcı ve normatif unsurların bilinmesi gereklidir. Örneğin “*kamu görevlisi*” özelliği, normatif bir unsurdur ve failin bu niteliği haiz olup olmadığını bilmesi gereklidir. Aksi halde, özgü suçta subjektif unsurun bulunmaması sebebiyle suç oluşmaz. Failin suçun kanuni tanımında kendisi için öngörülen özelliği bilmemesi durumunda kastından söz edilemez. Bu bağlamda, tipikliğin subjektif unsuru ile özgü suç arasında yakın ilişki bulunmaktadır.

Türk doktrininde bir görüş, faile ilişkin tipikliğin unsurlarını objektif ve subjektif olarak ayırmak suretiyle incelemekte ve faile ilişkin tipikliğin subjektif unsurlarını failin suçun işlenmesine yönelik amacının yer aldığı suç tipleri olarak ifade edilmektedir. Örneğin, kasten öldürmenin bir suçu gizlemek, işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlenmesi gibi (*TCK m.82/1-h*)³⁰³. Esasen bu görüş, Alman doktrininde suçun kanuni tanımında fail bakımından öngörülen özel kişisel unsurun objektif ve subjektif olarak incelenmesine benzer niteliktedir. Ancak amaç suçlara

sahiptir. A'nın hatası, haksızlık yanılgısı kapsamında ele alınmalıdır. A'nın hatasının kaçınılmaz olup olmadığı önemlidir (Tofahrn, **SAT-I**, s.66, kn.125; Kasiske, **a.g.e.**, s.83, kn.221; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.46, kn.191, 191; RG U. v. 23.12.1914 – V. 871/14 (Bock, **a.g.e.**, s.238).

³⁰¹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.256; Akbulut, **a.g.e.**, s.376.

³⁰² Bachmann, **a.g.e.**, s.20.

³⁰³ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.229.

ilişkin açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi, suçun kanuni tanımında failin belli bir amaç ya da saik taşımasının öngörülmesi, tipikliğin subjektif unsurudur. Faillik alanına göre suçların sınırlandırılmasında, faile ilişkin nitelik, durum, ilişki ya da yükümlülük sebebi esas alınmaktadır. Bu sınırlandırma ölçütlerinin tümü ise, suçun kanuni tanımında yer alan ve failin haiz olması öngörülen objektif unsurlara dayanmaktadır. Hırsızlık ya da dolandırıcılık suçlarında olduğu gibi suçun kanuni tanımında belli bir amacın öngörüldüğü suçlar, faillik alanını sınırlandırmamakta, tipikliğin subjektif unsurunu somutlaştırmakta, belirlemektedir. Tipikliğin subjektif unsurları, fail ile fiil arasında subjektif bir bağ kurmaktadır. Tipikliğin subjektif unsurları, suçun kanuni tanımında öngörülen objektif unsurlara ilişkin olarak failin bu hususları bilip bilmemesi ile ilgilidir. Dolayısıyla faile ilişkin unsurların objektif ve subjektif olarak ayrılmasına katılmamaktayız.

Alman doktrinde uzun bir süre, özgü suç sadece kasten işlenen suçlar bakımından tartışılmıştır³⁰⁴. Bir görüşe göre, en azından bu suçların taksirli suçlar çerçevesinde de olabileceği düşünülebilirdi, sadece belirli kişilerin işleyebileceği taksirle işlenen özgü suçlar ya da bizzat işlenebilen taksirli suçlar gibi. Eğer bu gerçekten olsaydı, taksirli hareket ile suçun işlenmesine sebep olan herkes o suç tipine göre cezalandırılmazdı, tam aksine özgü suçlarda sadece taksirli hareketi tipik koşulları gerçekleştiren fail niteliğini haiz olan kişi ya da bizzat işlenebilen suçlarda tipte yer alan hareketi bizzat gerçekleştiren kişi taksirli eyleminden dolayı cezalandırılabilirdi. Sadece belirli kişilerin hareketlerin ya da belirli hareketlerin icrası ile işlenebilen çok sayıda taksirli suç bulunmaktadır³⁰⁵.

Düşüncemize göre, özgü suç kasten işlenebileceği gibi, taksirle de işlenebilir. Özgü suçun sadece kasten işlenmesi gerekliliğinin kabulü doğru değildir. Örneğin TCK m.162’de ve aynı zamanda Alm. CK § 283/1/2’de yer alan “*taksirli iflas*” suçu bakımından bu suçun tacir kimseler tarafından işlenebilmesi dolayısıyla ve TCK m.322/2’de yer alan “*savaş zamanında yükümlülükler suçu*”nun sadece bu

³⁰⁴ Horst Schröder, “Eigenhändige und Sonderdelikte bei Fahrlässigkeitstatbeständen”, **Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag**, Ludwig Röhrscheid Verlag, Berlin, Bonn, 1963, s.233-241, s.234.

³⁰⁵ Schröder, **a.g.m.**, s.241.

yükümlülüğü haiz kimse tarafından işlenebilmesi dolayısıyla özgü suç olduğunu ve taksirli formlarının düzenlenmiş olmasından dolayı taksirle işlenebileceğini kabul etmek gerekir. Netice itibarıyla özgü suç, sadece kasten işlenen suçlar bakımından değil, aynı zamanda taksirle işlenen suçlar bakımından da geçerlidir.

C. Özgü Suç İle Suçun Nitelikli Halleri Arasındaki İlişki

1. Genel Açıklamalar

Ceza kanunlarının özel hükümlerinde suç tiplerinde genel olarak öncelikle suçun temel şeklinin tanımlandığını görmekteyiz³⁰⁶. Cezalandırmaya layık haksızlığın oluşması için varlığı zorunlu olan temel unsurları ihtiva eden suç tipi, suçun temel şeklini oluşturmaktadır³⁰⁷. Suçun temel şekli, suçun en basit formunu oluşturmaktadır³⁰⁸.

Kanun koyucu, suç tiplerinin en basit şekli olan temel suçları düzenlenmekte, bu temel şekillere başka unsurlar ekleyerek değişiklikler yapılmakta, bu değişiklikler temel suç için öngörülen hukuki neticeyi artırmakta ya da azaltmaktadır³⁰⁹. Kanunda suçun temel şeklinin yanı sıra bu formun daha ağır ya da daha hafif cezayı gerektiren nitelikli şekli de düzenlenmektedir. Temel şeklinde öngörülen cezaya göre daha ağır ya da daha hafif cezanın öngörülmesini gerektiren bu unsurlara, suçun nitelikli unsurları denilmektedir³¹⁰. Suçun nitelikli hallerini oluşturan unsurlar, tipikliğin objektif unsurlarına dahildir³¹¹. TCK m.43/1'e göre, suçun temel şekli ile daha ağır ya da daha hafif cezayı gerektiren nitelikli şekli aynı suç kabul edilir.

³⁰⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.132; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.141; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.80; İçel, **a.g.e.**, s.301; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.312; Özen, **a.g.e.**, s.473.

³⁰⁷ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.141.

³⁰⁸ Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.7, kn.34.

³⁰⁹ Heinrich, **a.g.e.**, s.62, kn. 178; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.132.

³¹⁰ Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.132; Bock, **a.g.e.**, s.240; Heinrich, **a.g.e.**, s.62, kn. 177; Jescheck, **a.g.e.**, s.270; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.141; Akbulut, **a.g.e.**, s.379; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.80; İçel, **a.g.e.**, s.302; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.312, 313; Özen, **a.g.e.**, s.473.

³¹¹ Heinrich, **a.g.e.**, s.62, kn. 179; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.142; Akbulut, **a.g.e.**, s.379.

Failin şahsında bulunup bulunmamasına göre daha ağır cezayı gerektiren hal ya da daha hafif cezayı gerektiren hal şeklinde cezalandırmanın sınırlarında daraltma ya da genişletme meydana gelir³¹². Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali, suçun temel şekli ve onun daha ağır cezayı gerektiren halinin bir araya gelmesinden oluşan ve suçun daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hali, suçun temel şekli ve onun daha hafif cezayı gerektiren halinin bir araya gelmesinden oluşan suçun bağımsız olmayan halidir ve bu halde daha hafif bir ceza tehdidi bulunmaktadır³¹³.

Nitelikli unsurlar, fiilin haksızlık içeriğini etkileyen unsurları ihtiva etmektedir ve haksızlık içeriğinin ya daha fazla ya da daha az olmasını sağlarlar. Fiilin işlenmesinde kolaylık sağlamaları, garantörlüğün söz konusu olması veya faildeki kötülüğün ağırlığı ya da fiilin meydana getirdiği zararın fazlalığı gibi nedenlerle kabul edilmektedirler³¹⁴. Nitelikli unsurlar, çoğu zaman da failde bulunan özellik ya da özel hukuki yükümlülüğünden de kaynaklanabilir. Bu durum ise, haksızlığın yoğunluğunun artmasına ve dolayısıyla daha ağır cezanın öngörülmesine sebep olabilir.

TCK bakımından örneğin, yağma suçunun silahla işlenmesi (*TCK m.148/1/a*), cinsel saldırı suçunun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi (*TCK m.102/3/a*), kasten öldürme suçunun üstsoy veya altsoydan birine ya da eşe veya kardeşe karşı işlenmesi (*TCK m.82/1/d*) gibi. Alm. CK bakımından örneğin, tehlikeli yaralama suçu (*Alm. CK § 224*)³¹⁵; mağdurun isteği ile kasten öldürme (*Alm. CK § 216*)³¹⁶; değeri az olan malda hırsızlık ve güveni kötüye kullanma (*Alm. CK § 248a*)³¹⁷ suçu gibi.

³¹² Nagler, **a.g.e.**, s.2.

³¹³ Heinrich, **a.g.e.**, s.62, 63 kn. 179, 182.

Özel kişisel unsuru haksızlığı azaltan ve böylece “*intraneus*”un cezasını azaltan ya da ortadan kaldıran özgü suçlar, son on yılda ceza kanunundan neredeyse tamamen çıkarılmıştır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.418).

³¹⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s.380.

³¹⁵ Heinrich, **a.g.e.**, s.62, kn. 179.

³¹⁶ Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.7, kn.34.

³¹⁷ Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.340, kn.132.

2. Özgü Suç İle Suçun Nitelikli Halleri Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Nitelikli unsurlar çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmalar arasında failin vasfından dolayı nitelikli unsurlar ve fail ile mağdur arasındaki ilişkilerden kaynaklanan nitelikli unsurlar, özgü suç bakımından önem taşımaktadır.

Failin vasfından kaynaklanan nitelikli unsurlarda, suçun temel şekli herkes tarafından işlenebiliyorken, nitelikli şeklinin sınırlı bir fail grubu tarafından işlenebilmesi söz konusu olur ve bu hal aynı zamanda gerçek olmayan özgü suç oluşturur. Örneğin, TCK m.204/1’de yer alan resmi belgede sahtecilik suçu, herkes tarafından işlenebilir iken, 2.fıkradaki nitelikli şekli, sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilir ve bu hükümde suçun temel şekline göre daha ağır bir ceza öngörülmektedir. Ya da TCK m.102’de yer alan cinsel saldırı suçu herkes tarafından işlenebilirken, maddenin 3.fıkrasında kamu görevlisi tarafından *“görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle”* işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelik hal ve aynı zamanda gerçek olmayan özgü suçtur. Yahut TCK m.109’da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kamu görevlisi tarafından *“kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle”* işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal ve aynı zamanda gerçek olmayan özgü suçtur.

Fail ile mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanan nitelikli unsur ise, özgü suçun unsurlarından olan ilişki dolayısıyla yani faillik alanını failin bir başka kişi ya da kurum ile olan ilişkisi dolayısıyla sınırladığı için özgü suç bakımından önem taşımaktadır. Örneğin, kasten öldürme suçunun üstsoy, altsoy, eş veya kardeşe karşı işlenmesi (TCK m.82/1/d), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi (TCK m.109/3/e), fuhuş suçunun eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından işlenmesi (TCK m.227/5), fail ile mağdur arasındaki ilişkiye bağlı daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal ve aynı zamanda gerçek olmayan özgü suçtur.

Alm. CK § 28’de öngörülen özel kişisel unsurlar, bir yandan cezalandırmanın temel şeklini oluştururken, bir yandan da cezalandırmayı artıran, azaltan ya da ortadan kaldıran şeklini oluşturmaktadır³¹⁸.

D. Özgü Suç İle Hata Arasındaki İlişki

1. Genel Açıklamalar

Hata, bir konu hakkında yanlış bilgiye sahip olmak, yanılmaktır. Hukukta yanılmanın kişinin zihninde gerçeğinden farklı bir düşüncenin bulunması şeklinde ortaya çıkan “*olumlu yanılma*” ve gerçeğin kişi tarafından bilinmemesi şeklinde ortaya çıkan “*bilmeme*” durumu olarak iki görünüm şekli bulunmaktadır³¹⁹.

Suç genel teorisinde hata, kastı kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³²⁰. Kastı kaldıran hata, tipikliğin objektif unsurlarında hata, suçun nitelikli unsurlarında hata ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata olmak üzere üç şekilde; kusurluluğu etkileyen hata ise, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarında hata ve

³¹⁸ Gerl, **a.g.e.**, s.1.

³¹⁹ Eberhard Schmidhäuser, “Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB)”, **JuristenZeitung**, Sayı:11/12, 1979, s.361-369, s.363; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.211, kn.4, 5; Erman, **a.g.e.**, s.3; Akbulut, **a.g.e.**, s.406; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.218; İçel, **a.g.e.**, s.483; Demirbaş, **a.g.e.**, s.420; Özen, **a.g.e.**, s.433.

Bir başka görüşe göre ise, hata kavramı, “*bilmeme*”den farklıdır. Bilmeme halinde gerçek hakkında bir fikre sahip olunmaz iken, hata halinde gerçek ile uyuşmayan bir bilgi söz konusu olur (Güngör, **a.g.e.**, s.23).

³²⁰ Bock, **a.g.e.**, s.234; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.212, kn.8; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.463; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.253 vd.; Akbulut, **a.g.e.**, s.406; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.675; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.561.

Farklı bir inceleme şekline göre, tipiklik koşullarında ve hukuki değerlendirmede hata olarak ayrılmaktadır (Heinrich, **a.g.e.**, s.451, kn.1065). Bir başka inceleme şekline göre tipiklikte hata ve haksızlık yanılığı olarak ayrılmaktadır (Jescheck, **a.g.e.**, s.306; Schmidhäuser, **a.g.m.**, s.363). Bir başka inceleme şekline göre hata, hukuki hata (*kural üzerinde hata*) ve fiili hata şeklinde ikiye ayrılmaktadır (Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.293 vd.; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.256 vd.; Apaydın, **a.g.e.**, s.264 vd.; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.218; İçel, **a.g.e.**, s.482; Güngör, **a.g.e.**, s.24; Demirbaş, **a.g.e.**, s.420). Bir diğer inceleme yöntemine göre, tipte yanılığı ve yasak normunda yanılığı olarak ayrılmaktadır (Erman, **a.g.e.**, s.23).

işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata (*haksızlık yanılığı*) olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır³²¹.

Hata, genel suç ile ilgili olduğu sürece genel suça ilişkin kurallar geçerli olacaktır. Bu kısımda özgü suç ile ilişkisinin değerlendirilmesi bakımından önem taşıyan hata halleri üzerinde durulacaktır. Bu sebeple kısaca kastı kaldıran hata hallerinden tipikliğin objektif unsurlarında hata ve suçun nitelikli unsurlarında hata ile kusurluluğu kaldıran hallerden haksızlık yanılığı incelenecektir.

Tipikliğin objektif unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m.30/1'e göre, *"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır"*. Bu hata türüne göre, fail tipikliğin objektif unsurlarına ilişkin hususlarda bilgisizlik içerisinde ya da eksik ya da hatalı bilgiyi haizdir. Bu hatanın konusunu tipikliğin objektif unsurları oluşturduğundan bu yanığı, ancak kast kapsamında bulunan konular için geçerli olabilir³²². Bu hata, fiile ilişkin bir hatadır³²³. Dolayısıyla hata kastın bilme unsuru ile ilgili olduğu için tipikliğin objektif unsurlarının bilinmemesi halinde kasten işlenen bir haksızlıktan söz edilemez³²⁴.

Bu hatadan fail yararlanmalıdır, çünkü bu halde kişi esasen hukuk tarafında bulunmaktadır, hukuka bağlı davranmak istemekte ve sadece olayların gerçekleşme sürecini yanlış kabul etmektedir³²⁵. Bu hatada fail ne yaptığını bilmemekte ya da

³²¹ Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.214; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.463; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.253 vd.; Akbulut, **a.g.e.**, s.406; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.675.

³²² Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.62, kn. 177; Tofahrn, **SAT-I**, s.64, kn.123; Robbers, **a.g.e.**, s.121, kn. 473; Kasiske, **a.g.e.**, s.31, kn.85; Heinrich, **a.g.e.**, s.458, kn. 1074; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.44, kn.181; Bock, **a.g.e.**, s.218; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.218, kn.7; Welzel, **a.g.e.**, s.76; Bachmann, **a.g.e.**, s.35; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.255; Akbulut, **a.g.e.**, s.408; Özbek, **a.g.e.**, s.533; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.676.

³²³ Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.215; Bachmann, **a.g.e.**, s.44; Özen, **a.g.e.**, s.434.

³²⁴ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.62, kn. 177; Jescheck, **a.g.e.**, s.307; Blei, **a.g.e.**, s.112; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.278; Tofahrn, **SAT-I**, s.64, kn.123; Robbers, **a.g.e.**, s.121, kn. 473; Kasiske, **a.g.e.**, s.31, kn.85; Heinrich, **a.g.e.**, s.458, kn. 1073; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.484, kn.97; Özbek, **a.g.e.**, s.533; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.563; Özen, **a.g.e.**, s.434; Erman, **a.g.e.**, s.26; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.255; Akbulut, **a.g.e.**, s.408; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.676.

³²⁵ Heinrich, **a.g.e.**, s.451, kn. 1066.

yanlış bilmektedir³²⁶. Bu hata halinde kast kalkmış olsa da, taksirli sorumluluk ortadan kalkmayacaktır. Failin unsur yanılığı taksirinden kaynaklanıyor ve işlenen fiilin taksirli formu kanunda öngörülmüşse taksirle işlenmiş bir haksızlık söz konusu olur.

Failin kastını ortadan kaldıran hata, suçun tanımlayıcı ya da normatif unsurlarına ilişkin olabilir³²⁷. Hakaret edilen kişinin kamu görevlisi olduğunun bilinmemesi normatif bir unsurun bilinmemesinden kaynaklanan hataya örnektir³²⁸. Normatif unsurlarda ve yoruma ihtiyaç gösteren tanımlayıcı unsurlarda failin normun içeriğini anlayıp anlamadığı “*hukukçu olmayanların dünyasında paralel değerlendirme*” (*Parallelwertung in der Laiensphäre*) esasına göre yapılmaktadır³²⁹. Bu istisnada kullanılan ölçüye göre, hukuki değerlendirme konusundaki hata, maddi unsurlarda hataya yol açmaktadır³³⁰. Bu değerlendirmeye göre, kişinin tüm hukuki nitelikleri anlaması zorunlu değildir, ancak hukukçu olmayan bir kimsenin ilgili maddi unsurların normatif değerlendirmesine sahip olması yeterlidir³³¹. Failin hangi hata içerisinde olduğunu bulmak için suçun kanuni tanımında yer alan unsurun hukuk mesleğinden olmayan bir kişi tarafından anlaşılıp anlaşılmadığı incelenmelidir³³². Hukukçu olmayan bir kimsenin tam hukuki bilgiye sahip olması beklenmediğinden dolayı kastın varlığı için failin ilgili düzenlemenin anlamını bilmesi ve tipe uygun değerlendirmeye dayanan maddi unsurları bilmesi gerekli ve yeterlidir³³³. Bu demektir ki, eğer fail kanun koyucunun değerlendirmesini kendi

³²⁶ Tofahrn, **SAT-I**, s.64, kn.123; Heinrich, **a.g.e.**, s.457, kn.1073; Jescheck, **a.g.e.**, s.307; Schmidhäuser, **a.g.m.**, s.363.

³²⁷ Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.677.

³²⁸ Güngör, **a.g.e.**, s.59; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.228.

³²⁹ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.498, kn.5; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.54, kn. 157; Tofahrn, **SAT-I**, s.65, kn.124; Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.118; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.188; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.486, kn.101; Bock, **a.g.e.**, s.237; Jescheck, **a.g.e.**, s.270; Welzel, **a.g.e.**, s.76; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.284.

³³⁰ Heinrich, **a.g.e.**, s.461, kn. 1085.

³³¹ Bohlander, **a.g.e.**, s.120; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.54, kn. 157; Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.118; Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.188; Bock, **a.g.e.**, s.237; Jakobs, **a.g.e.**, s.288, kn.49; Welzel, **a.g.e.**, s.76.

³³² Tofahrn, **SAT-I**, s.65, kn.125; Bohlander, **a.g.e.**, s.72.

³³³ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.54, kn. 157; Tofahrn, **SAT-I**, s.65, kn.124; Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.118; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.223, kn.28; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.46, kn.192; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.284.

anlayış düzeyine göre anlayabiliyorsa bu yeterlidir³³⁴. Eğer failin hukuki tanımı tam olarak bilmesi istenirse, sadece yeterli hukuki bilgiye sahip olan fail cezalandırılabilir ve birçok suç, yalnızca hukukçular tarafından işlenebilir³³⁵. Hukuki değerlendirmenin gerekli olduğu durumlarda, bu paralel değerlendirmeden daha fazlasının yapılması beklenmez. Aksine suçun unsurlarına uygun paralel değerlendirme, Alm. CK § 16'da yer alan “*suç tipini oluşturan unsurlarda hata*” hükmünün uygulanmasını ortadan kaldırır³³⁶.

Suçun tanımlayıcı ve normatif unsurlarının hukuken yanlış yorumlanması ya da hukuksal anlamının bilinmemesi, kastı kaldıran hata kapsamında değildir³³⁷. Fail suçun maddi unsurunun içeriğini bilmesine rağmen, ceza hukukundaki niteliği hususunda hataya düşerse, bu halde “*hukuki yorum hatası/niteleme yanılığı*” (*subsumtionsirrtum*) söz konusu olur ve bu hatalar önem taşımamaktadır³³⁸. Niteleme yanılığı, failin suçun tüm maddi unsurlarını bilmesine rağmen, hatalı hukuki nitelendirmede bulunmasıdır³³⁹. Failin kanunu hatalı yorumlamasına dayanmaktadır³⁴⁰. Tipikliğin objektif unsurlarında hatanın kapsamına girmeyen bir konudur. Bu hata, suçun unsurlarının dış dünyada gerçekleşmesine ilişkin olmayan, ancak bu unsurların anlamlarını kavrayamamak nedeni ile gerçekleştirilen eylemin tipik unsura karşılık geldiğini zannetmek şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁴¹. Bu halde,

³³⁴ Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.45, kn.188.

³³⁵ Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.118; Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.220; Bock, **a.g.e.**, s.237; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.54, kn. 157.

³³⁶ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.498, kn.5.

Alm. CK § 16/1'de de TCK m.30/1 hükmüne benzer şekilde failin icrası sırasında suçun kanuni tanımında yer alan unsurları bilmeyen kişinin kasten hareket etmiş olmayacağı ve taksirli hareket sebebiyle cezalandırılabilmesinin saklı olduğu düzenlenmiştir. § 16'ya göre kastı kaldıran hata, tipe uygun hareket ve onun neticesi olarak görülen maddi koşullar ile ilgilidir. Bu maddi koşullar da, kanuni unsuru tanımlayabilen kelimelere ilişkindir (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.497, kn.2; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.62, kn. 177; Tofahrn, **SAT-I**, s.64, kn.123; Kasiske, **a.g.e.**, s.31, kn.309; Heinrich, **a.g.e.**, s.458, kn. 1074; Bock, **a.g.e.**, s.235; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.218, kn.7; Jescheck, **a.g.e.**, s.307; Welzel, **a.g.e.**, s.76; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.127; Schmidhäuser, **a.g.m.**, s.363).

³³⁷ Jakobs, **a.g.e.**, s.289, kn.50; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.296; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.678.

³³⁸ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.499, kn.7; Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.219; Heinrich, **a.g.e.**, s.459, kn.1078; Bock, **a.g.e.**, s.237; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.220, kn.15; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.567; Jescheck, **a.g.e.**, s.315; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.296; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.260; Erman, **a.g.e.**, s.39; Akbulut, **a.g.e.**, s.412; Erman, **a.g.e.**, s.58.

³³⁹ Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.219; Heinrich, **a.g.e.**, s.459, kn.1078; Erman, **a.g.e.**, s.58; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.678.

³⁴⁰ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.499, kn.7.

³⁴¹ Erman, **a.g.e.**, s.39.

fail işlediği suçun unsurlarında hataya düşmemekte, fiilin norma uyup uymaması noktasında yanılğı içerisinde olmaktadır³⁴². Kastın oluşumu için tam bir hukuki niteleme gerekli koşul olmadığından, fail burada sadece bilinen durumun hukuki değerlendirmesi hakkında yanılmaktadır³⁴³. Failin algıladığı ancak doğru değerlendirmedeği tüm değerlendirme eksikliklerinin kastı etkilemeyeceği ve niteleme yanılığı olduğunun her durumda kabul edilmesi de doğru bir yaklaşım değildir³⁴⁴.

Niteleme hatasının sınırı, kastı kaldıran hatanın da sınırı olduğundan tipiklikte hata ve haksızlık yanılığının birbirinden ayrıldığı noktadadır³⁴⁵. Niteleme hatası, sadece tipikliğin kavramsal unsurları ile tanımlamaktadır. Niteleme hatası ve tipiklik hatası arasındaki fark, tipiklik hatasının tipiklik unsurlarının niteliği hakkında birşey ifade etmemesi ve somut maddi unsurların özelliklerini tanımlayan kavramsal unsurlar hakkında da birşey ifade etmemesidir³⁴⁶. Eğer anlam bilgisinin varlığına rağmen haksızlık bilinci eksikse, niteleme hatasından dolayı fail fiile izin verildiğini düşündüğü için burada haksızlık yanılığı vardır³⁴⁷. Niteleme hatasında, hukuki kavramın neyi ifade ettiği bilinmez ya da hatalı bilinirken, haksızlık yanılığında ise, hukuki durumun hukuka aykırılık teşkil ettiği bilinmemektedir³⁴⁸. Fail sadece nitelik

³⁴² Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.219; Heinrich, **a.g.e.**, s.459, kn.1078; Akbulut, **a.g.e.**, s.412; Erman, **a.g.e.**, s.58; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.678.

³⁴³ Heinrich, **a.g.e.**, s.459, kn. 1079; Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.219; Erman, **a.g.e.**, s.58; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.678.

³⁴⁴ Erman, **a.g.e.**, s.41.

³⁴⁵ Erman, **a.g.e.**, s.43.

³⁴⁶ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.221, kn.21.

Yargıtay tarafından bu konuda verilen kararlar önem taşımaktadır. Yargıtay'ın kararlarından birisinde, kendi aracına yüklenen odunların kaçak olduğunu bilmeyen ve araştırmayan araç sahipleri, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 27/son hükmüne göre yargılanmış ve hukuksal nitelikteki yanılığının ceza sorumluluğunu etkilememesi gerekçesi ile mahkum edilmiştir (Yargıtay CGK, 2973/236 E., 1973/508 sayılı ve 25.06.1973 tarihli karar (Erman, **a.g.e.**, s.41)). Olaya konu odunların "kaçak" olması suç tipinin normatif unsurudur ve fail tarafından bilinmesi kastın koşullarından birisidir (Erman, **a.g.e.**, s.42).

Yargıtay tarafından verilen bir kararda ise, açıldığında bıçak bölümünü otomatik olarak ortaya çıkaran ve sabitleyen susta düzeneği bulunduğu halde bıçağın "sustalı bıçak" değil, "kelebek" olarak adlandırılan bir bıçak olduğunu zannetmesinin normatif unsuru bilmemesi dolayısıyla failin kastını ortadan kaldırmış olduğunu kabul edilmiştir (Yargıtay CGK., 2004/8-17 E., 2004/36 sayılı ve 17.02.2004 tarihli karar (Erman, **a.g.e.**, s.42)).

³⁴⁷ BGH 9, 341 [347]; 13, 135 [138]; 15, 332 [338] (Jescheck, **a.g.e.**, s.315); Bachmann, **a.g.e.**, s.47).

³⁴⁸ Kasiske, **a.g.e.**, s.82, kn.219; Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.118; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.679. Aksi yönde görüşe göre ise, niteleme yanılığının temeli olsa olsa haksızlık yanılığıdır, yani fail doğru olmayan nitelendirmeye inandığında, onun davranışı sadece cezasız kalmamakta, aynı zamanda

hatasına düştüğü için kastı kaldıran tipiklik hatası elenirse, hatasının haksızlık yanılığında olduğu gibi kusur düzeyinde kaçınılabılır olup olmadığı incelenmelidir³⁴⁹.

Suçun nitelikli unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m.30/2'e göre, "*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*". Bu hata türüne göre fail, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hususlarda yanılığ içerisindedir. Nitelikli unsurlarda hata halinde fail ya bu hali hiç bilmemekte ya da bu hal gerçekte bulunmamasına rağmen, bulunduğunu zannetmektedir³⁵⁰. Kanunda her ne kadar açıkça ifade edilmemiş olsa dahi, suçun nitelikli unsurlarında hata halinde de failin kastı ortadan kalkacak ve fail koşulları oluşmuş ise suçun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır³⁵¹. Fail, gerçekte olmamasına rağmen hafifletici bir nedenin bulunduğunu zannediyorsa, bu hatasından faydalanacaktır. Aynı şekilde varolan bir ağırlatıcı sebebin fail tarafından bilinmemesi halinde de bu sonuç geçerlidir³⁵². Örneğin, kasten öldürme suçunun üstsoy, altsoy, eş ya da kardeşe karşı işlenmesi (TCK m.82/1/d) ya da görevi dolayısıyla kamu görevlisine karşı işlenmesi (TCK m.82/1/g) suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerini oluşturmaktadır. Eğer kişi, öldürmek isteği kişinin üstsoy, altsoy, eş ya da kardeş olduğunu bilmeksizin bu

hukuka uygun da olmaktadır (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.500, kn.7). Benzer yönde bir görüşe göre de, niteleme yanılığı haksızlık yanılığının geliştirilmiş şeklidir (Zieschang, **a.g.e.**, s.40, kn.118; Heinrich, **a.g.e.**, s.459, kn.1079).

³⁴⁹ Heinrich, **a.g.e.**, s.459, kn.1079; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.225, kn.38.

³⁵⁰ Akbulut, **a.g.e.**, s.413; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.697; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.219; İçel, **a.g.e.**, s.484; Güngör, **a.g.e.**, s.73; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.451; Özen, **a.g.e.**, s.444. Alman hukukunda da nitelikli unsurlarda hata, Alm. CK § 16/1 hükmüne göre kastı kaldırmaktadır. Alm. CK § 16/2 hükmüne göre, daha az ceza öngören bir suçu oluşturan durumların var olduğunu zanneden kişi, daha hafif ceza öngören kanuna göre cezalandırılır. Bu hükme göre fail, suçun daha az ceza gerektiren unsurlarında hataya düşmektedir (Tofahrn, **SAT-II**, s.71, kn.133; Heinrich, **a.g.e.**, s.459, kn. 1077; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.505, kn.138; Bock, **a.g.e.**, s.241; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.217, kn.2; Jescheck, **a.g.e.**, s.310; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.119; Blei, **a.g.e.**, s.118). Mevcut düzenlemeye göre, bu hükmün artık oldukça dar bir uygulama alanı vardır. Eğer bir kamu görevlisi kendi yararına aşırı yüksek ödeme tahsil ederse, Alm. CK § 263'de yer alan dolandırıcılık suçu yerine daha hafif olan Alm. CK § 352'de yer alan "*gereğinden fazla harç veya ücret alma*" suçundan cezalandırılabilir (Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.505, kn.138).

³⁵¹ Bohlander, **a.g.e.**, s.72; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.63, kn. 179; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.262; Erman, **a.g.e.**, s.118; Akbulut, **a.g.e.**, s.414; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.697; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.570.

³⁵² Erman, **a.g.e.**, s.118; Akbulut, **a.g.e.**, s.414; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.698; İçel, **a.g.e.**, s.484; Güngör, **a.g.e.**, s.74; Özbek, **a.g.e.**, s.535.

kişiler dışındaki bir kişiyi öldürmek kastı ile hareket etmişse bu hatasından faydalanacak, suçun nitelikli şeklinden dolayı sorumlu olmayacak, temel şeklinden sorumlu olacaktır³⁵³.

Haksızlık yanılması (*yasak hatası*) konusunu düzenleyen TCK m.30/4'e göre, "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz". Haksızlık yanılması, failin haksızlık oluşturan maddi olaya ilişkin tam bir bilgiye sahip olmasına rağmen, gerçekleştirdiği eylemin hukuk düzeninde yasak olduğunu bilmemesidir³⁵⁴. Haksızlık yanılması, failin fiilin hukuka aykırılığı hususunda yanılmasıdır³⁵⁵. Bu yanılma, failin maddi bir unsuru bilmemesinden değil, normlara ilişkin değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır³⁵⁶. Haksızlık yanılması, normun suç teşkil ettiğinin bilinip bilinmemesi ile ilgili değil, fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilinmemesi ile ilgilidir. Haksızlık teşkil eden fiilin mevcut hukuka göre cezalandırılabilir bir fiil olduğunun bilinmesine gerek yoktur (*error iuris criminalis nocet*)³⁵⁷. Failin davranışını cezalandırılır görmemesi, ancak

³⁵³ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.467; Akbulut, **a.g.e.**, s.414; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.698; İçel, Evik, **a.g.e.**, s.220; İçel, **a.g.e.**, s.484; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.570.

³⁵⁴ Hoffmanfn-Holland, **a.g.e.**, s.157, kn. 431; Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.215, 216; Heinrich, **a.g.e.**, s.452, kn.1067; s.476, kn.1114; Bock, **a.g.e.**, s.392; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.234, kn.1; Schmidhäuser, **a.g.m.**, s.363; Robbers, **a.g.e.**, s.121, kn. 474; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.927, kn.1; Erman, **a.g.e.**, s.122; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.368; Akbulut, **a.g.e.**, s.588; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.713; Güngör, **a.g.e.**, s.25; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.361; Demirbaş, **a.g.e.**, s.421; Özbek, **a.g.e.**, s.543; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.579; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.462; Özen, **a.g.e.**, s.455.

Ayrıca bkz: BGH 2, 194 [197], Jescheck, **a.g.e.**, s.456.

Türk doktrininde bir görüş, hukuki hatayı iki gruba ayırarak incelemektedir. Bu görüşe göre, failin kanundaki düzenlemeyi bilmemesi hali ve mefruz (*hayali, sözde*) suç hali olarak iki şekildedir (Demirbaş, **a.g.e.**, s.220).

³⁵⁵ Robbers, **a.g.e.**, s.121, kn. 474; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.294; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.44, kn.180; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.361; Özbek, **a.g.e.**, s.544; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.462; Özen, **a.g.e.**, s.455.

Örneğin, eşinin cep telefonuna gelen mesajları kontrol eden veya kendi cep telefonuna aktaran kişi evlilik ilişkisinden dolayı fiilinin haksızlık teşkil etmediğini düşünüyorsa haksızlık yanılması söz konusu olur (Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.927, kn.1; Akbulut, **a.g.e.**, s.590). Örneğin, bir kişi izin verildiği düşüncesi ile bir başka kişi ile olan telefon görüşmesini kaydederse burada da haksızlık yanılması vardır (Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.157, kn. 431; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.927, kn.1).

³⁵⁶ Robbers, **a.g.e.**, s.121, kn. 477; Heinrich, **a.g.e.**, s.452, kn.1067; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.148, kn.635; Bock, **a.g.e.**, s.395; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.369; Akbulut, **a.g.e.**, s.589; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.713; Özbek, **a.g.e.**, s.530; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.579.

³⁵⁷ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.217.

yasak olduğunu düşünmesi halinde haksızlık yanılması yoktur. Örneğin, kişi gerçekleştirdiği davranışın kabahatlere aykırılık ya da özel hukuka göre bir yasak kapsamında olduğunu biliyor, ancak bir suç normu olmadığını düşünüyorsa, bu halde gerekli haksızlık anlayışı bulunmakta ve haksızlık yanılması kapsamında olmamaktadır³⁵⁸.

Hukuki hatada kişi, yasaklanan bir fiili bilerek gerçekleştirdiğinden kastın varlığına etkisi olmaz³⁵⁹. Bu hata, tipikliğe ilişkin değil, aksine kusuru ortadan kaldırdığı için kusura ilişkindir³⁶⁰. Failde gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiği bilinci eksikse, kusur yoktur³⁶¹. Haksızlık bilinci, kusurun bir unsurudur³⁶². Haksızlık bilinci, failin gerçekleştirdiği eylemi hukuk düzenine ve normlara aykırı olarak değerlendirmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır ve bunun yokluğu ise ceza sorumluluğunu etkilemesinin ilk koşuludur³⁶³. Haksızlık bilincinin eksikliği, ceza normu ya da normun kapsamı ile ilgili olabilir³⁶⁴.

³⁵⁸ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.157, 158, kn. 431.

³⁵⁹ Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.927, kn.1; Güngör, **a.g.e.**, s.25.

³⁶⁰ Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.216; Jescheck, **a.g.e.**, s.452; Welzel, **a.g.e.**, s.77; Hellmut Mayer, **Strafrecht AT**, s.124; Bachmann, **a.g.e.**, s.46; Hoffmanns, **a.g.m.**, s.294; Heinrich, **a.g.e.**, s.477, kn.1115; Bock, **a.g.e.**, s.235; Demirbaş, **a.g.e.**, s.427; Özbek, **a.g.e.**, s.544; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.580; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.461; Özen, **a.g.e.**, s.455.

³⁶¹ Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.216; Heinrich, **a.g.e.**, s.476, kn.1114; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.148, kn.634; Bock, **a.g.e.**, s.394; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.236, kn.12; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.363; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.579.

³⁶² Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.148, kn.634; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.959, kn.70; Bock, **a.g.e.**, s.392; Jakobs, **a.g.e.**, s.513, kn.77; Jescheck, **a.g.e.**, s.452; Welzel, **a.g.e.**, s.77. Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.360; Demirbaş, **a.g.e.**, s.427; Özen, **a.g.e.**, s.455; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.580.

Haksızlık ve kusur kavramı hakkında daha detaylı bilgi için bkz: Eduard Kohlrausch, **Irrtum und Schuldbegriff**, J.Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1903, s.7.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 18.03.1952 tarihli ilke kararından itibaren haksızlık bilinci, kusur ile ilişkilendirilmiştir (BGHSt 2, 194). İmparatorluk Mahkemesi'nin hukuka aykırılığın bilinmemesinin kusur için önemi olmamasına ilişkin yaklaşımından kesin olarak vazgeçilmiştir (RGSt 2, 268 (269); 15, 158 (159), Bachmann, **a.g.e.**, s.46).

³⁶³ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.235, kn.7; Erman, **a.g.e.**, s.124; Akbulut, **a.g.e.**, s.586

Haksızlık bilinci hata öğretisi çerçevesinde ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır (Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.148, kn.636).

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, hukuka aykırılık bilincinde fail gerçekleştirdiği fiile hukuken izin verilmediğini, aksine fiilinin yasak olduğunu bilmektedir (BGHSt 2, 196, Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, s.932, kn.12). Yine Mahkeme'ye göre, eğer fail ilgili olan suç tipine göre hukuki değerin spesifik ihlalini haksızlık olarak fark edebiliyorsa haksızlık bilinci bulunur (BGHSt 15, 377, Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.935, kn.16).

Haksızlık yanılığı içerisinde olan kişi, ancak bu yanılığının kaçınılmaz olması halinde kusurluluğu ortadan kalkacak ve cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılabılır bir hata olması halinde ise, kusurunun varlığı kabul edilmekte, ancak bu halde kusurunun derecesinde bir azalma olduğundan dolayı cezanın belirlenmesinde bu husus dikkate alınmaktadır³⁶⁵.

Tersine yanılı, tipiklikte hata ya da haksızlık yanılığında ortaya çıkabilir. Tipte tersine yanılma (*tersine unsur yanılığı*), failin zihninde suçun maddi unsurları meydana gelmişken, gerçekte bu unsurların gerçekleşmemesidir³⁶⁶. Türk doktrininde bu hallerde, fail ahlaka aykırı bir tutum sergilemiş ise de, olayda haksızlık gerçekleşmediğinden ve TCK'da elverişsiz teşebbüse ilişkin düzenleme bulunmadığından dolayı kişinin cezalandırılmasının söz konusu olmadığı kabul edilmektedir³⁶⁷. Örneğin, kişinin başkasına ait çantayı çalmak isterken, kendi çantasını alması gibi. Alman Hukuku'nda kasta dayanan hata bulunmakta ise, tipikliğin objektif unsurları gerçekleşmediğinden teşebbüsten dolayı cezalandırılması

Alman doktrininde bir görüşe göre, fiil bilinci (*Tatbewußtsein*), failin tipik haksızlık tanımına göre fiilin hukuki değer ihlalinin farkında olmasıdır ve haksızlık bilinci (*Unrechtsbewußtsein*) ise, failin davranışına izin verilmediğinin bilincinde olmasıdır (Schmidhäuser, **a.g.m.**, s.363).

³⁶⁴ Heinrich, **a.g.e.**, s.476, kn.1114.

³⁶⁵ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.158, kn. 433; Kasiske, **a.g.e.**, s.81, kn.216; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.148, kn.634; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.927, kn.1; Bock, **a.g.e.**, s.393; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.371; Akbulut, **a.g.e.**, s.592; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.718; Demirbaş, **a.g.e.**, s.428; Özbek, **a.g.e.**, s.545; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.581.

İngiliz Hukuku'nda da Alman Hukuku'nda da temel kural, kişinin hukuku bilmesidir. Bu konudaki hatalar kaçınılmaz olmadığı sürece fail yargılamadan kurtulamaz. İngiliz Hukuku, Alman Hukuku'na göre hukuki hata konusunda çok daha katı bir yaklaşım benimsemekte ve kaçınılmazlık eşliğini son derece yüksek tutmaktadır (Bohlender, **a.g.e.**, s.119).

Alm. CK § 17 ile TCK m.30/4 benzer şekillerde düzenlenmiştir. Alm. CK § 17'ye göre, fiilin icrası sırasında fail haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse, bu hata da kaçınılmaz ise kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabılır bir hata ise, Alm. CK § 49/1'e göre ceza indirilir. Suçun maddi unsurlarında hatadan farkı da burada ortaya çıkmaktadır, suçun maddi unsurlarında hatada, sadece taksiri varsa sorumluluğu olabilirken, hukuki hatada eğer hata kaçınılmaz ise cezasız kalmakta, kaçınılabılır ise cezasında indirim yapılmaktadır (Bohlender, **a.g.e.**, s.120; Tofahrn, **SAT-II**, s.65, kn.125; Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.216; Heinrich, **a.g.e.**, s.477, kn.1115, 1116; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.44, kn.180; Roxin, **Strafrecht AT**, Band I, s.927, kn.1; Bock, **a.g.e.**, s.393; Jakobs, **a.g.e.**, s.260, kn.5b; Jescheck, **a.g.e.**, s.452).

³⁶⁶ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.62, kn. 177; Erman, **a.g.e.**, s.102; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.695; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.568; Özen, **a.g.e.**, s.436.

³⁶⁷ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.260; Akbulut, **a.g.e.**, s.413; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.696; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.568; Özen, **a.g.e.**, s.436.

Niteleme yanılığısından ileri gitmeyen hallerde tipte tersine yanılma, elverişsiz teşebbüsü dahi ortaya çıkarmamakta, ancak varsayımsal (*mefruz*) suç söz konusu olmaktadır (Erman, **a.g.e.**, s.103; Güngör, **a.g.e.**, s.127).

söz konusu olabilir. Eğer fail kast olmaksızın hareket ederse, onun düşüncesine rağmen, tipikliğin ne objektif ne de subjektif koşulları oluşmadığından dolayı cezasız bir varsayımsal (*meşruz*) suçun olduğu kabul edilmektedir. Hata, tipiklikte hata ya da haksızlık yanılışına yol açarken, tersine hata teşebbüs ya da varsayımsal (*meşruz*) suça yol açmaktadır³⁶⁸.

Tersine haksızlık yanılışında kişi, hareketi bir suç teşkil etmediği halde hareketinin cezalandırılabilir olduğu hususunda hataya düşmektedir³⁶⁹. Örneğin, öğretmenine yalan yere yemin eden bir kişinin hareketinin cezalandırılabilir olduğunu düşünmesi gibi³⁷⁰. Türk doktrininde, tersine haksızlık yanılışında, bir kişi suç işlediğini zannetmesine rağmen, gerçekleştirdiği fiil suç teşkil etmiyorsa, varsayımsal (*meşruz, sözde*) bir suç olduğu kabul edilir ve ceza sorumluluğu doğmaz³⁷¹. Alman doktrininde de, tersine haksızlık yanılışında varsayımsal (*meşruz*) suç söz konusu olduğu kabul edilmektedir³⁷².

2. Özgü Suç İle Hata Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Özgü suç ile hata arasındaki ilişki bakımından suçun kanuni unsurlarında failin vasfı bakımından failin hataya düşmesi hali ve nitelikli unsurlarda faile ilişkin özellik ya da fail ile mağdur arasındaki ilişki ile ilgili olarak hataya düşmesi yahut da haiz olduğu özellik ya da yükümlülük dolayısıyla gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda haksızlık yanılışı içinde olması önem taşımaktadır. Bu sebeplerle bu hata türleri inceleme kapsamına alınmıştır.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılmaması ve problemli bir konu olması dolayısıyla “*kamu görevlisi*” niteliğinde hatayı incelemekte fayda bulunmaktadır. Bu kısımda tartışılması ve incelenmesi gerekli hususlardan ilki, failin suçun kanuni tanımında yer

³⁶⁸ Bachmann, **a.g.e.**, s.73, 74.

³⁶⁹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.159, kn. 434.

³⁷⁰ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.159, kn. 434.

Örneğin, bir kimsenin sahilde dolaşırken birisinin boğulmakta olduğunu görmesi ve kendisini kurtarmaya çalışmaması dolayısıyla suçlu zannetmesi gibi (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.225).

³⁷¹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.225; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.721; Erman, **a.g.e.**, s.275; Güngör, **a.g.e.**, s.126.

³⁷² Satzger, **a.g.m.**, s.437.

alan kamu görevlisi niteliğini haiz olduğunu bilmemesi, ikincisi kamu görevlisi olmamasına rağmen, kendisini kamu görevlisi zannetmesi, üçüncüsü failin kamu görevlisi niteliğini bilmesine rağmen özel hukuki yükümlülüğünü bilmemesi, dördüncüsü kamu görevlisi niteliğinden kaynaklanan özel hukuki yükümlülük olmamasına rağmen var olduğunu zannetmesi hallerinde ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir.

Kamu görevlisi sıfatının tanımı TCK m.6/1/c’de yapılmaktadır. Bu hükme göre kamu görevlisi, “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*”dir. Kanun’da yer alan bu tanım açık olmasına rağmen, uygulamada pek çok kez karışıklığa sebep olmaktadır³⁷³. Örneğin, kişi devlet memuru olmamasına rağmen bağlı olduğu kanun gereğince kamu görevlisi sayılabilir. Devlet memurları açısından durum daha açık iken, devlet memuru olmamakla birlikte yürüttükleri kamu hizmeti dolayısıyla kamu görevlisi kabul edilen kişilerin durumları hukuki açıdan tartışma ve değerlendirmeye muhtaç olabilir.

Öncelikle failin suçun kanuni tanımında yer alan kamu görevlisi özelliğini taşıdığını bilmeyerek tipikliğin objektif unsurlarında hataya düşmesini değerlendirelim. Kamu görevlisi özelliği, suçun kanuni tanımında yer alan normatif nitelikte bir unsurdur. Yukarıda açıkladığımız gibi normatif unsurlarda anlam bilgisi ve belirli ölçüde hukuki değerlendirme gereklidir. Failin tipiklik kapsamında yer alan tanımlayıcı ve normatif unsurları bilmesi gereklidir. Burada failin doğrudan devlet memuru olması ve devlet memuru olmamak ile birlikte yürüttüğü kamu hizmeti dolayısıyla kamu görevlisi olmasına göre ayırım yaparak değerlendirmek yerinde olacaktır. Devlet memuru olan bir kişinin kamu görevlileri tarafından işlenebilecek bir özgü suçta, kamu görevlisi olduğunu bilmemesine ilişkin hatası, niteleme hatasıdır ve kastı kaldıran bir hata değildir. Dolayısıyla böyle bir durumda failin

³⁷³ Özgenç’e göre, devlet adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisidir. Kamu görevlisinin bu göreve seçim veya tayin yolu ile gelmesinin sürekli ya da geçici olarak bu görevi üstlenmesinin, bu görev dolayısıyla kişiye paraya ya da başkaca bir maddi menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca kamu görevlisi ile memur kavramı da eş anlamlı değildir. Kamu görevlisinin kamu personeli anlamında memur olarak kabul edilmemesi gereklidir (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.171, dn.102).

tipikliğin objektif unsurlarında hatasından söz edilemez. İkinci durumda ise, yani failin devlet memuru olmamakla birlikte kamu görevlisi sayıldığı hallerde failin normatif unsur bilgisine ilişkin olarak paralel değerlendirmeyi ele almak gereklidir. Kamu görevlisi niteliğinin hukukçu olmayan bir kimse tarafından anlaşılıp anlaşılmaması önemlidir. Failin kamu görevlisi olup olmadığının belirlenmesi için ilgili kanun ya da gerekli görülürse mahkeme kararları kapsamında hukuki bir araştırma yapılması gerekebilir³⁷⁴. Dolayısıyla hukukçu olmayan bir kimsenin bu

³⁷⁴ Yargıtay kararlarında dahi failin kamu görevlisi olup olmadığının tartışmaya muhtaç olması, bahsettiğimiz bu hususa en önemli örnektir.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, sanığın PTT personeli ya da üstlenici firma elemanı olarak istihdam edilip edilmediği araştırılmadan, üstlenici firma elemanı olması halinde görevi kötüye kullanma suçunun faili olup olamayacağı araştırılmadan hüküm verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur. Bkz: Yargıtay 4. CD., 27.10.2014 tarih ve 2014/18056 E., 2014/30436 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 11.04.2019).

Yargıtay 21. CD. tarafından verilen 2015/9697 E., 2016/7996 K. sayılı kararda, TCK m.204/2’de yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun failinin kamu görevlisi niteliğini haiz olması gerektiği, KIT rejimine tabi olan kurumda 399 sayılı KHK m.11/b hükmü uyarınca “*ifa ettikleri görevlerden dolayı işledikleri suçlardan dolayı*” kamu görevlisi sayıldıkları, ayrıca sanığın iş sözleşmesi uyarınca çalıştığının anlaşılması karşısında sanığın kamu görevlisi olup olmadığının belirlenerek resmi belgede sahtecilik suçunun faili olup olmayacağının açıklığa kavuşturulmadan hüküm verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 06.09.2018).

Benzer yönde diğer kararlar için bkz: Yargıtay 5.CD., 2014/2408 E., 2016/4076 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 12.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2014/2166 E., 2016/9067 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 12.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2013/17129 E., 2016/2142 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 15.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2013/14806 E., 2015/17246 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 15.09.2018); Yargıtay 5.CD., 22.10.2014 tarih ve 2013/5643 E., 2014/10040 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 11.04.2018); Yargıtay 11. CD., 2605.2014 tarih ve 26924/10167 sayılı Karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, a.g.e., s.634).

Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda da, 5188 sayılı Kanun m.23’de yer alan özel güvenlik görevlilerinin TCK kapsamında memur sayılacaklarına ilişkin hüküm uyarınca sanıkların olay tarihinde bu Kanun kapsamında olup olmadıkları araştırıldıktan sonra bu Kanun kapsamında oldukları anlaşılırsa TCK m.40/2 hükmünün uygulanması gerektiği içtihat edilmiştir (Otacı, Öztekin, Özaydın, a.g.e., s.632).

Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda çoğunluk görüşüne katılmayan Yargıtay CGK üyesi, karşı oy yazısında, şerikin failin kamu görevlisi niteliğini bilmesinin kendisinden beklenmeyeceğini ifade etmiş ve görüşünü şu şekilde açıklamıştır:

... öte yandan dosya kapsamına göre sahte belgeler düzenlemek için şirket kurmuş olan ve kanun gereği memur sayılan fail sürücü kursu yöneticilerini suça azmettirenin şerik sanık olduğunun kabulünün dosya kapsamına uygun düşmediği sanığın fotoğraf, diploma veya nüfus cüzdanı fotokopisi vermek şeklinde gerçekleşen eyleminin ancak diğer sanıkların sahte belge düzenleme eylemine yardım etme şeklinde değerlendirilebileceği, bu halde de 5237 sayılı TCK’daki kusur prensibi gereği cezalandırılma koşulu olan şerik sanığın diğer faillerin kanun gereği memur sayıldıkları bilmesi gerektiği oysa şerik sanığın bunu bildiğine dair dosyaya yansıyan bir beyan veya delil bulunmadığı,

halde kamu görevlisi sayıldığını bilmemesi olası bir durumdur. Bu halde failin kamu görevlisi olduğunu bilmemesi şeklindeki tipikliğin objektif unsurlarındaki hatasının kastını kaldıracağı düşüncesindeyiz.

İkinci durum ise, failin gerçekte kamu görevlisi olmamasına rağmen, kendisini kamu görevlisi zannetmesidir. Özel bir tıp merkezinde çalışan doktorun kamu görevlisi olduğuna inanması ve rüşvet suçunu işlediğini zannetmesi gibi yahut belediyede üstlenici firmaya bağlı çalışan hizmetlinin kamu görevlisi olduğuna inanması ve zimmet suçunu işlediğini zannetmesi gibi. Peki bu hallerde failin ceza sorumluluğu nasıl belirlenmelidir? Burada tersine unsur yanılgısı söz konusu olur. Tersine unsur yanılgısında, her iki durumda da fail kendisinin kamu görevlisi özelliğini haiz olduğunu düşünmekteyse de, kanunda böyle bir suç olmadığı ve sadece failin zihninde oluşan bir suç olduğundan varsayımsal (*mefruz*) suç olduğu düşüncesindeyiz. Failin zihnindeki özgü suçtan dolayı sorumluluğu söz konusu değildir. Türk doktrininde bir görüşe göre de, özgü suçlarda, failin hatalı değerlendirmesi sonucunda kendisini suçu işleyebilecek kişiler arasında görmesi halinde varsayımsal suç söz konusu olur. Örneğin, bir kamu kurumu niteliğindeki hastanede görev yapmayan doktorun kendisinin TCK kapsamında kamu görevlisi olduğunu zannetmesi ve görevi kötüye kullanma, rüşvet gibi suçları işlediğini düşünmesi halinde varsayımsal bir suç olduğu kabul edilmelidir³⁷⁵. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, failin PTT Merkez Müdürlüğü'nün yazısına göre, yüklenici firma elemanı olarak istihdam edilmesi nedeniyle PTT personeli olmayıp kamu görevlisi tarafından işlenebilen görevi kötüye kullanma suçunun da faili

kanun uygulayıcısının bile zaman zaman tereddüte düştüğü bir konunun sıradan bir kişi olan şerikin bilmesi gerektiğinin varsayılamayacağı, bir an için sanığın asıl failin memur olduğunu bildiği varsayılsa bile bu takdirde de zaten suç işlemek için sürücü kursu kurmuş sanıkları azmettirdiğinin kabul edilemeyeceği nazara alındığında eyleminin suça yardım eden pozisyonunda kalacağı her iki halde de faillğe nazaran şeriklik hali tali norm karakteri arzettiği için failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği sanığın sadece kendi işlediği suç olan resmi belgede sahtecilik suçundan yani TCK 204/1 maddesi gereğince cezalandırılmasının kanunilik ilkesi ve ceza adaletine daha uygun düşeceği ...” Yargıtay CGK., 11.04.2019 tarih ve 2018/189 E., 2019/350 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 31.10.2019).

³⁷⁵ Erman, **a.g.e.**, s.275.

olamayacağı ifade edilmiştir³⁷⁶. Bu gibi hallerde failin PTT’de çalıştığı için kendisini kamu görevli zannetmesi halinde de, varsayımsal (*mefruz*) suç söz konusu olacaktır.

Tersine unsur yanılışı ile ilgili olarak failin kendisine ilişkin öngörülen özelliği haiz olmamasına rağmen, olduğunu kabul etmesi halinde suçun oluşmadığını kabul etmekteyiz. Elverişliliğin suçun kanuni tanımında konu ya da araca ilişkin olduğu³⁷⁷ ve faile ilişkin özellik ya da yükümlülük fiile ilişkin olmadığından süjedeki elverişsizliğin, elverişsiz teşebbüse (*işlenemez suç*) yol açmadığı ve özgü suçta elverişsiz teşebbüsten söz edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Alman ceza hukukunda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilmesi mümkün olduğundan³⁷⁸ dolayı bu konu

³⁷⁶ Yargıtay 5.CD., 03.06.2015 tarih ve 2013/9632 E., 2015/12065 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 11.04.2019).

Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 5.CD., 06.11.2014 tarih ve 2013/7313 E., 2014/10581 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 11.04.2019; Yargıtay 5.CD., 25.06.2014 tarih ve 2013/3124 E., 2014/7057 K. sayılı karar; Yargıtay 4.CD., 18.01.2012 tarih ve 2010/29481 E., 2012/1100 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 11.04.2019).

³⁷⁷ Suça teşebbüste araç ve konu dahil olmak üzere tüm fiile ilişkin unsurlar elverişli olmalıdır (Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, Kazancı Hukuk Yayınları No:134, İstanbul, 1994, s.185; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.488; Ayrıca bkz. 35.m. gerekçesi).

Elverişsiz teşebbüs (*işlenemez suç*, *Untauglicher Versuch*) ve mefruz suç (*sözde suç*, *Wahndelikt*) üzerinde kısaca durmakta fayda görmektedir. İşlenemez suç, failin işlemeyi düşündüğü suçun kanunda düzenlendiği, ancak bazı nedenlerle kanuni tanıma uygun fiili işlemesinin imkansız olduğu, bu imkansızlığın suçun konusunun bulunmaması ya da araçların elverişsizliğinden kaynaklanmasıdır (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.224). Elverişsiz teşebbüs, aracın elverişsiz olması ya da maddi konunun bulunmaması nedeniyle oluşabilir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.497). Örneğin, ölmüş bir kimseyi öldürmek amacıyla ateş etmek gibi (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.224; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.497).

Elverişsiz teşebbüste fail, gerçekte var olmayan bir unsurdan yola çıkmaktadır ve bu unsur tipikliğe aittir, bu durum gerçek olsa tipiklik oluşacaktır. Ancak varsayımsal (*mefruz*) suçta ise, fail gerçekleştirdiği eylemin bir suç normu olduğunu düşünmekte ise de, bu norm sadece onun hayalindedir (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.225; Erman, **a.g.e.**, s.274, 275; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.497). Varsayımsal suçun iki ihtimalde ortaya çıktığı kabul edilmektedir: İlkinde kişi eyleminin suç olarak düzenlendiğini düşünmektedir, ancak kanunda böyle bir suç bulunmamaktadır. Örneğin, evli bir kimsenin eşi dışındaki kişi ile cinsel ilişkiye girmesinin zina suçunu oluşturduğunu düşünmesi gibi. İkinci durumda ise, kişi normu hatalı yorumladığı için aleyhinde suç olduğunu düşünmektedir (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.225).

Alman ceza hukukunda olduğu gibi elverişli ve elverişsiz teşebbüs olarak iki terimin kullanılması gerektiği yönünde görüş için bkz: Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.496.

³⁷⁸ Niepoth, **a.g.e.**, s.220, din.343.

Alman Mahkemesi verdiği bir kararda, elverişsiz süjenin teşebbüsünü, ceza normunun kişisel uygulama alanına ve gerçek özgü suçun esasına dokunmaksızın çözmüştür (RGSt 8, 198, 200, Endrulat, **a.g.e.**, s.200, kn.331).

Alman doktrininde bir görüşe göre, failin özel yükümlülük ilişkisinin koşul olarak öngörüldüğü suçlarda, elverişsiz teşebbüs ve varsayımsal (*mefruz*) suç arasında özel kurallar uygulanır. Özgü ilişkinin bulunduğu hatalı kabul, genel kurala aykırı olarak sadece cezasız varsayımsal (*mefruz*) suça sebep olur (Frister, **a.g.e.**, s.328, kn.23).

önem taşıyor iken, Türk ceza hukukunda cezalandırılabilir olmadığından dolayı³⁷⁹ hukukumuz açısından önem taşımamaktadır. Ayrıca faile ilişkin özellik ya da yükümlülük, elverişliliğe değil, tipikliğin unsurlarına ilişkin olduğundan bu konu inceleme dışı tutulmuştur. Elverişliliğin konu ve araca ilişkin olması, faile ilişkin olmaması, elverişsizliğin bir tehlike ortaya çıkarmaması dolayısı ile zaten cezalandırılmaya değer olmaması, failin elverişli nitelikte olmamasının tipikliğin objektif unsurunun yokluğuna sebep olmasından dolayı fiili suç olmaktan çıkarması sebepleri ile Alman ceza hukukunda tartışılan elverişsiz süjenin teşebbüsü konusunun hukukumuz açısından önem taşımadığı, Türk ceza hukukundaki mevcut düzenleme ve uygulamanın yerinde olduğu düşüncesindeyiz.

Üçüncü olarak failin kamu görevlisi niteliğini bilmesine rağmen, kamu görevlisine yüklenen özel hukuki yükümlülüğü bilmemesi halini değerlendirelim. Bu halde fail, suçun kanuni tanımında öngörülen kamu görevlisi niteliğini taşıdığını bilmektedir, yani tipikliğin unsurlarına ilişkin bilgisi tamdır, ancak bu özelliğinden dolayı kendisine hukuki özel bir yükümlülük yüklendiğini ve ihlalinin suç normu olarak düzenlendiğini bilmemektedir. Örneğin, kamu görevlisi olan hemşirenin iğne yaptığı sırada bir suçun işlendiğini öğrenmesine rağmen, suçu bildirme

İlginç bir şekilde, varsayımsal (*meßfuz*) suçlarda elverişsiz teşebbüsün sınırlandırılması meselesi, toplumsal anlamı hatalı bir şekilde kabul edildiğinde tartışılmaktadır. Eğer kast için anlam bilgisinin uygun koşullardan anlaşılması gerekiyorsa, o zaman gerçekten tersine yanılmanın kastın genel koşulları hakkında bir şey ifade etmeyen özel problemi söz konusu olur (Bachmann, **a.g.e.**, s.44).

Teşebbüsün cezalandırılabilirliğinde özgü suçun tamamlanmasına bağlı tanımla birlikte “*intraneus*” ve “*extraneus*” aynı konuma getirilmektedir, ancak eşit bir şekilde cezaya layık olup olmadıkları belirsizdir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.254, 255). Bu analiz şu şekilde özetlenebilir: Kendisini nitelikli olarak değerlendiren “*extraneus*”, haksızlık içeriği çok daha az olduğu için aynı teşebbüste bulunan “*intraneus*”un yanında çok daha az cezaya layıktır. Yalnız bu cezaya liyakat farklılığı, özgü suçun tamamlanmasına bağlı tanımında bulunmamaktadır. Elverişli ve elverişli olmayan süjeler farklı şekilde cezaya layık olmalarına rağmen, teşebbüsten dolayı aynı şekilde cezalandırılmaktadır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.257).

³⁷⁹ *Sözür*, hareket tipik neticeyi meydana getirmeye uygun olarak değerlendirilip hareketin tehlikeli olduğu kanaatine ulaşırsa, fail suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır. Aksi durumda, failin tipik neticeyi gerçekleştirmesi mümkün gözükmediğinden hareket tehlikesiz biçimde değerlendirilmekte ve ceza hukuku bakımından önem taşımayan bir fiil bulunmaktadır (Sözür, **Suç Teşebbüs**, s.254).

Ayrıca *Sözür*’e göre, özgü suçta tipiklikte öngörülen niteliği taşımayan kişinin böyle bir suça kalkışması halinde, bu kişi normun uygun muhatabı sayılmayacağından özgü suça aykırılık oluşmamaktadır (Sözür, **Suç Teşebbüs**, s.154, 254).

Türk doktrininde süjede elverişsizliği kabul eden bir görüşe göre, kamu görevlisi olmayan bir kişiye kamu görevlisi olduğu düşüncesi ile rüşvet verilmesinde elverişsiz teşebbüs (*süjede elverişsizlik*) bulunmaktadır (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.224).

yükümlülüğünün olduğunu bilmemesi dolayısıyla suç bildirmemesi gibi. Bu halde haksızlık yanılığı olduğu düşüncesindeyiz. Burada haksızlık yanılığına ilişkin kurallar geçerli olmalıdır.

Alman doktrinde bir görüşe göre, tipiklik için failin kamu görevlisi, vasi, garantör gibi faillik unsurları bakımından onların bulunduğu dair bilgisi yeterli ve gereklidir³⁸⁰. Özgü suçlarda failin niteliğini bilmesine ilişkin olarak *Schlüchter*, kamu görevlisinin tanımının yer aldığı Alm. CK § 11/1/2 hükmüne ilişkin yorumların kamu görevlisi niteliğinin ne kadar titizlikle incelenmesi gerektiğini gösterdiğini ifade etmektedir³⁸¹. Hem öğretide hem de içtihatlarda, tipikliğin bir unsuru olarak “*kamu görevlisi*”nin kasta ilişkin bir bilgi olduğu kabul edilmektedir³⁸². Kamu görevinden kaynaklanan yükümlülüğün ise tipiklik unsuru değil, aksine hukuki yükümlülük unsuru olduğu kabul edilmektedir³⁸³.

³⁸⁰ Welzel, *a.g.e.*, s.77.

³⁸¹ Schlüchter, *a.g.e.*, s.137, 138.

³⁸² BGHSt 8, 321, 323; Schlüchter, *a.g.e.*, s.138.

Burada temsil edilen görüşe göre, münferit unsurları dikkate almak gerekmemektedir, tam aksine failin “*unsuru*” algılayıp algılamadığına ve bu unsurun bütün bir suç tipi içerisindeki hukuki değer ile ilişkili olan bileşeni algılayıp algılamadığına dikkat etmek gerekir. Böylece öncelikle görev suçlarının hukuki değeri ile ilgili olmalıdır. Önemli menfaatler söz konusu olsa dahi herkesin davranışı cezalandırılmamaktadır, aksine bu daha çok özgü suçlarda söz konusu olmaktadır. Bu anlayışa göre, failin kamu görevlisi niteliği cezalandırılabilirliği sınırlayıcı bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Failin kamu idaresiyle özel bağlılığı, kişisel ya da nesnel olabilir. Fail, bir rol üstlendiğinde kişisel olur, sadece devlet otoritesini kullanmaya yetkili olduğu bir görevi yerine getirdiğinde ise nesnel olur. Bu sebeple fail, kamu görevlisi niteliğinden kast ile sorumlu tutulabileceğinin en azından mümkün olduğunu düşünmüş olmalıdır (Schlüchter, *a.g.e.*, s.138, 139).

³⁸³ Welzel, “*Der Irrtum die Amtspflicht*”, s.209.

Kamu görevlisi niteliği olarak adlandırılan özellikte, failin devlet gücünün işleyişine katkıda bulunduğunu bilmesi yeterlidir. Yükümlülüklere ilişkin bilgisizlik, sadece haksızlık yanılığı olmalıdır. Aynı şekilde bir garantörün garantör durumunu oluşturan maddi koşulları bilmesi de yeterlidir. Tehlikenin önlenmesi hususundaki garantör yükümlülüğü hakkındaki hata, sadece haksızlık yanılığı olarak incelenmelidir, çünkü bu suç yapısında hukuka aykırılık olarak sınıflandırılmıştır (Hoffmanns, *a.g.m.*, s.285).

Eğer kamu görevlisinin hatası, kamu görevinden kaynaklanan yükümlülüğün özel koşulları altında kabul edilebilir ise, hatasının maddi koşulların hatalı değerlendirmesine ya da maddi koşullardan hatalı çıkarıma dayanıp dayanmadığı önemsizdir ve kişi cezasız kalır (Welzel, “*Der Irrtum die Amtspflicht*”, s.209). Kasten resmi makamın önlemine karşı gelen fail, resmi makam yetkili idiye, sadece hukuka aykırı hareket etmiş olur (Welzel, “*Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde*”, s.135). Hukuka aykırılık hususundaki hata, kusura ilişkin bir durumdur, bu demektir ki fail sadece merciin yetkili olduğunu bilmesi hususunda değil, aynı zamanda kendi düşüncesi ile ya da hukuk ile uğraşan kişilerin araştırması ile eylemin hukuka aykırılığını anlayabilmesi durumunda da kusurlu olur (Welzel, “*Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde*”, s.135).

Dördüncü olarak, tersine haksızlık yanılığında, yani failin kendisinin kamu görevlisi olduğunu bilmesi ile birlikte hatalı değerlendirmesi sonucunda kamu görevlileri tarafından işlenebilecek bir haksızlık gerçekleştirdiğini düşünmesi halinde varsayımsal suç söz konusu olur³⁸⁴. Örneğin, bir sağlık mesleği mensubunun görevini icra ederken hastasının suç işlemiş olduğuna dair öğrendiği bilginin meslek sırrı kapsamında olduğunu ve bu sırrı açığa çıkarmanın suç olduğunu düşünmesi gibi.

Gerçek ihmali suçlarda hata, failin yükümlülüğü bilmemesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, yaşı, hastalığı, yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendisini idare edemeyecek durumda olan kişiye yönelik yardım etme yükümlülüğünün bulunmadığını zanneden kişinin hatası kaçınılmaz ise, haksızlık yanılığı söz konusu olur³⁸⁵.

Özgü suçlarda faile ilişkin olarak suçun kanuni tanımında öngörülebilecek olan garantör durumu ve garantör yükümlülüğüne ilişkin hata durumunda da failin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği önem taşımaktadır. Garantörlük durumunun varlığı, gerçek olmayan ihmali suçların tipikliğinin objektif unsurunun bir parçasıdır, dolayısıyla failin kastını da kapsamalıdır³⁸⁶. Garantörlük durumuna ilişkin hata, TCK m.30/1'e ve Alm. CK § 16'ya göre tipiklikte hata kapsamına girmektedir³⁸⁷.

³⁸⁴ Alman İmparatorluk Mahkemesi'ne göre de, kamu görevi durumunun hatalı bir şekilde kabulünde, maddi ya da hukuki sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığı önemli değildir. Var olmayan bir kamu görevine ilişkin hata ve onun sözde ihlali, varsayımsal (*mefruz*) suçtur (RGSt 8, 199; 29, 420, Hans Welzel, "Der Irrtum die Amtspflicht", **JuristenZeitung**, Sayı:7/8, 1952, s.208-209, s.209). Tersine hata, yani bulunmayan bir yetkinin hatalı bir şekilde kabulü, *-maddi veya hukuki bir sebepten meydana gelip gelmediği önemsizdir-*, bulunmayan hukuki yükümlülük hususunda hatadır ve burada açıkça mefruz suç bulunmaktadır (Hans Welzel, "Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde", **JuristenZeitung**, Sayı:5, 1952, s.133-136, s.136).

³⁸⁵ Heinrich, **a.g.e.**, s.499, kn. 1168; s.382, kn. 913; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.693, kn.210; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.143; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.235, kn.747; Tofahrn, **SAT-II**, s.54, kn.82; Kasiske, **a.g.e.**, s.80, kn.216; Satzger, **a.g.m.**, s.435; Akbulut, **a.g.e.**, s.594.

³⁸⁶ Kasiske, **a.g.e.**, s.119, kn.85; Heinrich, **a.g.e.**, s.381, kn.913; Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.143; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.234, kn.745; Langer, **Die Sonderstraftat**, s.386.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda, garantör durumunun varlığı çoğu zaman tartışmalı ve belirsiz olduğu için çoğu durumda hukukçuların dahi fark edemedikleri hususlar hukukçu olmayanlara isnat edilmemelidir (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.693, kn.210).

Ayrıca bkz: BGH 16, 155 (Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.143).

³⁸⁷ Tofahrn, **SAT-II**, s.54, kn.82; Kasiske, **a.g.e.**, s.119, kn.309; Heinrich, **a.g.e.**, s.499, kn.1168, 1169; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.234, kn.745.

Ancak aksi yöndeki bir görüşe göre ise, garantör durumuna ilişkin hata, haksızlık yanılığı kapsamında³⁸⁸.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda fail, tipikliğin objektif unsurlarını bilmelidir. Objektif olarak garantör olan fail, suçun maddi koşullarını geniş değerlendirmiş olabilir ve böylece garantör kavramının maddi koşulları hakkında hataya düşmüş olabilir, bundan dolayı garantör değilmiş gibi hareket edebilir ve

Kişinin bu yükümlülüğe yönelik hatası, TCK m.30/1 kapsamında suç maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirilmelidir (Erbaş, **a.g.e.**, s.207).

³⁸⁸ Androulakis, **a.g.e.**, s.255.

Alman İmparatorluk Mahkemesi, hukuki yükümlülüğün ceza hukukuna ilişkin ya da ceza hukuku dışından kaynaklanan bir nitelikte olup olmamasına göre ayırım yapmıştır. Örneğin, malvarlığı beyanına ilişkin vergi hukuku yükümlülüğü, ceza hukuku dışından kaynaklanmaktadır ve suçun bir maddi unsurudur (Börker, **a.g.m.**, s.88). Bu hata, kastı kaldıran hata olarak kabul edilmiştir (RGSt 68, 99 [101 104 104] (Börker, **a.g.m.**, s.88)). Bununla birlikte hukuki yükümlülük, ağırlıklı olarak ceza hukukundan kaynaklanmakta ise, ihmal edenin bunu bilip bilmemesi önemsiz kabul edilmiştir (RGSt 66, 71 [74]; 74, 283 [286]; 75, 271 [276] (Börker, **a.g.m.**, s.88)). Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu mesele hakkında verdiği birbiri ile bağdaşmayan iki kararı (BGHSt 2,150 [155, 156]; 3, 18 [19, 20] (Börker, **a.g.m.**, s.88)), inceleme dışı kalabilir. Çünkü bu kararlar Büyük Ceza Kurulu kararından önce çıkmıştır (BGHSt 2, 194, Börker, **a.g.m.**, s.88). Büyük Ceza Kurulu, ceza hukukundan kaynaklanan hata ve ceza hukuku dışından kaynaklanan hata arasında ayırım yapmıştır. Aynı zamanda hukuka aykırılık bilincinin kasta ait olduğu öğretiyi reddetmişlerdir. Bu da kusurun alanında olduğunu, yani kınanabilirliğe ilişkin olduğunu göstermektedir. Buna rağmen, Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, gerçek olmayan ihmali suçlarda hukuki yükümlülüğün kastı kaldırdığı içtihat edilmiştir (BGHSt. 3, 82 [89] (Börker, **a.g.m.**, s.88)). Çünkü bu yükümlülük, hukuka aykırılığın değil, tipikliğin bir parçası olarak görülmektedir. Daha sonra 1. Ceza Kurulu tarafından verilen bir kararda, bunun bir haksızlık yanılığı olduğu kabulüne yönelik eğilim gösterilmiştir. Gerçek ihmali suçlarda kanundan doğrudan ortaya çıkan hareket etme hukuki yükümlülüğün bilgisinin gerekmediği, gerçek olmayan ihmali suçlarda, hareket etme hukuki yükümlülüğünün kasta bağlı olmasının kuşkuyla yol açtığı ifade edilmiştir. *Börker'e* göre, garantör durumunun tipiklikte hata kapsamına girdiğinin kabulü doğru değildir (Börker, **a.g.m.**, s.88). Yazara göre, garantör durumu, tipikliğin tanımlayıcı ve normatif nitelikte unsurlara ilişkin olmasından ziyade hareket etme hukuki yükümlülüğüne dayanmakta ve haksızlık yanılığının alanına girmektedir (Börker, **a.g.m.**, s.90).

Welzel de, *Kaufmann* da, kastın fail unsurunu kapsamasına gerek olmadığı neticesine ulaşmıştır. *Kaufmann*, bu bilginin eksikliğinin haksızlığı etkilemediği, norm hatasına yani haksızlık yanılığına yol açtığını kabul etmektedir (Karl Heinz Kunert, **Die Normativen Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände**, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1958, s.74; Androulakis, **a.g.e.**, s.254). *Kaufmann*, *Welzel*'den faile ilişkin unsur ve özgü yükümlülüğün her ikisinin de normun bakış açısı altında daha doğrusu haksızlık yanılığı altında aynı şekilde ele alması bakımından farklılaşmaktadır (Androulakis, **a.g.e.**, s.254). *Welzel*, özgü yükümlülüğe dayanan unsurun tipikliğe ait olduğunu kabul etmektedir. *Kunert*, *Kaufmann*'ın görüşünün üstünlüğü hak ettiğini savunmaktadır. Çünkü bu görüş, özgü yükümlülüğün oluşumunun yükümlülük sahibinin bilgisinden bağımsız ve objektif olduğunu tutarlı bir şekilde kabul etmektedir. *Kunert*, *Kaufmann*'ın faile ilişkin objektif unsurun kastın kapsamına girmesine gerek olmadığı ve bununla ilgili hatanın haksızlık yanılığı olduğuna katılmaktadır (Kunert, **a.g.e.**, s. 74, 75; Androulakis, **a.g.e.**, s.255). *Androulakis'e* göre ise, eğer *Kaufmann*'ın yaptığı gibi faile ilişkin unsur, özel bir hukuka aykırılık durumu olarak görülebilseydi, o zaman garantör olmayan kişilerin de gerçek olmayan ihmali suç işleyebileceği sonucunu kabul etmeye razı olmak gerekirdi (Androulakis, **a.g.e.**, s.255).

onun düşüncesine göre özel bir müdahale etme yükümlülüğü bulunmayabilir. Garantör durumu unsuru, tipikliğin normatif bir unsurudur, *-belgede sahtecilik suçunda belge kavramının anlaşılması gibi-* paralel değerlendirme yeterlidir. Mantık gereği failin hukuki anlamda garantör olduğunu veya hukuki olarak bir neticenin gerçekleşmemesini garanti ettiğini bilmesi zorunlu değildir³⁸⁹. Örneğin, A eve geldiğinde evinin alev alev yandığını görür, üst pencereden birisinin yardım istediğini duyar, duman ve diğer seslerden dolayı bu kişinin komşusu N olduğunu zanneder, N'yi sevmediğinden kurtulması için harekete geçmez. Ancak gerçekte kurtarmak için harekete geçmemesi dolayısıyla boğulan kişi annesidir³⁹⁰. Bu olayda, A annesine karşı garantör durumunda olmasından dolayı ihmal ile öldürme suçunun objektif unsuru gerçekleşmiştir. Ancak A bu garantör durumunun gerçek koşullarını hata nedeniyle bilmemekte, yardım isteyen kişinin annesi değil, aksine komşusu N olduğunu zannetmekte ve bu sebeple özel bir yükümlülüğünün olmadığını düşünmektedir. Burada A, ihmal ile taksirle öldürmeden sorumlu olabilir³⁹¹.

Bu durumun tersine garantörlük durumunun gerçekte olmamasına rağmen, hatalı bir şekilde kabulünün Alman ceza hukukunda elverişsiz teşebbüse yol açtığı ifade edilmektedir³⁹². Düşüncemize göre ise, varsayımsal suç söz konusu olur.

Hata bakımından önemli olan bir diğer konu ise, garantör yükümlülüğünde hatadır. Gerçek olmayan ihmalî suçlarda, garantör yükümlülüğünü, neticeyi

³⁸⁹ Satzger, **a.g.m.**, s.433, 434.

³⁹⁰ Tofahrn, **SAT-II**, s.54, kn.82.

Benzer yönde bir örnek için bkz: Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.234, kn.745.

³⁹¹ Tofahrn, **SAT-II**, s.55, kn.82.

Benzer yönde örnek için bkz: Kasiske, **a.g.e.**, s.119, kn.309; Heinrich, **a.g.e.**, s.382, kn. 913, s.499, kn. 1169; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.234, kn.745; Satzger, **a.g.m.**, s.433, 434.

³⁹² Niepoth, **a.g.e.**, s.223; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.234, kn.746; Satzger, **a.g.m.**, s.436.

Alman doktrininde bir başka görüşe göre ise, özgü yükümlülüğe dayanan unsurun kastın kapsamında olmadığına ilişkin görüşün doğruluğu, tersine yanılı durumlarında da görülmektedir: Eğer kastın gerekliliği kabul edilirse, hatalı olarak kendisini memur ya da garantör olarak gören kişi tutarlı bir şekilde, gerçek memur suçlarına ya da gerçek olmayan ihmalî suçlara teşebbüsten dolayı (*Alman ceza hukukuna göre*) cezalandırılmak durumunda kalacaklardır. Bu sonuç, büyük çoğunlukla reddedilmektedir, çünkü kanunun sadece özel niteliği haiz failin özgü suçtan cezalandırılmasına yönelik iradesine karşı, özel niteliği haiz olmayan failin cezalandırılmasına yol açmaktadır. Özgü yükümlülük oluşumu için koşulların bilgisi (*kamu görevlisi, garantör gibi*) gerekli olmadığı gibi (*çünkü yükümlülük tamamen objektiftir*), aynı şekilde böyle bir bilgi, yükümlülüğe aykırılığın koşulu ya da haksızlığın koşulu olarak da gerekli değildir (*çünkü yükümlülüğün koşulları, haksızlığın koşullarından sadece eylemin gerçekleştirilmesi ile ayrılır*) (Kunert, **a.g.e.**, s.74).

engelleme yükümlülüğünü bilmeyen özgü suçun failinin hatası haksızlık yanılığı kapsamında değerlendirilir³⁹³. Haksızlık yanılığı, ihmali suçlar açısından önem taşımaktadır. Çünkü ihmali suçlardaki emir hatası hukuka aykırılığa ilişkindir³⁹⁴. Garantör yükümlülüğüne ilişkin hata, hareket etme yükümlülüğünü doğuran garantör durumundan ayırt edilmelidir³⁹⁵. Garantörlük durumunu takip eden garantör yükümlülüğünün varlığı hususundaki hata, kastı etkilemez, kusur düzeyinde incelenmelidir³⁹⁶. Aksi yöndeki bir görüşe göre, metodolojik açıdan ihmali özgü suçtan kasten sorumlu olmak için garantör yükümlülüğü bilgisinin koşul olup olmadığı sorusunun cevabına genel suç ve özgü suç kavramlarından yola çıkılarak ulaşılması doğrudur. Genel suç kavramının tanımlamasına göre, kastı suçun spesifik haksızlık bilinci karakterize eder. Garantör yükümlülüğü, ihmali suçlarda özel haksızlığın bir unsurudur. Bu görüşe göre eğer fail, izin verilmeyen davranışın bu unsurunu hatalı olarak bilmiyorsa, ilgili ihmali özgü suçta kast söz konusu olmaz³⁹⁷. Yukarıda yer verdiğimiz yangın örneğinde, A annesinin yardım istediğini anlasaydı, ebeveynlerin çocuklara karşı yükümlülüğünün olduğunu, ancak çocukların ebeveynlerine karşı yükümlülüklerinin olmadığını düşünseydi ve bu yüzden kurtarmasaydı, A tipikliğin koşullarını biliyor olacağından dolayı kastı kaldıran hata olmayacaktı. A hareket etme yükümlülüğünün olmadığına ve failinin cezalandırılabilir olmadığına inanmakta olduğundan burada haksızlık yanılığı söz konusu olacaktır³⁹⁸.

Garantörlük yükümlülüğünün gerçekte olmamasına rağmen, hatalı şekilde kabulü halinde tersine haksızlık yanılığı ve varsayımsal (*mefruz*) suç söz konusu olur. Eğer fail, suçun maddi unsurlarını bilmek ile birlikte garantör yükümlülüğünün

³⁹³ Akbulut, **a.g.e.**, s.594; Erman, **a.g.e.**, s.275.

³⁹⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s.594.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarına göre, garantör yükümlülüğü (*Garantenpflicht*), suçun bir unsuru değil, ancak üçlü yapının ikinci ayağını oluşturmakta, yani hukuka aykırılık (*Rechtswidrigkeit*) kriterini oluşturmaktadır (BGHSt 16, 148 (Bohlender, **a.g.e.**, s.41)).

³⁹⁵ Tofahrn, **SAT-II**, s.54, kn.82; Heinrich, **a.g.e.**, s.382, kn. 913.

³⁹⁶ Heinrich, **a.g.e.**, s.382, kn. 913; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.692, kn.209; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.235, kn.748.

³⁹⁷ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.386.

³⁹⁸ Tofahrn, **SAT-II**, s.55, kn.82.

Benzer yönde örnekler için bkz: Kasiske, **a.g.e.**, s.119, kn.310; Heinrich, **a.g.e.**, s.382, kn. 913, s.500, kn. 1170; Satzger, **a.g.m.**, s.435.

hukuki olarak varlığı hususunda hatalı değerlendirmesinden dolayı yanılırsa, tersine haksızlık yanılığı ya da varsayımsal (*meßfuz suç*) söz konusu olur³⁹⁹. Örneğin, bir kişinin komşusunun çocuğunu boğulurken gördüğünde müdahale etme yükümlülüğünün bulunduğunu zannetmesine rağmen müdahale etmemesi halinde varsayımsal suçtan söz edilir⁴⁰⁰.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda hata meselesine ilişkin olarak Alman Federal Yüksek Mahkemesi Büyük Ceza Kurulu tarafından verilen karar, sadece hata öğretisi için ilkesel öneme sahip değil, aynı zamanda her şeyden önce suç öğretisi için de büyük öneme sahiptir. Hem hata öğretisi hem de suç öğretisi bu kararın önemini fark etmemiştir⁴⁰¹. Bu kararda, gerçek olmayan ihmali suçlarda tipe uygun neticenin ve ihmal edenin garantör durumunun suçun unsurlarına dahil olduğu, ancak garantör yükümlülüğünün dahil olmadığı, garantör yükümlülüğünün kendisinin tipikliğin normatif unsuru olarak tanımlandığı, Büyük Kurulun görüşüne göre garantör yükümlülüğünün unsurları ile garantör durumlarının unsurlarının eşdeğer bulunmadığı ve garantör yükümlülüğünün bu garantör durumundan ve onun bilgisinden ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Hukuk düzeninin garantörü neticeyi engellemek hususunda harekete geçmesi için yükümlü kılarak garantör durumuna sahip kıldığını ve hareketsiz kalan, böylece tipe uygun neticeye izin veren kişinin davranışı hakkında değersizlik yargısında bulunduğunu belirtmiştir⁴⁰².

Özgü suç ile hata arasındaki ilişki bağlamında kamu görevlisi, garantör durumu ve garantör yükümlülüğü konuları dışında TCK m. 230'da yer alan "*birden çok evlilik*" suçu da incelemeye değerdir. Düşüncemize göre, bu suçun faili ancak evli olan bir kişi olabileceğinden bu suç özgü suçtur. Bu suçta, evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi fail olmaktadır ve haklarında ayrılık kararı verilmiş olması dolayısıyla evlilik ilişkisinin de bittiğini zannederek başka bir evlilik yapan fail, tipikliğin objektif unsurlarında hataya düşmüş olduğundan kastı kalkmış

³⁹⁹ Tofahrn, **SAT-II**, s.54, kn.82; Heinrich, **a.g.e.**, s.382, kn. 913; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.235, kn.747, s.235, kn.751; Satzger, **a.g.m.**, s.435; Erman, **a.g.e.**, s.275.

⁴⁰⁰ Erman, **a.g.e.**, s.275, 276.

⁴⁰¹ BGHSt 16, 155 (Arthur Kaufmann, "Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt", **JuristenZeitung**, Sayı:16, 1963, s.504, s.504-506).

⁴⁰² Kaufmann, **a.g.m.**, s.504.

olur⁴⁰³. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi faile ilişkin unsurlar, bilinmesi gerekli unsurlar arasında yer alır. Suçun kanuni tanımında yer alan “*evli olma*” unsuru, tipikliğe ilişkin normatif bir unsurdur, dolayısıyla bu unsurun bilinmemesi tipiklikte hata kapsamında kabul edilmelidir. Ayrılık kararının boşanma şeklinde yorumlanmasının ise, niteleme yanılığı olduğu ve kişinin kastını kaldırmadığı düşüncesindeyiz.

Türk doktrininde bir görüş, İtalyan doktrinine atıf yapmak suretiyle özgü suçları, “*özgü niteliği tam olmayan suçlar*”, “*yarı özgü suçlar*” ve “*tam özgü suçlar*” olarak üçe ayırarak incelemiştir. Yazar, “*özgü niteliği tam olmayan suçlar*”ın belirli nitelikte fail tarafından işlenmediğinde de hukuka aykırı olan ve başkalarının menfaatlerine zarar vermeye devam eden fiiller olduğunu ve bu grup suçların herkes tarafından da işlenebilmesi dolayısıyla failin niteliğinin fiilin suç olma özelliğini ortadan kaldırmadığı ve kural üzerinde hata olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. “*Yarı özgü suçlar*”ın belirli nitelikte kimseler tarafından işlenmedikleri takdirde, daha ağır ya da daha hafif nitelikte cezayı gerektiren suçları oluşturduğunu ve bu halde failin niteliğinin tipik fiilin bir unsuru haline gelmesinden dolayı fiil üzerinde hata olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁰⁴. “*Tam özgü suç*” ise, fiilin suç olma niteliğini doğrudan failin niteliğinin belirlediğini ve failin niteliğinin tipiklik unsurunu oluşturması dolayısıyla bu konudaki hatanın fiil üzerinde hata olduğunu kabul etmiştir⁴⁰⁵. Bu ayrıma hataya ilişkin genel kurallar ve özgü suçun yapısına uygun düşmemesi sebebi ile katılmamaktayız.

Özgü suçlarda fail özel niteliği bilmiyorsa, eğer koşulları oluşmuş ise, bir başka suçtan sorumlu olabilir. Örneğin, zimmet suçunda suçu işleyen kişi, kamu görevlisi sıfatını haiz olduğunu ya da zilyetliğin görevi nedeniyle kendisine verildiğini yahut her iki durumu da bilmiyorsa, failin sorumluluğu bilinmeyen unsur göz önüne alınarak belirlenmelidir. Eğer fail, kamu görevlisi sıfatını haiz olduğunu bilmiyor, ancak zilyetliğin görevi nedeniyle kendisine devredildiğini biliyor ise, koşulları varsa güveni kötüye kullanma suçundan; kamu görevlisi sıfatını biliyor,

⁴⁰³ Güngör, **a.g.e.**, s.60, 119, 127.

⁴⁰⁴ Güngör, **a.g.e.**, s.118.

⁴⁰⁵ Güngör, **a.g.e.**, s.119.

ancak görevi nedeni ile zilyetliğin kendisine devredildiğini bilmiyor ise, görevi kötüye kullanma suçundan; hem kamu görevlisi sıfatını hem de zilyetliğin görev nedeni ile kendisine devredildiğini bilmiyor ise, koşullarına göre hırsızlık suçundan sorumlu olabilir⁴⁰⁶.

Gerçek olmayan özgü suçlarda, suçun nitelikli halinde öngörülen faile ilişkin özelliğin bilinmemesi halinde, suçun nitelikli unsurlarında hataya ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Örneğin, resmi belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi gibi. Bu hususa ilişkin olarak kasten öldürmenin kan gütme saiki ile işlenmesi (*TCK m.82/1-j*) örnek verilmiş ise de⁴⁰⁷, bu hata nitelikli hallerden failin amacı bakımından nitelik haller kapsamında değerlendirilmelidir. Amaç suçlara ilişkin açıklamalarımızda da izah ettiğimiz gibi faile ilişkin subjektif unsurları özgü suç kapsamında değerlendirmemekteyiz.

Hata kurumunun özgü suç ile bir başka ilişkili olduğu nokta, özgü suçta iştirak bahsinde daha detaylı inceleneceği üzere şerikin sorumluluğudur. Şerikin özgü suçtan sorumlu tutulabilmesi için failin özel niteliğini bilmesi gerekir, aksi takdirde özgü suçtan sorumlu tutulamaz, fiili başkaca bir suçu oluşturmakta ise ancak o suçtan dolayı sorumlu tutulabilir.

E. Özgü Suç İle Şahsi Cezasızlık Sebepleri Arasındaki İlişki

1. Genel Açıklamalar

Cezasızlık sebepleri (*Strafausschließungsgründe*) ve cezayı kaldıran sebepler (*Strafaufhebungsgründe*), failin işlediği suçta kusur ve hukuka aykırılık

⁴⁰⁶ Doktrinde bir görüş, bu şekilde bir ayrıma dayanarak değerlendirme yapmak yerine failin kamu görevlisi olduğunu bilmemesi halinde doğrudan genel suç olarak kabul ettiği güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir (Güngör, **a.g.e.**, s.81, 118, 119). Oysaki düşüncemize göre, güveni kötüye kullanma suçu muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği devredilmek sureti ile faillik alanını sınırladığından özgü suçtur ve zilyetliğin görevi nedeni ile kendisine devredildiğini bilmiyorsa bu takdirde güveni kötüye kullanma suçundan da sorumlu olmaması gereklidir.

⁴⁰⁷ Özen, **a.g.e.**, s.447. Bu görüşe göre, failin şahsına bağlı nitelikli hallerde hatanın önemi bulunmamalı, fail cezayı artıran nitelikli halden sorumlu olmalıdır (Özen, **a.g.e.**, s.447).

gerçekleşmesine rağmen, cezalandırılabilirliğin istisnai olarak kaldırılmasıdır⁴⁰⁸. Özel kişisel istisnalar, fiil için ceza gereksiniminin ilk baştan itibaren ya da sonradan ortadan kaldırılmasına sebep olmaktadır⁴⁰⁹. Şahsi cezasızlık ve cezayı kaldıran sebepler, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışın cezalandırılmasının suç politikası gereği engellendiği durumlardır. Bu sebepler, devlet ve suç politikası gereğince cezadan vazgeçme sebepleridir⁴¹⁰. Cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran sebepler, kusur ve haksızlık konularının dışındadır ve özel yasal düzenleme uyarınca failin cezalandırılabilirliğini ortadan kaldıran sebeplerdir⁴¹¹.

Cezasızlık sebebinin koşulları varsa, fiil en baştan itibaren cezalandırılır olmaktan çıkar⁴¹². Cezasızlık sebepleri, şahsi ve nesnel nedenler olarak ayrılmalıdır⁴¹³. Fiilin işlendiği anda var olan ve failin cezalandırılmasına engel olan şahsa bağlı ve sadece bu kişi için uygulanabilen nedenlere, “*şahsi cezasızlık nedenleri*” denilmektedir⁴¹⁴. Şahsi cezasızlık sebeplerinin hukuki niteliğine ilişkin olarak TCK m.167’nin gerekçesinde, “*İzlenen suç politikası nedeniyle, ... cezalandırılmamaları kabul edilmiştir. Şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili kişinin sadece cezai sorumluluğuna gidilemez. İşlenen fiil, suç oluşturma özelliğini devam ettirmektedir*” şeklinde ifade edilmiştir. Şahsi cezasızlık sebepleri, suç inceleme yöntemine göre suçun unsurları dışında kalan haller kapsamında incelenmektedir. Şahsi cezasızlık sebebinin bilinmesine gerek yoktur, kast kapsamına dahil değildir⁴¹⁵. Şahsi cezasızlık sebepleri, suça iştirak

⁴⁰⁸ Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.163, kn.690; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.257, kn. 13, 14; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.59, kn.14.

⁴⁰⁹ Jescheck, **a.g.e.**, 552.

⁴¹⁰ Zieschang, **a.g.e.**, s.106, kn.391; Heinrich, **a.g.e.**, s.261, kn. 620; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.59, kn.14.

⁴¹¹ Heinrich, **a.g.e.**, s.260, kn. 617; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.163, kn.690; Jescheck, **a.g.e.**, 553.

⁴¹² Heinrich, **a.g.e.**, s.260, kn. 617; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.59, kn.14; Jescheck, **a.g.e.**, 552.

⁴¹³ Zieschang, **a.g.e.**, s.106, kn.391; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.163, kn.692; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s. 258, kn. 11.

⁴¹⁴ Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.163, kn.691; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.258, kn. 13; Zafer, **a.g.e.**, s.341; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.659; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.378; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.583; Birtok, **a.g.e.**, s.259; Özen, **a.g.e.**, s.488.

⁴¹⁵ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.659; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.164; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.583.

edenin kişisel nitelik ya da ilişkisine dayanmaktadır⁴¹⁶. Şahsi cezasızlık sebebi örneği, milletvekillerinin cezadan muaf olmalarıdır⁴¹⁷. Nesnel cezasızlık sebepleri, failin şahsına bağlı olmayan, belirli bir duruma dayanmaktadır⁴¹⁸. Nesnel cezasızlık sebebine örnek olarak Alm. CK § 37'ye göre gerçeğe uygun olan haberlerin cezasızlık sebebi olarak nitelendirilmesi gösterilmektedir⁴¹⁹.

Cezayı kaldıran sebepler, suçun kanuni tanımında düzenlenen, suçun işlenmesinden sonra geçmişe etkili olarak ilk etapta oluşan cezalandırılabilirliğin temel sebebini ortadan kaldıran koşullar olarak anlaşılmaktadır⁴²⁰. Örneğin Alm. CK § 31'de yer alan “*suça katılmaya teşebbüsten vazgeçme*”; etkin pişmanlık (Alm. CK § 320/3, § 306e)⁴²¹ gibi.

2. Özgü Suç İle Şahsi Cezasızlık Sebepleri Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun unsurları dışında kalan bir haldir. Nitelikleri gereği failin şahsına sıkı bir şekilde bağlıdırlar ve aynı zamanda bu sebeplerle normda faillik alanı sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla tipikliğin objektif unsurlarından olan faillik ile yakın ilişkisi bulunmakta, normun öngördüğü uygun muhatap alanındaki kişiler tarafından işlenebilecek olan özgü suç ile bu bakımdan ilişkisi bulunmaktadır. Bu halde, özgü suç ve şahsi cezasızlık sebebinin ortak yönleri, her ikisinin de faillik alanını sınırlandırması ve her ikisinin de kişisel olması dolayısı ile sadece uygun muhatap alanı için geçerli olmasıdır.

⁴¹⁶ Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.163, kn.693.

⁴¹⁷ Zieschang, **a.g.e.**, s.106, kn.391.

⁴¹⁸ Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.163, kn.694.

⁴¹⁹ Zieschang, **a.g.e.**, s.107, kn.391; Jescheck, **a.g.e.**, 552.

Bir diğer örnek ise, Alm. CK § 326'da düzenlenen “*atıklarla ilgili izinsiz davranışlar suçu*”nda, atık maddenin miktarının azlığı nedeni ile çevre, özellikle insanlar, su, hava, toprak, yararlı hayvanlar veya yararlı bitkiler üzerinde zararlı bir etki yapmasının mümkün olmadığı açıkça anlaşıyorsa, failin cezalandırılmamasıdır (Alm. CK § 326/6) (Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.163, kn.694).

⁴²⁰ Heinrich, **a.g.e.**, s.262, kn. 622; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.163, kn.695; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.60, kn.14; Jescheck, **a.g.e.**, s.553.

⁴²¹ Heinrich, **a.g.e.**, s.262, kn. 623; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.163, kn.695; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.60, kn.16.

“*Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme*” suçunun düzenlendiği TCK m.284 hükmünün dördüncü fıkrasına göre, bu suçların üstsoy, altsoy ya da kardeş tarafından işlenmesi halinde cezaya hükmolunmaz. Bu suçun faili, tutuklu veya hükümlünün bulunduğu yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kişidir. Bu suçun failinin üstsoy, altsoy ya da kardeş olması halinde faillik alanı sınırlandırılmış olmakta ve bu halde şahsi cezasızlık sebebinin varlığı kabul edilmektedir.

Malvarlığına karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebebinin düzenlendiği TCK m.167’de de, yağma ve nitelikli yağma suçu hariç, malvarlığına karşı suçlar bölümünde yer alan suçların haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birine yönelik işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yağma ve nitelikli yağma suçu hariç malvarlığına karşı suçlarda kanunda öngörülen akrabalık ilişkisine sahip kişi tarafından işlenmesi hali ile faillik alanı sınırlandırılmakta ve sadece bu kişiler ile sınırlı olacak şekilde şahsi cezasızlık sebebinin varlığı kabul edilmektedir.

Suçluyu kayırma suçunun düzenlendiği TCK m.283’e göre, bu suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş ya da diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmiştir (*TCK m.283/3*). Kanunda sayılan bu kişiler bakımından bir şahsi cezasızlık sebebi bulunmaktadır. Benzer şekilde Alm. CK § 258’de yer alan suçluyu kayırma suçunda da, bir akrabası lehine bu fiili işleyen kişinin cezadan muaf olacağı düzenlenmiştir (*Alm. CK § 258/6*).

Alm. CK § 257’de yer alan suçlunun suçtan kaynaklanan yararının korunması suçunda öncül suça katıldığı için cezalandırılabilen kişinin bu suçtan dolayı cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir (*Alm. CK § 257/3*). Bu hüküm ile birlikte şahsi cezasızlık sebebinin uygun muhatap alanı, öncül suça katıldığı için cezalandırılabilen kişi ile sınırlıdır.

Şahsi cezasızlık sebepleri ile özgü suç arasındaki ilişkide önemli olan husus, şahsi cezasızlık sebebinde faile ilişkin bir özellikten yani nitelik, durum ya da ilişkiden dolayı ceza verilmemesidir. Bu sebepler, şahsa bağlı olduklarından dolayı sadece bu özelliği taşıyan kişi bu hükümden faydalanabilir. TCK m.40/1’de yer alan hükümden de bu sonuca ulaşılmaktadır. Bu düzenlemeye göre, suça iştirak eden kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen şahsi sebepler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

Örneğin, A, B ile birlikte A’nın kardeşi C’nin işyerinde hırsızlık yapar. A ile B hırsızlık suçunu müşterek fail olarak işlerler. A ile C arasında kardeşlik ilişkisinin bulunması, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeptir. B, A ile C’nin kardeş olduklarını bilmesinin bir önemi olmaksızın cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepten (*TCK m.167/2*) yararlanamaz⁴²².

Alman ceza hukuku bakımından şahsi cezasızlık sebepleri, § 28/2 hükmüne göre özel kişisel unsurlardır ve sadece o kişisel unsuru taşıyan kişi yararına uygulanmaktadır⁴²³. Bu hükme göre, bu unsurlardan sadece bu tür özel nitelikleri şahsında gerçekleştirmiş olan iştirak eden (*fail ya da şerik*) faydalanır. Bu hükümde açık bir şekilde, özel kişisel unsurlar sebebiyle faile ceza verilmemesi öngörülmüşse, bu düzenlemenin sadece bu tür özel nitelikleri şahsında gerçekleştirmiş kişi hakkında uygulanabileceği düzenlenmiştir. Özel kişisel unsurlar, sadece suç tipinde yer alan nitelik, ilişki ya da durum olarak kabul edilirken, açıkça kişisel yönü olmasına rağmen, kusurluluğu ortadan kaldıran sebep (*cezayı ortadan kaldıran*) ya da tekerrür gibi (*cezayı ağırlaştıran*) sebepler burada yer almamaktadır⁴²⁴.

⁴²² Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.577.

⁴²³ Heinrich, *a.g.e.*, s.261, kn. 621; s.262, kn.624; Schweinberger, *Strafrecht AT I*, s.163, kn.693.

⁴²⁴ Langer, *a.g.m.*, s.246.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZGÜ SUÇLARA İŞTİRAK

I. ÖZGÜ SUÇLARDA FAİLLİK

A. Genel Açıklamalar

Bu kısımda “*intraneus*”un özgü suçlarda fail olarak ceza sorumluluğu müstakil, müşterek ve dolaylı fail olarak sorumluluğu ayrı ayrı incelenmekte ve devamında “*extraneus*”un özgü suçlarda fail olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ilişkin sorunsal, müstakil, müşterek ve dolaylı fail olarak ayrı ayrı incelenmektedir. Bahse konu bu incelemelerden evvel konunun daha iyi anlaşılması açısından genel olarak faillik üzerinde kısaca durmakta fayda bulunmaktadır.

Fail, suçun kanuni tanımında yer alan haksızlığı gerçekleştiren kişidir¹. Kanunda tanımlanan haksızlık, iştirak şekillerinin tümünün ortak noktasını oluşturmaktadır. Tipik haksızlığı gerçekleştiren, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi “*muhatap*” olmaktadır, fail ise davranış normunun “*asli muhatabı*”dır². Fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili bizzat kendisi işleyen ya da başkaları ile birlikte yahut başka birisi aracılığı ile gerçekleştiren kişidir.

TCK’nın kabul ettiği faillik sistemine göre, fiil üzerinde hakimiyet kuran kişi fail olmaktadır. Fail, suça yönelik birinci derecede önemli olan hareketleri yapan kişidir³. Suçun kanuni tanımında yer alan haksızlıkta fiil hakimiyeti ölçütü faili

¹ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.139; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.520; Murat Önok, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.48; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.648; Soyaslan, **a.g.e.**, s.481; Birtek, **a.g.e.**, s.366; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.549; Kaymaz, **a.g.m.**, s.120.

Fail, suçun kanuni tanımına uygun suçu işleyen süjedir, aynı zamanda suçun kanuni tanımındaki tüm unsurları şahsında taşıyan, kanunda öngörülen objektif ve subjektif somut koşulları gerçekleştiren kişidir (Nagler, **a.g.e.**, s.40). Ayrıca fail, tipe uygun fiilin icrasında merkez durumda bulunan kişidir (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.9, kn.10; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.173, kn.464).

² Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.139.

³ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.492.

belirlemektedir⁴. Suçun işlenişine olan katkı ile fiil üzerinde hakimiyet kurup kurmadığı normatif bir değerlendirmeye belirlenmektedir⁵.

Faillik, müstakil faillik, müşterek faillik ya da dolaylı faillik olarak üç şekilde gerçekleşebilir.

TCK m.37/1’de yer alan tanıma göre, “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*”. Bu hükümde, müşterek faillik tanımlanmış ise de, bu tanımdan müstakil failliğin tanımı da çıkmaktadır. Müstakil fail veya doğrudan fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili doğrudan ve bizzat tek başına gerçekleştiren kişiyi ifade etmektedir⁶. Müstakil faillik, failliğin en önemli türüdür⁷. Suç tipleri doğrudan faillik yoluyla işlenecek şekilde formüle edilmiştir⁸. Failin işlediği suç, doğrudan ceza kanununun özel kısmında yer alan suçları kapsamaktadır⁹. Doğrudan faillikte suçun kanuni tanımında yer alan fiilin bizzat gerçekleştirilmesi arandığından failin kendisinin ya da başkasının yararına hareket etmiş olmasının önemi bulunmamaktadır¹⁰. Doğrudan failin işlediği suç bakımından fiil üzerinde veya fail üzerinde bir başkasının hakimiyeti

⁴ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.140; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.452; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.878.

⁵ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.452.

Aksi yönde bir görüşe göre ise, kanuni düzenlemede açıklık bulunmamaktadır, kullanılan ifadeler ile önceki kanundaki anlam kastediliyorsa bu doğrudur (Yurtcan, **a.g.e.**, s.781, 782).

⁶ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.1, kn.2; Kasiske, **a.g.e.**, s.63, kn.170; Robbers, **a.g.e.**, s.115, kn.447; Zieschang, **a.g.e.**, s.172, kn.642; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.179, kn.481; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.659, kn.14; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1078; Demirbaş, **a.g.e.**, s.499; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.743; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.495; Zafer, **a.g.e.**, s.392; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.452; Akbulut, **a.g.e.**, s.671; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.197; Önok, **a.g.e.**, s.59; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.649; Birtek, **a.g.e.**, s.366; Malkoç, **a.g.e.**, s.561; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.520; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.865; Özen, **a.g.e.**, s.545; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.553; Ahmet Gökcan, Murat Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”, **MÜHF – HAD**, Cilt:17, S.1-2, s.95-218, s.167; Erdem, **a.g.m.**, s.206.

⁷ Heinrich, **a.g.e.**, s.508, § 1183.

⁸ Bock, **a.g.e.**, s.593.

⁹ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.268, kn.17.

¹⁰ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.453.

bulunmamaktadır¹¹. Suçun işlenmesine başka bir kişinin herhangi bir katkısı yoktur. Her fail, sadece ve münhasıran kendi fiili nedeni ile cezalandırılır¹².

Yan yana faillik, TCK ve Alm. CK'da açıkça düzenlenmemiş olmak ile birlikte doktrinde kabul edilmektedir¹³. Yan yana faillik, birden fazla kişi tarafından işlenen bir suçta aralarında iştirak iradesi olmaksızın aynı suçun işlenmesine yönelik olarak hareket edilmesidir¹⁴. Bir başka tanıma göre ise, birden fazla kişinin aralarında bir suçu dolaylı faillik, müşterek faillik ve şeriklik ilişkilerinden birisi söz konusu olmaksızın gerçekleştirildiği bir faillik türüdür¹⁵. Bu faillik türü, müşterek faillikte aranan birden fazla kişinin suçun birlikte icrasına ilişkin iradesinin bulunması koşulunu içermemektedir¹⁶.

TCK m. 37/1'de müşterek faillik tanımlanmıştır. Müşterek faillik, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte suç işleme kararı ile gerçekleştirilmesidir¹⁷. Müşterek faillikte, suçun icra hareketleri birlikte

¹¹ Birtek, **a.g.e.**, s.366.

¹² Heinrich, **a.g.e.**, s.508, § 1183.

¹³ Heinrich, **a.g.e.**, s.508, § 1186; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.179, kn.482; Önok, **a.g.e.**, s.59, 75; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1081; Özbek, **a.g.e.**, s.644; Zafer, **a.g.e.**, s.395; Akbulut, **a.g.e.**, s.668; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.277; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.649; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.865; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.555; Erdem, **a.g.m.**, s.209.

Yan yana failliğin esasında bir faillik şekli olmadığı, faillerin taksirli hareket ettikleri ve bu durumlarda TCK m.22/5 hükmünün uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz: Özen, **a.g.e.**, s.547.

Bu faillik türünü müstakil fail olarak adlandıran görüş için bkz: Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.649; Gökcan, Balci, **“Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”**, s.168.

¹⁴ Nagler, **a.g.e.**, s.75; Heinrich, **a.g.e.**, s.508, § 1186; Kasiske, **a.g.e.**, s.66, kn.180; Zieschang, **a.g.e.**, s.187, kn.706; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.196, kn.522; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.670, kn.4; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1081; Özbek, **a.g.e.**, s.644; Zafer, **a.g.e.**, s.395; Akbulut, **a.g.e.**, s.668; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.277; Önok, **a.g.e.**, s.75; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.649; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.865; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.555; Erdem, **a.g.m.**, s.209.

¹⁵ Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.472.

¹⁶ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.179, kn.482.

¹⁷ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.1, kn.2; Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.22; Freund, **a.g.e.**, s.371, kn.148; Kasiske, **a.g.e.**, s.63, kn.170; Robbers, **a.g.e.**, s.115, kn.447; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.196, kn.522; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1082; Özbek, **a.g.e.**, s.643; Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.743; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.492; Zafer, **a.g.e.**, s.392; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.351; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.453; Akbulut, **a.g.e.**, s.671; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.520; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.262; Özgenç, **“Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”**, s.160; Önok, **a.g.e.**, s.60; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır,

gerçekleştirilmekte ve fiilin icrası üzerinde müşterek hakimiyet kurulmaktadır¹⁸. Her bir müşterek fail, suçun icrasına ilişkin uygun, etkili ve fonksiyonel bir katkı sunmaktadır¹⁹. Müşterek faillik, birlikte suç işleme kararına dayanan işbölümünü gerektirmektedir²⁰. Her bir fail, saldırının etkili bir parçasını, suçun mutlak bir parçasını gerçekleştirir²¹. Müşterek hakimiyetin tespitinde, suça iştirak edenlerin suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Fiil üzerinde hakimiyet kuranlar yani hem tipik hareketi yapanlar hem de tipik olmayan diğer hareketleri yapanlar fail olarak değerlendirilmelidir²². Müşterek failliğin koşulları, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin birlikte ortak hakimiyet kurarak gerçekleştirilmesi ve birlikte suç işleme kararıdır²³. Müşterek faillerin sorumluluğu,

a.g.e., s.650; Soyaslan, a.g.e., s.481; Birtok, a.g.e., s.366; Malkoç, a.g.e., s.561; Mahmutoglu, Karadeniz, a.g.e., s.865; Özen, a.g.e., s.545; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.g.e., s.555; Gökçen, Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”, s.168; Yeşil, a.g.m., s.96; Erdem, a.g.m., s.206; Kaymaz, a.g.m., s.120.

765 sayılı TCK m.64/1’de “*fiili irtikap etmek*”, “*doğrudan doğruya beraber işlemek*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerin yerine mevcut düzenlemede “*fiili birlikte icra edenler*” ifadesi kullanılmıştır.

¹⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, a.g.e., s.651; Aydın, a.g.e., s.135; Birtok, a.g.e., s.367; Gökçen, Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”, s.168, s.169; Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, s.160.

¹⁹ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.261; Önok, a.g.e., s.60; Malkoç, a.g.e., s.562; Mahmutoglu, Karadeniz, a.g.e., s.879; Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, s.160.

²⁰ Schweinberger, *Strafrecht AT II*, s.16, kn.46; Kasiske, a.g.e., s.65, kn.177; Freund, a.g.e., s.423, kn.148; Baumann, Weber, Mitsch, a.g.e., s.659, kn.15.

²¹ Baumbach von Kaimberg, a.g.e., s.33.

²² Aydın, a.g.e., s.132; Birtok, a.g.e., s.367.

Örneğin, bir kişi mağduru tutar iken, diğeri mağdurun cüzdanını almış olur ise, her ikisi de müşterek fail olarak sorumlu olur.

²³ Schweinberger, *Strafrecht AT II*, s.16, kn.47; Heinrich, a.g.e., s.526; Freund, a.g.e., s.374; Kasiske, a.g.e., s.66, kn.178; Zieschang, a.g.e., s.172, kn.645; Hoffmann-Holland, a.g.e., s.196, kn.524; Baumann, Weber, Mitsch, a.g.e., s.689, kn.80, 82; Yaşar, Gökçen, Artuç, a.g.e., s.1082; Özbek, a.g.e., s.647; Parlar, Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.743; Zafer, a.g.e., s.392; Toroslu, Toroslu, a.g.e., s.351; Koca, Üzümez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.453; Akbulut, a.g.e., s.671; Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.261, 262; Önok, a.g.e., s.62; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, a.g.e., s.652; Aydın, a.g.e., s.135; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.523-547; Gökçen, Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”, s.171; Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, s.161; Mahmutoglu, Karadeniz, a.g.e., s.865; Özen, a.g.e., s.549-555; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.g.e., s.558; Erdem, a.g.m., s.206;

Bu koşullara ek olarak karar verilen suçun işlenmesi koşulu için de bkz: Centel, Zafer, Çakmut, a.g.e., s.486-491.

bağlılık kuralından değil, suç üzerinde birlikte hakimiyet kurmuş olmalarından kaynaklanmaktadır²⁴.

TCK m.37/2'ye göre, “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur”. Dolaylı faillikte arka plandaki kişi suçun kanuni tanımında yer alan hareketi gerçekleştiren kişi üzerinde hakimiyet kurmaktadır ve bu hakimiyet nedeni ile fail olarak sorumlu tutulmalıdır²⁵. Dolaylı faillik, suçun bir başka kişi aracılığı ile işlenmesidir²⁶. Bu faillikte, başka bir kişinin hareketi suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmaktadır²⁷. Dolaylı failliğin tanımı deskriptif değil, normatif mahiyette değerlendirmeye dayalıdır²⁸.

Arka plandaki kişi, adından da anlaşılacağı gibi, dışarıdan yabancı bir kişinin görüldüğü, ancak gerçekte bağımsız ve kendi yararına hareket eden kişiyi ifade etmektedir²⁹. Arka plandaki kişi, araç kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmakta ve bu şekilde davranışlarını yönlendirebilmektedir, bu durum da araç kişinin eyleminin arka plandaki kişiye isnat edilebilmesinin hukuki zemini oluşturmaktadır³⁰. Arka plandaki kişi, emir veya yasağı ihlal etmekte ve sadece

²⁴ Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik”, s.161; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.570; Aydın, **a.g.e.**, s.135.

²⁵ Kasiske, **a.g.e.**, s.68, kn.184; Robbers, **a.g.e.**, s.115, kn.448; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1076; Demirbaş, **a.g.e.**, s.507; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.495; Zafer, **a.g.e.**, s.394; Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.452; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.197; Birtek, **a.g.e.**, s.370; Malkoç, **a.g.e.**, s.568; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.549; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.875; Özen, **a.g.e.**, s.558; Gökcan, Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”, s.172; Erdem, **a.g.m.**, s.208.

765 sayılı TCK'da dolaylı faillığe ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

²⁶ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.1, kn.2; Freund, **a.g.e.**, s.368, kn.3; Kasiske, **a.g.e.**, s.63, kn.170; Tofahrn, **SAT-II**, s.92, kn.126; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.180, kn.483; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.660, kn.18.

²⁷ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.40, kn.119; Robbers, **a.g.e.**, s.115, kn.448; Tofahrn, **SAT-II**, s.92, kn.126; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.180, kn.483; Freund, **a.g.e.**, s.386, kn.54; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.660, kn.18; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.549; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.197; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.661; Yurtcan, **a.g.e.**, s.782; Birtek, **a.g.e.**, s.370; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.875; Özen, **a.g.e.**, s.558; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.561; Gökcan, Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”, s.172; Yeşil, **a.g.m.**, s.96; Özen, **a.g.m.**, s.245; Erdem, **a.g.m.**, s.208.

²⁸ Önok, **a.g.e.**, s.222.

²⁹ Nagler, **a.g.e.**, s.62.

³⁰ Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.461; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.198.

manevi fail olsa da suçun kanuni tanımındaki tüm unsurları gerçekleştirmektedir³¹. Dolaylı fail, karar verme imkanına sahip olmayan ya da olaydaki müdahalesi kasıtlı olmayan bir kişiyi kullanmaktadır³². Dolaylı faillikte arka plandaki kişi, fiil üzerinde hakimiyet kurmakta ve ön plandaki görünüşte fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili arka plandaki failin kendi iradesi üzerinde kurduğu hakimiyet doğrultusunda gerçekleştirmektedir. Arka plandaki kişi, fail olarak sorumludur, ön plandaki araç olan kişinin iradi hareketi bulunmadığından dolayı cezai sorumluluğu yoktur.

Dolaylı failin bir kişiyi araç olarak kullanması, hile, cebir, tehdit, hata gibi sebeplere, kusur yeteneği olmayan kişiye suç işletmeye dayanabilir³³. Dolaylı faillik, iradede zorlama yoluyla, hatadan faydalanma yoluyla, aracının hareketinin tipik olmaması yoluyla, aracın hukuka uygun hareketinden yararlanma yoluyla, kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma yoluyla, organize suç örgütlerinin gücünden yararlanma yoluyla gerçekleşebilir³⁴. Doğrudan hareket eden kişide cezalandırılabilirlik bakımından eksiklik bulunmaktadır ve dolaylı fail yani arka plandaki kişi, bu eksikliği bilmekte ve bunu kullanmaktadır³⁵. Dolaylı faillik, cebir veya tehdit dışındaki hallerde araç olarak kullanılan ön plandaki kişinin “*tipe uygun ve hukuka aykırı*” hareket etmemiş olmasını gerektirir, eğer araç olarak kullanılan kişi bu unsurları gerçekleştirmiş ise, kural olarak dolaylı faillikten söz edilemez³⁶. Araç olan kişi, genellikle cezalandırılmaz, çünkü ne tipe uygun hareketi vardır, ne de

Fail arkasında fail (*Täter hinter dem Täter*) kavramına göre, arka plandaki kişi fiili gerçekleştiren kişinin üzerinde hakimiyet kurmaktadır (Akbulut, **a.g.e.**, s.660; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.662; Birtok, **a.g.e.**, s.370).

³¹ Nagler, **a.g.e.**, s.63.

³² Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.182, kn.490; Demirbaş, **a.g.e.**, s.507.

³³ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1079; Özbek, **a.g.e.**, s.647, 648; Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İhtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.745; Zafer, **a.g.e.**, s.395; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.326; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.461; Akbulut, **a.g.e.**, s.662-665; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.202 vd.; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.549, 550; Önok, **a.g.e.**, s.252; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.662; Aydın, **a.g.e.**, s.149-161; Birtok, **a.g.e.**, s.371; Malkoç, **a.g.e.**, s.568, 569; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.876; Özen, **a.g.e.**, s.560; Özen, **a.g.m.**, s.246.

Soyaslan’a göre, dolaylı faillikte iki grup kişi araç olarak kullanılabilir: akıl hastaları ve küçükler (Yurtcan, **a.g.e.**, s.782, 783).

³⁴ Kasiske, **a.g.e.**, s.68-70; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.180, kn.484; Birtok, **a.g.e.**, s.371.

³⁵ Tofahrn, **SAT-II**, s.92, kn.127.

³⁶ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.699, kn.115; Demirbaş, **a.g.e.**, s.508; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.461; Özen, **a.g.e.**, s.558; Özen, **a.g.e.**, s.559; Erdem, **a.g.m.**, s.208.

kastı vardır ya da kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal vardır³⁷. Araç şahsın davranışı bir fiil niteliğini taşımamakta ise, dolaylı faillik hali bulunmaz³⁸, bu halde doğrudan faillik söz konusu olur³⁹.

Esasen araç şahsın kasten gerçekleştirmiş olduğu bir hareket bulunmadığı için fiil tipik olmadığından ve bağıllık kuralına göre arka plandaki fail cezalandırılmadığından, buradaki boşluk dolaylı faillik düzenlenmesi ile doldurulmaktadır⁴⁰. Böyle bir özel düzenleme olmasaydı, bağıllık kuralının koşullarının oluşmaması sebebi ile dolaylı failin fiili cezasız kalacak idi⁴¹. Dolaylı faillikte, araç kişinin eylemleri dolaylı faile isnat edilir, ancak tam tersi yani dolaylı failin eylemlerinin araç olan kişiye isnat edilmesi mümkün değildir⁴².

Suçta iştirak formlarından faillik, Alm. CK § 25'e göre, doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik olarak üçe ayrılmaktadır. Alm. CK § 25/1'de doğrudan ve dolaylı faillik; Alm. CK § 25/2'de müşterek faillik düzenlenmiştir. Alm. CK § 25/1 (1975'den beri) dolaylı faillik şekline (*başka birisinin vasıtasıyla işlenmesi*) mükemmelliyetçi bir anlayışla işaret etmektedir⁴³. Alm. CK § 25/2'ye göre müşterek fail, müstakil fail tarafından işlenebilecek bir suçun birden fazla kişi tarafından icrai ya da ihmali bir hareket ile işlenebilmesidir⁴⁴.

³⁷ Kasiske, **a.g.e.**, s.68, kn.184; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.182, kn.490.

Ön plandaki kişi, objektif olarak tipe uygun hareket etmeyebilir ya da tamamen tipe uygun hareket etmeyebilir, subjektif olarak tipe uygun hareket etmeyebilir, hukuka uygunluk sebebi içerisinde hareket edebilir, arkadaki kişi tarafından hataya sevk edilmiş olabilir, kaçınılmaz bir yasak hatası içerisinde bulunabilir, kusur yeteneğini haiz olmayabilir, kusurluluğu ortadan kalkmış olabilir (Tofahrn, **SAT-II**, s.94-97).

³⁸ Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.201; Özen, **a.g.e.**, s.559; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.561.

³⁹ Özen, **a.g.e.**, s.559; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.561.

⁴⁰ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.461; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.495; Zafer, **a.g.e.**, s.394; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.326; Akbulut, **a.g.e.**, s.657; Önok, **a.g.e.**, s.227.

⁴¹ Özen, **a.g.e.**, s.559.

⁴² Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.14, kn.41.

⁴³ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.268, kn.17.

⁴⁴ Freund, **a.g.e.**, s.422, kn.148.

Kanunun doğrudan failliği açık bir şekilde adlandırması gerekliydi. Onu mantıksız bir şekilde dışlamak için (*suçu kendisi işleyen kişi*) müşterek failliğin açıkça düzenlenmesi uygun, ancak gerekli değildir (Alm. CK § 25/2) (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.268, kn.17).

“*Intraneus*”un ve “*extraneus*”un özgü suçta fail olarak ceza sorumluluklarının değerlendirmesinde, özgü suçun kavramsal incelemesi neticesinde yapmış olduğumuz tanımlama ve devamında belirlemiş olduğumuz özgü suçun unsurları önemli bir ölçüt oluşturmakta ve bu hususlar fail olarak cezalandırılmalarının da temelini oluşturmaktadır.

B. “*Intraneus*”un Özgü Suçlarda Fail Olarak Ceza Sorumluluğu

1. “*Intraneus*”un Özgü Suçlarda Müstakil Fail ya da Müsterek Fail Olarak Ceza Sorumluluğu

Özgü suçun faili, suçun kanuni tanımında yer alan muhatap alanı içerisinde bulunan ve tipiklikte öngörülen özel haksızlığı, özel cezalandırılabilirliği ve faile ilişkin belirli bir özelliği (*nitelik, durum, koşul ya da ilişki*) ya da yükümlülüğü haiz olan kişiyi ifade etmektedir. Daha evvel de ifade ettiğimiz gibi bu kişi, “*intraneus*” olarak ifade edilmektedir. Tıpe uygun özel haksızlığı gerçekleştirilecek olan “*intraneus*”, suça iştirake ilişkin genel hükümlere göre özgü suçu fail ya da şerik olarak işleyebilir⁴⁵. Özgü suçlarda kişisel niteliği taşımayan kişi hukuki değeri ihlal edemez, sadece ilgili niteliği haiz olan kişi tarafından hukuki değerin ihlal edilmesi mümkündür⁴⁶. Burada sadece suçun kanuni tanımında öngörülen özel sūje niteliğini haiz olan kişi fail olarak dikkate alınır⁴⁷. Özgü suç ve yükümlölük suçlarında, suça iştirak eden kişide özel sūje niteliği ya da özel yükümlölük durumu bulunmamakta ise, faillik baştan itibaren elenir⁴⁸. Bu özelliği haiz olan kişinin yani “*intraneus*”un özgü suçlardan faillik türlerine göre ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği aşağıda incelenmektedir.

⁴⁵ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.389.

⁴⁶ Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.33.

⁴⁷ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.672, kn.14.

⁴⁸ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.10, kn.26; Heinrich, **a.g.e.**, s.512, § 1196.

Bizzat işlenebilen suçları ayrı bir suç grubu olarak kabul eden görüşe göre, sadece tıpe uygun hareketi kendisi gerçekleştiren kişi fail olabilmektedir (Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.10, kn.26).

Yükümlölük suçlarını ayrı bir suç grubu olarak kabul eden görüşe göre, failliği fiil hakimiyeti değil, aksine tipik özgü yükümlölüğün ihlali oluşturmaktadır (Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.739).

Özgü suçlarda “*intraneus*”un fail olarak sorumluluğunda ortaya çıkan sorunlar, “*intraneus*”un sadece failliğinin söz konusu olup olmamasına ya da ilgili suçu “*intraneus*” ve “*extraneus*”un birlikte işleyip işlememesine göre farklılık gösterir⁴⁹. Özgü suça “*intraneus*” ve “*extraneus*”un iştirak ettiği hallerde, “*intraneus*”un özgü suça fail ya da şerik olarak iştirak etmesine göre ayırım yapılarak incelenmesi gerekir⁵⁰. Bu durumların birbirinden farklı olarak değerlendirilmesi, iştirake ilişkin sorunların çözümü açısından daha yararlıdır. Öte yandan, özgü suçun faili ve şeriki her ikisi de “*intraneus*” ise, bu halde “*intraneus*”, fail ya da şerik olarak cezalandırılır⁵¹.

Özgü suçlarda suçun kanuni tanımındaki özelliği taşıyan kişi yani “*intraneus*”, fiili tek başına işlemekteyse müstakil fail olarak ya da diğer kişiler ile birlikte fiil üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle işlemesi halinde müşterek fail olarak sorumlu olur.

Özgü suç müstakil fail olarak sadece “*intraneus*” tarafından işlenirse, genel kurallara göre sorumluluğu belirlenir. “*Intraneus*”un özgü suçlardan müstakil fail olarak sorumlu olması bakımından genel suçlar ile arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

Özgü suçu müstakil fail olarak işleyebilen birden fazla kişi doğaldır ki müşterek fail olarak da işleyebilir, çünkü suç ile korunan hukuki değeri tam olarak ihlal edebilen kısmi olarak da ihlal edebilir⁵². Müstakil failliğin mümkün olmadığı hallerde müşterek faillik de mümkün değildir. Müşterek faillikte özellik arz eden durumlar olması dolayısıyla müşterek faillik üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır. Özgü suçun birden fazla fail tarafından müşterek fail olarak işlenmesi özel bir incelemeyi gerektirmektedir⁵³. Müşterek faillik bakımından bağlılık

⁴⁹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.390.

⁵⁰ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.414.

⁵¹ Freye, **a.g.e.**, s.28.

⁵² Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.34.

⁵³ Nagler, **a.g.e.**, s.76.

kuralının bir etkisi bulunmamaktadır⁵⁴. Müşterek faillik, fail kavramının karakteristik unsurlarına herhangi bir şekilde etki etmeksizin birden fazla failin özel bir şekilde bağlanmasını konu edinmektedir. Müşterek fail olabilmek için gerekli olan faillik niteliklerini kişinin kendisinde birleştirmesi gerekir. Bu nedenle sadece belirli bir sınıfa üye olan kişiler, özgü suçtan dolayı müşterek fail olarak sorumlu olabilmek için uygun süje konumunda görünürler⁵⁵. Suçun kanuni tanımında fail için öngörülen özel nitelik ya da özel yükümlülük durumu eksik olan kişi müşterek fail olamaz. Özgü suç ile öngörülen niteliği haiz olmayan kişiler, yalnızca azmettiren ya da yardım eden olarak özgü suça iştirak edebilirler⁵⁶.

Langer'e göre daha yakından incelendiğinde, burada gerçekte müşterek faillikten kaynaklanan bir sorun olmamakta, aksine buradaki sorun ilgili özgü suçun failinin kim olduğundan kaynaklanmaktadır. Ancak bu soru, özgü suçun tanımı ile açıkça cevaplanmaktadır. *Langer*, “*intraneus*”un müşterek failliğinin müşterek failliğin genel kuralları karşısında herhangi bir özellik arz etmediğini kabul etmiş ise de⁵⁷, özgü suçta müşterek faillik farklı şekillerde tezahür edebildiğinden bu durumlar ayrı ayrı incelendiğinde farklı hukuki neticeleri doğuran olgular da birbirinden ayırt edilmiş olacaktır.

İlk durum, özgü suçu birden fazla “*intraneus*”un fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurarak birlikte işlemeleri halidir. Bu durum, herhangi bir özellik arz etmez, her bir “*intraneus*” özgü suçtan müşterek fail olarak cezalandırılır. İkinci durum, özgü suçu “*intraneus*” ile “*extraneus*”un birlikte işlemesi halidir. Bu durumda, “*intraneus*”un özgü suçtan müşterek fail olarak cezalandırılmasında tartışmalı bir husus bulunmamaktadır. Üçüncü durum, tartışmalı kısmı oluşturmaktadır. Özgü suça iştirak edenlerin özgü suçun gerektirdiği özel süje niteliğini haiz olup olmadığı ve böylece özgü yükümlülüğü haiz olan diğer kişiler ile birlikte müşterek fail olarak suça iştirak edip edemeyecekleri ya da genel sınırlama

⁵⁴ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.570; Aydın, *a.g.e.*, s.135; Özgenç, “*Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik*”, s.161.

⁵⁵ Nagler, *a.g.e.*, s.78, 79.

⁵⁶ Baumann, Weber, Mitsch, *a.g.e.*, s.692, kn.91.

⁵⁷ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.390.

koşulları içerisinde sadece şerik olup olamayacaklarıdır⁵⁸. Yani “*extraneus*”un “*intraneus*” tarafından işlenen özgü suça müşterek fail olarak iştirak edip edememesi özellik arz etmektedir. Suçun birden fazla iştirak eden ile birlikte icra edilmesi halinde, iştirak eden diğer kişilerin sorumluluğu, müşterek failliğin hukuki fonksiyonu dikkate alındığında doğru cevaplandırılabilir. Bu fonksiyon, genel veya özgü suç tipinin kanuni şekline değil, haksızlık teşkil eden eylemin kendisine ilişkindir⁵⁹.

“*Extraneus*”, “*intraneus*” tarafından işlenen özgü suça fiil üzerinde hakimiyet kurarak iştirak etmişse düşüncemize göre, öncelikle failin “*intraneus*” mu yoksa “*extraneus*” mu olduğuna karar verilmeli, ikinci olarak gerçek özgü suç mu yoksa gerçek olmayan özgü suç mu olduğu belirlenmeli ve devamında iştirak türüne karar verilmelidir. Eğer “*intraneus*” ve “*extraneus*” birlikte özgü suçu işlemişler ise, her bir failin sorumluluğu işlemiş olduğu suça göre belirlenmelidir. Bu halde, “*intraneus*” özgü suçtan fail olarak ve “*extraneus*” ise, gerçek olmayan özgü suç söz konusu olduğunda suçun temel şeklinden fail olarak, gerçek özgü suç söz konusu olduğunda ise, özgü suçtan şerik olarak sorumlu olmalıdır.

Özgü yükümlülük altındaki birden fazla kişi, işbölümü yaparak suçu birlikte işlerlerse, iştirakin niteliğinden bağımsız olarak müşterek faillik düşünülebilir. Müşterek faillik aktif bir hareket ile ya da özgü yükümlülüğün yerine getirilmesinin ihmal edilmesi ile gerçekleştirilebilir⁶⁰. Bir yükümlülük suçunu başka birisi ile işbirliği içerisinde gerçekleştiren herkesin müşterek fail olması gerekmez. Mağdurun ifadesini silah zoru ile alan kamu görevlisi olmayan kişi (§ 343), müşterek olarak fiil üzerinde hakimiyet kurmasına rağmen, sadece yardım eden olarak sorumlu olabilir. Eğer yükümlülük suçlarında müşterek failliği temellendirmek için fiil hakimiyetinin yeterli olmaması güvence altına alınır ise, o zaman daha radikal bir şekilde şu soru sorulmalıdır: Yükümlülük ihlaline ek olarak suçun işleniş sürecine ortak hakimiyet

⁵⁸ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.673, kn.14; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.391.

⁵⁹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.391.

Alman ceza hukuku bakımından özel kişisel unsurun müşterek fail için öneminin Alm. CK § 28/1’de düzenlenmesine gerek yoktur, zaten düzenlenmemiştir (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.761, kn.31).

⁶⁰ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 25, kn.85.

gerekli midir ya da artık gerekli değil midir⁶¹? *Roxin*'e göre, fiil hakimiyeti düşüncesinden tamamen uzaklaşılmalıdır. Örneğin, sermayeyi idare eden iki kişinin sermayeyi kendi zimmetlerine geçirmeyi planladıklarını düşünelim. Ancak operasyonun icrası sadece yönetici tarafından gerçekleştirilecektir, diğer kişi ise hazırlık kısımlarını gerçekleştirecek ya da önerilere göre planı yerine getirecektir. Fiil hakimiyeti öğretisine göre, fonksiyonel bağlılık burada bulunmamaktadır. Buna rağmen, her iki müşterek fail de güveni kötüye kullanmaktadır. Çünkü sadece yardım eden dahi yabancıya ait malvarlığının korunmasına yönelik yükümlülüğü ihlal etmektedir ve böylece malvarlığı menfaatlerini korumak zorunda olanlara zarar vermektedir. Eğer bu koşul yardım edeni suçun merkezine koymakta ise, fiil hakimiyetinin gerekli olmasının sebebi de anlaşılmaz. İşbirliği eksikliği, niteliksel olarak değişikliğe yol açmamaktadır. Çünkü hareket anlayışı, iki kişi arasındaki bağa dayanan güven ilişkisinden ortaya çıkmaktadır⁶². Önerilen çözümün doğruluğu pratik bir mülahazadan kaynaklanmaktadır: Eğer faillik için yükümlülük ihlalinin yanı sıra fiil hakimiyeti de gerekli görülseydi, o zaman şerikler iki gruba ayrılırdı: Sadakat yükümlülüğü olmaksızın fiil hakimiyeti kuranlar ve fiil hakimiyeti olmaksızın sadakat yükümlülüğü olanlar. Bu, sadece yükümlülük suçlarında yeknesak iştirak kavramını yok etmekle kalmayacak, aynı zamanda suçu işleyen kişinin sadakat yükümlülüğü olmaksızın hareket etmesi ve yükümlü olan kişinin arka planda kalması halinde, fail olamaması sonucunu da doğuracaktır. Bu sonuç da kabul edilebilecek gibi değildir⁶³. *Özgenç*, özgü suçları sırf yükümlülük suçları ile hakimiyet ve yükümlülük suçları olarak ikiye ayırmakta, sırf yükümlülük suçlarında failin özel yükümlülük altında olması yeterli olduğundan fiil üzerinde hakimiyet kurulmasını aramamakta, bu nedenle birlikte suç işleme kararı ile hareket eden suça iştirak eden tüm özel yükümlülük altındaki suç ortaklarının müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesini mümkün görmekte, hakimiyet ve yükümlülük suçlarında ise özel yükümlülük niteliğinin yanı sıra fiil üzerinde hakimiyet kurulması aramaktadır⁶⁴.

⁶¹ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.355.

⁶² Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.355, 356.

⁶³ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.356.

⁶⁴ Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.291.

Bizzat işlenebilen suçları özgü suçlardan ayrı bir kategoride değerlendiren görüşe göre, bizzat işlenebilen suçlarda da sadece “*intraneus*”, müstakil ya da müşterek fail olarak sorumlu olabilir⁶⁵. Örneğin, Alm. CK § 153, 154’de sadece mahkemede ifade vermek zorunda olan kişiler yalan yere yemin ya da yalan tanıklık suçlarını işleyebilirler. Kaçınılmaz olarak sadece o kişi müstakil ya da müşterek fail olabilir. Bir başka görüşe göre ise, bizzat işlenebilen suçlarda müşterek faillik ya da dolaylı faillik mümkün değildir⁶⁶. İştirak eden diğer kişiler sadece azmettiren ya da yardım eden olabilirler. Bu düşünceye göre örneğin, A ve B aynı yargılamada yalan yere yemin etseler dahi müşterek fail olarak sorumlu olmazlar, her biri ayrı ayrı Alm. CK § 154’e göre sorumlu olur⁶⁷.

Amaç suçu ayrı bir kategori olarak kabul eden görüşe göre, örneğin Alm. CK § 242’de yer alan “*hırsızlık suçu*”nda bir kişi, mal edinme maksadı olmaksızın malı alır ise, bu suç sadece müstakil olarak değil, aynı zamanda müşterek fail olarak da işlenemez. Aynı şekilde Alm. CK § 267’de yer alan “*belgede sahtecilik*” suçunda sadece hukuki ilişkilerde aldatma amacı ile hareket eden kişi, § 274’de yer alan “*belgeyi gizleme*” suçunda sadece başkasına zarar verme maksadı ile hareket eden kişi cezalandırılır⁶⁸.

Müşterek faillik, icrai hareketler ile gerçekleştirilebileceği gibi ihmali hareketler ile de gerçekleştirilebilir⁶⁹. İhmali suçlarda müşterek faillik imkanı kabul edilmektedir. Eğer ihmali suçun faili, yükümlülüğe aykırı davranışından dolayı fail olarak kabul ediliyor ise, yabancı bir kişinin davranışına müşterek fail olarak iştirak etmesi gerekli değildir. Bu, birden fazla kişinin sadece birbirlerine paralel şekilde devamlı yükümlülük altında oldukları zaman değil, aynı zamanda belirli bir işin yapılması için görevlendirildiklerinde de geçerlidir⁷⁰.

⁶⁵ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.459.

⁶⁶ Heinrich, **a.g.e.**, s.512, kn. 1197; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.692, kn.93; BGH NStZ 10, 456 (Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 25, kn.87).

⁶⁷ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.676, kn.26.

⁶⁸ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.674, kn.16, 17; s.693, kn.94.

⁶⁹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.548; Birtürk, **a.g.e.**, s.368.

⁷⁰ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 25, kn.86.

Gerçek ihmali suçlarda sadece belli bir yükümlülükte bulunması gereken kişi suçun faili olabileceğinden, yalnızca bu kişiler açısından iştirak söz konusu olabilir. Örneğin TCK m.233'e göre, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi fail olabileceğinden ve bu suç özgü suç olduğundan yalnızca bu kişiler müşterek fail olabilir, bu alan dışındaki kişiler yani "*extraneus*" olan kişiler ancak şerik olabilirler⁷¹. Ancak faillik alanı sınırlandırılmayan herkes tarafından işlenebilen genel suç niteliğini taşıyan gerçek ihmali suçlar ise, herkes tarafından işlenebileceğinden fail olarak sorumlu olma bakımından böyle bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Örneğin, TCK m.278'de yer alan "*suçu bildirmeme suçu*", TCK m.98'de öngörülen "*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu*" herkes tarafından işlenebileceğinden bahse konu bu tür gerçek ihmali suçlar herhangi bir özellik arz etmemektedir.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda, garantör konumunda olmayan ve bu sebeple ihmali suçun faili de olmayan kişiler, ihmali suçun müşterek faili de olamazlar⁷². Gerçek olmayan ihmali suçlar daha evvel de ifade ettiğimiz gibi özgü suçlar kapsamındadır ve iştirak eden kişiler garantör ise ve birlikte suç işleme kararına dayanmaktalarsa, müşterek fail olarak sorumlu olurlar⁷³. Bu suçlarda birden fazla garantör olabilir. Yükümlülük birden fazla kişi bakımından söz konusu ise ve bu kişiler yükümlülüklerini birlikte yerine getirmeyerek suç tipinde öngörülen neticeyi gerçekleştirmez iseler, müşterek fail olarak sorumlu olurlar⁷⁴. Bu suçlarda, ihmalin maddi bir neticeye ulaşması gereklidir⁷⁵. Örneğin, yoğun bakım ünitesinde çalışan hasta bakıcıların boykot amacıyla işi durdurmaları halinde kendilerine gerekli sağlık hizmeti sunulmayan kişilerin ölmesi⁷⁶, anne ve babanın çocuklarını aç

⁷¹ Aydın, **a.g.e.**, s.270.

⁷² Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.673, kn.15.

⁷³ Akbulut, **a.g.e.**, s.683.

⁷⁴ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.459; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.292; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.548; Önok, **a.g.e.**, s.61; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.660, 661; Aydın, **a.g.e.**, s.270; Özen, **a.g.e.**, s.557.

⁷⁵ Aydın, **a.g.e.**, s.270.

⁷⁶ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.292; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.548; Özgenç, "**Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik**", s.189.

bırakarak ölüme sevk etmeleri⁷⁷, hemşirelerin hastalarına gerekli ilacı vermeyerek ölümlerine neden olması⁷⁸, birden fazla cankurtaranın irade birliği içinde husumet besledikleri kişinin boğulmasına göz yummaları⁷⁹, boğulmakta olan çocuğun anne ve babasının aynı anda deniz kenarında olması ve çocuklarını kurtarmamaları neticesinde çocuklarının ölmesi gibi. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, cezaevinden sorumlu Cumhuriyet başsavcısı ile cezaevi savcısının müdahale etmemeleri sonucu hükümlülerin firarı gerçekleştiğinden başsavcı ile savcının ihmallerinden dolayı özgü suçtan müsterek fail olarak sorumlu olmaları gerektiği ifade edilmiştir⁸⁰.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörün ceza sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği hususunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, ihmali özgü suçlarda başkaca bir inceleme yapılmaksızın garantör, her koşulda fail olarak kabul edilmelidir ve icrai suçlarda failin hareketinin garantör tarafından önlenmediği hallerde garantörün fail olarak kabul edilmesi gereklidir⁸¹. Bu görüşe göre, özel hukuki yükümlülük altında olan kişilerden birisi, diğerini azmettirirse bu halde azmettiren olarak değil, fail olarak sorumlu olmalıdır, çünkü azmettiren kişi garantördür. Örneğin, baba çocuğun annesini çocuğu aç bırakması hususunda azmettirir ve çocuk bu sebep ile ölürse, babanın kendisi de garantör olduğundan kasten öldürme suçunun ihmali davranış ile işlenmesi suçundan fail olarak sorumlu olur⁸². Bu yöndeki görüşe göre, garantör her koşulda fail olarak kabul edilmeli, fiil hakimiyeti durumu ayrıca araştırılmamalı, neticeyi engellememe yükümlülüğünü yerine getirecek bir faaliyette bulunmaması halinde fail olarak kabul edilmesi gerekir. Bu görüşe göre, garantör ile garantör olmayan kişi ayırt edilmeli, garantörün ihmali hareketi faillik olarak kabul edilmeli ve garantör olmayan bir kişinin ihmali

⁷⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.661.

⁷⁸ Aydın, **a.g.e.**, s.270.

⁷⁹ Özen, **a.g.e.**, s.557.

⁸⁰ Yargıtay CGK., 01.11.1993 tarih ve 2120/283 K. sayılı karar (Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.459).

⁸¹ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.295; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.672, 673.

⁸² Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.672, 673.

Garantörlerden birisinin diğerine yükümlülüklerini yerine getirmemesi konusundaki beyanı onu hem azmettiren hem de fail yapmaktadır (Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.897).

hareketi de şeriklik olarak kabul edilmelidir⁸³. Aksi yönde bir görüşe göre ise, ihmali harekette bulunan kişinin suça katkısına göre değerlendirme yapılmalıdır. Failin hareketi çok önemli ise, olmazsa olmaz nitelikte ise, müşterek faillik; diğer durumlarda ise yardım eden sıfatıyla sorumluluğuna gidilmelidir⁸⁴. Düşüncemize göre garantör, her şekil ve koşulda neticenin gerçekleşmesini engelleme yükümlülüğünü taşıdığından gerçek olmayan ihmali suçtan doğrudan fail olarak sorumlu olmalıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, neticeyi engelleme yükümlülüğünün bizzat o kişinin şahsında bulunup bulunmadığıdır. Bir kişinin belli meslek grubu içerisinde olduğu ya da belli bir sıfatı haiz olduğu için garantör kabul edilerek doğrudan özgü suçtan dolayı fail olarak sorumlu tutulamayacağını kabul etmek doğru değildir. Örneğin, bir ortopedi doktoru kadın doğum doktorunu gebe hastasının doğumuna gecikmesi için azmettirirse ortopedi doktorunun azmettiren olarak sorumlu olabileceği kabul edilmelidir.

Eğer ihmali bir hareket ile hukuki yükümlülüğün ihlali söz konusu ise ve yükümlülük ihlali bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş ise, kişinin aynı zamanda bu suçun faili olduğu kabul edilmelidir⁸⁵. Bu halde yükümlülük ihlalinin dolayı failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği özgü suçun faili olarak sorumlu tutulmalıdır. Bir yaralama suçunun işlendiğini gören ancak müdahale etmeyen polisin fiili önleme yükümlülüğü olduğundan hem yaralama suçuna ihmali hareketle yardım etmekten hem de kasten yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesi suçundan fail olarak sorumlu olmalıdır⁸⁶. Failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği de kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi suçundan fail olarak sorumlu olmalıdır.

⁸³ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.296.

⁸⁴ Özen, **a.g.e.**, s.557.

⁸⁵ Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.921.

⁸⁶ Soyaslan, **a.g.e.**, s.488; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.922.

Türk doktrininde bir görüşe göre, bir başka kişinin işlediği suçtan dolayı garantörlük sıfatı kazanılabilir. Örneğin, gözaltında bulunan şüphelilerden birinin diğerine karşı işkence suçunu işlemesi halinde kamu görevlisi, bu eylemi engelleme yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, işkence suçunun özgü faili, işkenceyi gerçekleştiren kişi de eziyet suçunun faili olacaktır. Burada kamu görevlisi işkence suçunu bizzat işlemese de, ihmali ile işkenceye olanak sağladığı için bu suçun faili olmakta, aynı zamanda eziyet suçuna da yardım eden olmaktadır (Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.897). Ancak bu görüşe göre, failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesi gereğince kamu görevlisi, işkence suçunun faili olarak sorumlu olacaktır.

Alman doktrinindeki bir görüşe göre, icrai ve ihmali harekette bulunan suç failleri arasında işbirliğine dayalı müşterek faillik de mümkündür⁸⁷. Suçun birlikte işlenmesinde, her iki fail de ihmali harekette bulunabilir ya da bir fail ihmali harekette bulunur iken, diğeri icrai harekette bulunabilir. Birden fazla garantör yükümlüsünün birlikte müşterek fail olabilmesinin yanı sıra, aktif olarak hareket eden garantör olmayan bir kişi ile ihmali harekette bulunan garantörün birlikte müşterek fail olabilmesi de mümkündür⁸⁸. Türk doktrininde ağırlıklı olan görüşe göre, icrai suçlara ihmali hareketle müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir⁸⁹. İcrai hareketi gerçekleştiren fail ile ihmali hareketi gerçekleştiren garantör arasında irade birliğinin bulunmasına gerek yoktur, ancak aralarında irade birliği oluşsa dahi özel yükümlülüğün yerine getirilmemesi dolayısıyla icrai suça müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir⁹⁰. Belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi yani ihmal ile icrai suçun işlenişine iştirak etmek mümkündür, ancak bu halde icrai suça yardımda bulunma söz konusu olur⁹¹. Suçun kanuni tanımında yer alan belli bir neticeyi engelleme yükümlülüğü altında bulunması dolayısıyla bir başkasının işlediği icrai suçu engellemeyen kişi, yükümlülüğünü yerine getirmeyerek gerçek olmayan ihmali suçu işlemiş olmaktadır⁹². İcrai hareketle suç işleyen failin fiilini önleme yükümlülüğü bulunan kişi, bu ihmali davranışı ile icrai suçun işlenmesine yardım etmiş olmaktadır. Bu kişinin ihmali, gerçek olmayan ihmali

⁸⁷ Heine/Weißer, **a.g.e.**, § 25, kn.86.

⁸⁸ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.673, kn.15.

⁸⁹ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.460; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.548; Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, s.190; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.292; Önok, **a.g.e.**, s.61; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.661;

Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, aralarında irade birliği oluşmuşsa da, garantör yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla bir başkasının icrai suçuna müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir. Failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği kendi ihmali suçundan sorumlu olması gerekir (Yargıtay 25.06.2014 tarih ve 2014/1428 E., 2014/3654 K. sayılı karar, Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.460; Otacı, Öztekin, Özyayın, **a.g.e.**, s.590-593).

⁹⁰ Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, s.190.

⁹¹ İzzet Özgenç, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt:2, Sayı:1-2, 2014, s.1-10, s.6.

⁹² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.548; Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, s.189.

suçtan failliği oluşturuyorsa failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği bu suçtan, aksi takdirde icrai suça ihmali hareket ile yardım etmekten dolayı sorumlu olmalıdır⁹³.

Düşüncemize göre, Türk doktrininde ağırlıklı olarak kabul edilen icrai suça ihmali hareket ile müşterek fail olarak iştirak etmenin mümkün olmadığına ilişkin görüş, icrai suça ihmali hareket ile iştirak edildiğinde ihmali hareketin fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurma konusunda yeterli olmamasına dayanmaktadır. Bu sebeple icrai suça ihmali hareket ile iştirak eden kişi, icrai suça yardım eden olarak sorumlu olur. Ancak bu kişi garantör ise, ihmali hareketi dolayısıyla gerçek olmayan ihmali suçtan fail olarak sorumluluğu söz konusu olur. Ayrıca Türk ceza hukuku bakımından icrai suça ihmali hareket ile müşterek fail olarak iştirak edilip edilememesi meselesinde, TCK m.251’de yer alan “denetim görevinin ihmali” suçunun önemi bulunmaktadır. TCK m.251/1’de zimmet ve irtikap suçlarında kamu görevlisinin göz yumma şeklindeki ihmali hareketi ile icrai suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Böylece bu hükmü, icrai suça ihmali hareket ile müşterek fail olarak iştirak edilememesinin normatif anlamda istisnası olarak kabul etmek gerekir.

⁹³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.460; Akbulut, **a.g.e.**, s.685; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.292; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.548; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.896; Özgenç, “**Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik**”, s.190; Özgenç, “**İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler**”, s.7; Akbulut, **a.g.m.**, s.188.

Örneğin, istihbarat biriminde çalışan polis, kasten öldürme suçunun işleneceğini öğrendiği halde bu bilgiyi ilgili birimlere iletmez ise ve kasten öldürme suçu işlenirse, polis kasten öldürme suçuna iştiraktan dolayı değil, *failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesine göre*, kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.83) suçundan sorumlu olacaktır (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.661). Aynı yönde görüş için bkz: Özgenç, “**İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler**”, s.7.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, sanık Hacer’in yanında işçi olarak çalıştığı sanık Zekeriya’dan hamile kaldığı, hastanede bebeği doğurduktan sonra sanık Zekeriya ile birlikte onu ıssız yere götördükleri, sanık Zekeriya’nın çocuğu boğarak öldürdüğü olayda sanık Hacer’in eyleminin sessiz kalarak kasten öldürme suçuna yardım etme niteliğinde olduğu, kasten öldürme suçunun müşterek faili olarak belirlenmesini hukuka aykırı bulmuştur (Yargıtay 1.CD., 09.05.2012 tarih ve 6102/3766 K. sayılı karar (Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.461, Önok, **a.g.e.**, s.61). Yargıtay’ın kararı, sanık Hacer’in kasten öldürme suçunun müşterek faili olamayacağı ve fiilinin kasten öldürme suçuna yardım etme niteliğinde olduğu yönleri bakımından isabetlidir, ancak sanık Hacer’in anne olarak garantör sıfatı ile neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu yükümlülüğün ihlali, TCK m.83’de yer alan “*ihmali davranışla kasten öldürme*” suçunun faili olmasına sebep olmaktadır. Failin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince sanık Hacer’in yalnızca TCK m.83’ün faili olarak sorumlu tutulması gerekir (Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.461; Akbulut, **a.g.e.**, s.684; Önok, **a.g.e.**, s.62).

Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantör kişi ile garantör olmayan kişi birlikte suç işlerlerse, garantör ihmali özgü suçtan fail olarak sorumlu tutulur iken, garantör olmayan kişi fiili başkaca bir suç bakımından fail olarak sorumluluğuna imkan tanıyor ise, bu suçtan fail olarak; aksi halde ise, gerçek olmayan ihmali suçtan şerik olarak sorumlu olmalıdır. Örneğin, A, B'nin çocuğunu icrai hareket ile öldürse ve bu eylem sırasında B, sessiz kalsa, çocuğunu koruma ve neticeyi engelleme yükümlülüğünü yerine getirmezse, A kasten öldürme suçundan (TCK m.81) ve B ise garantör olmasından dolayı kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.83) suçundan fail olarak sorumlu olmalıdır⁹⁴. Bu halde, gerçek olmayan ihmali suçta “*intraneus*”, özgü suçtan müstakil fail olarak sorumlu olmalıdır.

2. “*Intraneus*”un Özgü Suçlarda Dolaylı Fail Olarak Ceza Sorumluluğu

“*Intraneus*”un özgü suçlarda dolaylı fail olarak ceza sorumluluğu meselesi, Türk doktrininde genellikle “*özgü suçta dolaylı faillik*” başlığı altında incelenmekte, arka plandaki ve ön plandaki kişinin “*intraneus*” ya da “*extraneus*” olmasına göre bir ayırım yapılarak inceleme yapılmamakta ve bu sebeple ulaşılan neticeler de

⁹⁴ Uygulamada zaman zaman gündeme gelen ve tartışılan bir husus da, cinsel istismar suçunda anne ya da babanın suçun işlendiğini bilmesine rağmen, engellemediği ve sessiz kaldığı durumlarda ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkindir. AYM tarafından verilen bir karara konu olan olayda, (AYM 30.06.2011 tarih ve 2010/52 E., 2011/113 K. sayılı karar (Özgenç, “**İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler**”, s.1-10), kardeşlerden A ve B, henüz 15 yaşını doldurmamış olan diğer kardeş C’ye karşı cinsel istismar suçunu işlerler. Anne ise bu olayı bilmesine rağmen, engellemek için herhangi bir şey yapmaz. Anne hakkında suçu bildirmeme suçundan kamu davası açılır ve TCK m.278’in Anayasa’ya aykırı olduğu iddiası ile AYM’ye başvurulur. AYM, bu maddeyi, Any. m.38/5’de yer alan hükme rağmen, akrabalık ilişkisi dolayısıyla şahsi cezasızlık sebebine yer verilmediğinden dolayı iptal eder. Özgenç’e göre bu olayda, anne cinsel istismar suçuna ihmali davranış ile iştirak etmiştir ve bu suçta yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır. Bu sebeple de, TCK m.278’de yer alan suçu bildirmeme suçundan sorumlu tutulması doğru değildir (Özgenç, “**İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler**”, s.8, 9).

Düşüncemize göre de, icrai hareket ile işlenen bir suç olan cinsel istismar suçunda, çocuğunu korumak ve suçun işlenmesini engellemek ile yükümlü olan anne ya da babanın sessiz kalması halinde cinsel istismar suçuna ihmali hareket ile yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekir. Eğer bu suç bakımından anne ya da babanın ihmaliinden dolayı fail olarak sorumlu tutulabileceği bir düzenleme olsa idi, bu düzenleme gereğince failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesine göre söz konusu suçtan fail olarak sorumlu tutulması mümkün olabilirdi. Ancak mevcut yasal düzenleme karşısında, anne ya da babanın cinsel istismar suçuna ihmali hareket ile yardım eden olarak sorumlu tutulmaları gereklidir.

karmaşık hale gelmekte ve çoğu kez doğru da olmamaktadır. “*Intraneus*”un ya da “*extraneus*”un ön plandaki kişi mi, yoksa arka plandaki kişi mi olduğuna göre yapılacak değerlendirme, hukuki neticeleri de farklılaştırmaktadır. Dolaylı faillığe ilişkin en tartışmalı husus, arka plandaki kişinin sadece iştirak hareketini gerçekleştirebilecek “*intraneus*” iken, suçun kanuni tanımında yer alan eylemin “*extraneus*” tarafından icra edilmesi durumudur⁹⁵. Bu kısımda inceleyeceğimiz husus, “*intraneus*”un “*extraneus*”u özgü suçun işlenişinde araç olarak kullanması halinde “*intraneus*”un ceza sorumluluğuna ilişkindir. Bu halde, ön plandaki kişi, “*extraneus*”, arka plandaki kişi “*intraneus*”tur. Örneğin, kamu görevlisinin düzenlemek ile görevli olduğu bir resmi belgeyi başka bir şahsa düzenletmesi hali ya da kamu görevlisinin kendisine tevdi edilen bir şeyin mal edinmesini kamu hizmetlerinde görev yapmayan bir kişiye bırakması gibi. Bu hallerde kamu görevlisi resmi belgede sahtecilik ya da zimmet suçlarından dolayı fail olarak sorumlu olabilecek midir?

Özgenç’e göre, “*intraneus*”un kasten hareket eden “*extraneus*”u araç olarak kullanması halinde, “*sırf yükümlülük suçları*” ile “*karma hakimiyet ve yükümlülük suçları*”nın ayırt edilmesi gereklidir. Şöyle ki, sırf yükümlülük suçlarında sadece azmettiren ya da yardım eden durumundaki “*intraneus*”, fiil üzerinde hakimiyet kurmamakta, buna karşılık “*extraneus*” fiil üzerinde hakimiyet kurmaktadır. Yazara göre bu tür bir durumda, “*intraneus*” kendisi fiil üzerinde hakimmiş gibi sorumlu tutulamaz, “*extraneus*” özel niteliği haiz olmadığı için müşterek fail olarak da sorumlu olamaz. Karma hakimiyet-yükümlülük suçlarında ise, fiil üzerinde hakimiyet kuramayan “*intraneus*”un failliğinden söz edilmemekte, “*extraneus*” da özel niteliği haiz olmadığından fail olamamaktadır, hem “*intraneus*” hem de “*extraneus*” cezasız kalmaktadır. Ayrıca karma hakimiyet-yükümlülük suçlarında özel yükümlülüğün ihlali, “*intraneus*”un ilgili suçun faili olmasını sağlamaz, özel niteliği haiz şahsın ayrıca garantörlük statüsü olmalıdır. Yazara göre eğer “*extraneus*” fiili cebir ya da tehdit altında işlemiş ise, “*intraneus*” fiil üzerinde

⁹⁵ Freye, a.g.e., s.28.

hakimiyet kurmuş olur ve dolaylı failliği kabul etmek gerekir⁹⁶. Özgenç, “*extraneus*”un kastının olduğu hallerde “*intraneus*” tarafından araç olarak kullanılması halini incelemiştir. Düşüncemize göre, “*intraneus*”un kasten hareket eden “*extraneus*”u araç olarak kullanması halinde “*intraneus*”, fiil üzerinde hakimiyet kurduğundan ve faillik için gerekli olan özel niteliği haiz olduğundan dolaylı fail olarak sorumlu olmalıdır.

Önok’a göre, bu durumda dolaylı faillik hükümlerinin uygulanması kabul edilmez ise, hem “*intraneus*” hem de “*extraneus*” bakımından suç oluşmayacağından bu kişiler cezasız kalacaklardır. Bu halde de yazara göre, “*intraneus*”, kendisi işlediği takdirde cezalandırılacağı bir fiili “*extraneus*”a işleterek cezadan kurtulma yolunu seçecektir. Bu sebeplerle bu durumda dolaylı faillik uygulanmalıdır. Yazara göre bu halde, bağlılık kuralı geçerli değildir, çünkü dolaylı failin davranışları ön plandaki kişinin davranışlarından bağımsız ve ayrı bir içeriğe sahiptir, normatif yaklaşımla arka plandaki kişinin fiil hakimiyeti kabul edilmelidir⁹⁷.

Akbulut’a göre, özgü suçlarda kastsız hareket eden ön plandaki kişiyi araç olarak kullanan kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaması anlaşılamamaktadır, ancak ön plandaki kişi kast ile hareket etmiş ise, arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulması kabul edilmektedir⁹⁸. Yazara göre, arkadaki kişinin ön plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurarak onun hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmesini engellediği hallerde ön plandaki kişi garantör olmadığı için dolaylı fail olamaz⁹⁹. Yazar bir başka eserinde de, özgü suçlarda ön plandaki ve arka plandaki her iki kişi de “*intraneus*” ise, dolaylı failliğin kabul edilmesi gerektiğini, aksi halde kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Eğer arka plandaki şahıs, “*intraneus*” ve ön plandaki şahıs “*extraneus*” ise, yazara göre tipe uygun fiil bulunmadığından ceza sorumluluğu yönünden sorun yaşanmaktadır. Bu görüşe göre, TCK m.40’da yer alan düzenleme de göz önüne alınarak

⁹⁶ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.250-254.

⁹⁷ Önok, **a.g.e.**, s.244.

⁹⁸ Akbulut, **a.g.m.**, s.195, 196.

⁹⁹ Akbulut, **a.g.e.**, s.667.

“*extraneus*”, sadece şerik olabileceğinden bu kişi şerik olarak kabul edilmeli ve fiil üzerinde hakimiyet kuran “*intraneus*”, fail olarak sorumlu olmalıdır¹⁰⁰. Ancak bu görüşe şu sebepler ile katılmamaktayız. İlk olarak, dolaylı faillikte zaten olması gereken ön plandaki kişinin hareketinin “*tipe uygun*” olmamasıdır. Düşüncemize göre, faile ilişkin özellik tipiklik unsurları içerisinde yer aldığından ön plandaki kişinin tipte öngörülen faile ilişkin niteliği haiz olmaması, dolaylı failliğin “*tipe uygun olmama*” koşulunu sağlamaktadır. İkinci olarak, dolaylı faillikte arka plandaki “*intraneus*”un fail olarak sorumlu olduğu fiilden dolayı araç kişi olan “*extraneus*”un şerik olarak sorumlu olmasına katılmamaktayız. Çünkü, “*extraneus*” araç kişi olup fiil üzerinde iradesi bulunmamaktadır.

Alman doktrinde bir görüşe göre, “*intraneus*”un dolaylı failliği, genel faillik öğretisinde dolaylı failliğin bilinen yapısından farklı değildir¹⁰¹. “*Intraneus*” ve “*extraneus*”un özgü suçu birlikte işlemeleri halinde de, genel faillik öğretisindeki dolaylı faillik durumu değişmeden aynı şekilde kalmaktadır. Özgü suçta dolaylı faillikte, araç olan kişinin niteliği tamamen önemsiz iken, dolaylı fail faile ilişkin tüm unsurları taşımalıdır ve böylece “*intraneus*” olmalıdır¹⁰². Eğer arkadaki kişi faillik için gerekli olan koşulları taşımamakta ise, dolaylı faillik baştan itibaren elenir¹⁰³. Müşterek faillikte olduğu gibi dolaylı faillik de, iştirak edenin sadece özel suçlarda gereken koşulları taşıması, özgü suçta gerekli fail niteliğini taşıması, gerçek olmayan ihmali suçlarda gerekli garantör durumunda olması, amaç suçlarında uygun irade ile hareket etmesi halinde mümkün olur¹⁰⁴. Benzer yöndeki bir görüşe göre de, özgü suç ve yükümlülük suçlarında dolaylı fail, kanuni gereklilikleri yerine getirmelidir¹⁰⁵. Dolaylı fail, özgü suçun kanuni tanımında gösterilen muhatap alanına dahil olan,

¹⁰⁰ Akbulut, **a.g.e.**, s.660, 661.

¹⁰¹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.390.

Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, özgü suçlar genel suçlardan prensip olarak ve yapısal olarak dolaylı faillik dışında farklı değildir (Herzberg, **a.g.m.**, s.920).

¹⁰² Langer, **Die Sonderstrafat**, s.390; Freye, **a.g.e.**, s.28; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.41, kn.123; Tofahrn, **SAT-II**, s.93, kn.127.

¹⁰³ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.41, kn.123; Tofahrn, **SAT-II**, s.93, kn.127; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.390; Freye, **a.g.e.**, s.28.

¹⁰⁴ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.701, kn.122.

¹⁰⁵ Tofahrn, **SAT-II**, s.93, kn.127.

öngörülen nitelikleri haiz kişi olmalıdır¹⁰⁶. Örneğin, güveni kötüye kullanma suçunda dolaylı fail, ilgili eşyanın emanet edildiği kişi olabilir iken, araç olan kişi “*extraneus*” da olabilir¹⁰⁷. Cezai sorumluluğun özel yükümlülük altında olmayan kişileri kapsayacak şekilde genişletilmesi, bu durumun kendine mahsus görünümü ile gerekçelendirilemez. Memur olmayan kişi, kamu görevlisi tarafından işlenen suçlarda fail olamaz, ancak bir memur, arka plandaki kişi olabilir. Özel faillik niteliğini haiz olmayan arka plandaki kişi sorumlu tutulamaz¹⁰⁸. Eğer “*extraneus*” şerik ve fakat fail “*intraneus*” ise, o zaman “*intraneus*”un cezai açıdan sorumlu olmaması halinde, “*intraneus*”un dolaylı failliği söz konusu olmaz. Çünkü dolaylı fail, sadece doğrudan fail olabilecek kişi olabilir¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Freye, **a.g.e.**, s.28; Nagler, **a.g.e.**, s.63.

Alman doktrininde aksi yöndeki bir görüşe göre ise, dolaylı failin özgü suç için gerekli olan nitelikleri haiz olması zorunlu değildir, aksine sadece araç kişide bulunması gereklidir. Çünkü araç kişinin özel niteliği dolaylı failin katıldığı tipik haksızlığa dayanmaktadır (Hans Kämpnick, **Die Akzessorietät der Teilnahme und die sog. mittelbare Täterschaft**, Universitätsverlag von Robert Noske in Leipzig, 1932, s.69, 70).

¹⁰⁷ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.390, 391.

¹⁰⁸ Nagler, **a.g.e.**, s.63.

¹⁰⁹ Freye, **a.g.e.**, s.28.

Freye, “*extraneus*”un dolaylı fail olarak sorumlu olmamasını, fiili doğrudan icra eden “*extraneus*”un cezai açıdan sorumlu olup olamamasına göre ikiye ayırarak inceleme yapmıştır. Özgü suçlarda dolaylı faillikten dolayı sorumluluğun irdelenmesinde bu şekilde bir ayırım yaparak inceleme yapılmasına nadiren rastlamış bulunmaktayız. Eğer “*extraneus*” cezai açıdan sorumlu değil ise, dışarıdan sadece iştirak hareketini gerçekleştirdiyse, o zaman “*intraneus*” dolaylı fail olarak cezalandırılır. Burada cezalandırılabilir ana fiil bulunmamaktadır, böylece “*nedensel bağlantının kesilmesi*” söz konusu değildir. Suça iştirak eden kişinin dolaylı fail olarak cezai sorumluluğunun önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Eğer fiili doğrudan icra eden “*extraneus*” tamamen sorumlu olsaydı, *Dahm*’a göre dolaylı failliğin reddedilmesi gerekirdi. Burada böyle bir şey düşünülemezdi, çünkü şerikin hareketi ile netice arasında kasten işlenen hareket bulunmaktadır. Bu kasıtlı davranış, nedensel bağlantının kesilmesine yol açmaktadır. İştirak eden “*intraneus*” buna göre cezasız kalmakta idi, çünkü cezai sorumluluğu olan bir asli fail bulunmamaktadır. Freye’e göre bu görüş, cezaya değer davranışların cezasız kalmasına yol açmaktaydı. Yazara göre, gerçek olmayan özgü suçlarda cezada indirim yapılması gerekli iken, gerçek özgü suçların cezasız kalması gerekir idi. Ancak bu görüş teorik olarak savunulabilir değildir. Çünkü bu anlayışta araç olan kişi, uygulanan özgü suç bağlamında asla hukuka aykırı hareket etmemektedir, kast olmadığı için ona yönelik kusur değerlendirmesi uygun değildir (Freye, **a.g.e.**, s.29).

Örneğin Alm. CK § 348’de yer alan “*görev başında sahte belge düzenleme*” suçunda kamu görevlisi olmayan kişinin fiili, tipe uygun bir hukuka aykırılık değildir. Bunu yapması için görevlendirilen kamu görevlisi, dolaylı fail olarak cezalandırılmalıdır. Bu bağlamda bu suça ilişkin olarak İmparatorluk Mahkemesi tarafından verilen karara (*RG Bd.28 S.110*) konu olan olayda, kamu görevlisi B, kamu görevlisi olmayan S’ye sahte bir nakliye fişi hazırlatmıştır. Mahkemeye göre, bu durumda azmettirme söz konusu değildir. Çünkü kamu görevlisi olmayan S, aslında bu suçu işleyemez, bu nedenle B azmettiren olamaz. Ancak S’nin bizzat şahsının gerçekleştirdiği söz konusu bu eylem, bahse konu suçun failliğini oluşturamıyorsa, özellikle Alm. CK § 348’de yer alan suç bakımından gerekli olan kasttan söz edilemez. Eğer bu fiil, nakliye fişinin değiştirilmesine yönelik

Kasten ve hukuka aykırı ana fiil eksikliğinin objektif şekilde gerçekleştirilen dolaylı faillik ile aşılp aşılamayacağı tartışmalıdır. Bunu Alm. CK § 26 ve 27'nin kasten işlenen ana fiil koşuluna ilişkin açık lafzından dolayı reddetmek gereklidir. Aynı durum özel kişisel unsurun eksikliği sebebiyle dolaylı failliğin reddedilmesi gerektiğinde ve bizzat işlenebilen suçlarda da geçerlidir¹¹⁰.

Doktrinde çoğunlukla ön plandaki ve arka plandaki kişilerden hangisinin “*intraneus*”, hangisinin “*extraneus*” olduğu belirtilmeden hukuki neticeye ulaşılmaya çalışılmasının doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Dolaylı failin yani arka plandaki şahsın “*intraneus*” mu yoksa “*extraneus*” mu olduğuna göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir. Hem ön plandaki kişinin hem de arka plandaki kişinin “*intraneus*” olması durumunda, “*intraneus*”un dolaylı failliği hususunda tartışma bulunmamaktadır. Bu kısımdaki değerlendirmelerimizde münhasıran arka plandaki kişinin “*intraneus*”, ön plandaki kişinin “*extraneus*” olması halini ele almaktayız. Meselenin burada incelediğimiz kısmı, “*intraneus*”un “*extraneus*”u araç olarak kullanması ve fiili üzerinde hakimiyet kurması halinde dolaylı fail olarak sorumlu olup olamayacağıdır.

Bu değerlendirme yapılırken dolaylı faillik kurumu ve özgü suça iştirak kurumunun koşulları birlikte göz önünde bulundurulmalıdır. Öncelikle dolaylı failliğin koşulları bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Genel anlamda dolaylı failliğin koşullarında aranan ön plandaki kişinin fiilinin tipe uygun olmaması koşulu, aracın “*extraneus*” olması dolayısıyla karşılanmaktadır. Çünkü faile ilişkin özel nitelik, tipiklik unsurları içerisinde yer almaktadır ve bu koşulun sağlanmaması fiilin tipe uygun olmama koşulunu sağlamaktadır. Dolaylı failliğin diğer koşulların da varlığı halinde “*intraneus*”un dolaylı faillikten sorumluluğu söz konusu olmalıdır. İkinci olarak dolaylı failliğin özgü suçlarda mümkün olup olmaması yönünden değerlendirme yapılmalıdır. Esasen dolaylı faillikte ön plandaki kişinin fiili, arka plandaki kişinin yani dolaylı failin fiil üzerinde kurduğu hakimiyet ile gerçekleşir.

kast ile gerçekleştiren B'ye kendi eylemi olarak isnat edilirse, bu halde dolaylı fail olarak kabul edilir (Freye, a.g.e., s.29, 30).

¹¹⁰ Bock, a.g.e., s.599.

Bu sebeple de dolaylı fail, fiili bizzat kendisi icra etmese dahi sorumlu tutulmaktadır. Özgü suçlarda dolaylı failliğin bu esastan ayrılmak için bir neden bulunmamaktadır. “*Intraneus*”un özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumluluğu, TCK m.40/2’de yer alan düzenleme ile de uyuşmaktadır. Çünkü bu düzenlemede, ancak “*intraneus*”un fail olabileceği ifade edilmiş ve dolaylı faillik de bir faillik türü olduğundan bu koşulu karşılamaktadır. Özetle, arka plandaki “*intraneus*”, hem tipe uygun olmayan ön plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurduğundan dolaylı failliğin koşulunu gerçekleştirmekte hem de suçun kanuni tanımında yer alan özelliği taşıdığı için özgü suçun faili olma koşulunu gerçekleştirmektedir. Bu sebeplerle “*intraneus*”un dolaylı fail olarak sorumlu tutulması mümkündür. Son olarak, “*intraneus*”un dolaylı fail olarak sorumlu olmasının mümkün olduğunu kabul ettiğimizden ayrıca şerik olarak sorumlu olup olmadığını belirlemek bakımından önem taşıyan “*extraneus*”un kasten yahut kast olmaksızın hareket edip etmemesi ayrımının yapılmasının gerekli olmadığı düşüncesindeyiz. Bu değerlendirmemiz aynı zamanda “*intraneus*”un kendisinin işleyebildiği ve bu takdirde cezalandırılabilirdiği bir fiili “*extraneus*”a işleterek cezadan kurtulma yolunu seçmesinin de cazip hale gelmesini engellemeye yönelik mahiyettedir.

İhmali suçlar bakımından dolaylı faillik meselesi tartışmalıdır. Konumuz bakımından inceleme kapsamı gerçek olmayan ihmali suçlar yani ihmali özgü suçlar ile sınırlıdır. Bu tür suçlarda özgü suçun “*intraneus*”u, garantör olduğundan garantörün dolaylı fail olarak sorumlu olup olmayacağını incelemek gereklidir.

Türk doktrininde savunulan bir görüşe göre, gerçek olmayan ihmali suçlarda dolaylı faillik mümkün değildir ve garantör, sorumluluğu altındaki kişinin neticeyi gerçekleştirmesine engel olamamış ise doğrudan faillik söz konusu olur¹¹¹. Bu yöndeki görüşe göre, garantör neticeyi engelleme yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde ihmali suçlarda dolaylı faillik mümkün değildir. Çünkü dolaylı faillik fiil hakimiyetine dayanmakta iken, ihmali faillik hareket yükümlülüğünden doğmaktadır

¹¹¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s.509; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.663.

ve bu halde yükümlülüğünü ihlal eden kişi doğrudan fail olur¹¹². Örneğin, psikiyatri kliniğindeki hasta bakıcı kendi nezareti altındaki akıl hastalarından birisinin diğerine saldırdığını görmesine rağmen müdahale etmez ve neticesinde saldırıya uğrayan kişi ölürse, hasta bakıcı garantörlük sıfatından dolayı gerçek olmayan ihmali suçtan doğrudan fail olarak sorumlu olur¹¹³. Örneğin, hemşirenin yanlış ilaç yapacağını fark eden doktorun hemşireyi uyarmaması ve hastanın ölmesi halinde doktor, ihmali suça dolaylı faillikten değil, hastanın ölümünden doğrudan fail olarak sorumlu olmalıdır¹¹⁴. Aksi yöndeki görüşe göre ise, gerçek ihmali suçlarda da, gerçek olmayan ihmali suçlarda da dolaylı failliğin koşullarının gerçekleşmesi durumunda dolaylı faillik söz konusu olur¹¹⁵.

İhmali suçlarda dolaylı failliğin mümkün olup olamadığına ilişkin olarak Alman doktrininde de farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, ihmalde bulunan kişi neticeyi engelleme yükümlülüğü altındaki garantör yükümlüsü olarak ihmale sebep olan kişi ise, ihmal ile dolaylı faillik problemlili değildir¹¹⁶. Örneğin, doktor A, oğlu S ile birlikte iyiniyetli hemşire K'ya ölmeyen ancak komada olan S'nin annesi X için doğru olmamasına rağmen, yaşamı uzatan bir tedbir istemediğinden beslenmeyi bırakmak istediğine ilişkin açıklama yapmış, aynı zamanda bu gibi durumlarda Almanya'da ötenazinin cezasız olduğunu ifade etmiştir. K, eğer hastaya tıbbi bakım sağlamazsa Alm. CK § 212 ve § 13'e göre cezalandırılabilceğini bilmediğinden cezasız kalır. Doktor A ve oğlu S, bu hataya sebep olmuşlardır ve dolayısıyla K'nın ihmali onlara isnat edilebilir. Garantör olduklarından dolayı Alm. CK § 13'deki koşulları yerine getirirler ve dolaylı faillik yolu ile ihmal ile öldürmeden Alm. CK § 212, 13, 25/1/2'ye göre cezalandırılırlar. Ancak bu hususun bir suç işlenmesini engelleme hususundaki denetim yükümlülüğü

¹¹² Akbulut, **a.g.e.**, s.667; Önok, **a.g.e.**, s.242; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.254; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.663.

¹¹³ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.470; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.254; Önok, **a.g.e.**, s.242; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.663.

¹¹⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s.667.

¹¹⁵ Özen, **a.g.e.**, s.562.

¹¹⁶ Tofahrn, **SAT-II**, s.102, kn.147.

altındaki kişinin ihmali ile işlenen suçlardan ayrılması gerekir¹¹⁷. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre de, üçüncü kişinin hareketinin fiil hakimiyetinden dolayı faile isnat edilebilmesi ve bu sebeple dolaylı fail olarak sorumlu olması mümkündür¹¹⁸.

Alman doktrinde aksi yöndeki görüş, dolaylı failliğin gereksiz olduğunu düşünmektedir. Çünkü garantör gerekli hareketi gerçekleştirmediğinde hukuki yükümlülüğünden dolayı doğrudan fail olarak hareket etmek zorundadır. Gerçek olmayan ihmali suçlarda dolaylı failliğin mümkün olmadığı yaygın olarak kabul edilmektedir. Çünkü ihmali suçlarda arkadaki kişi öndeki kişinin fiil hakimiyeti alanına giremez¹¹⁹. Eğer arkadaki kişi garantör durumu bulunmasına rağmen, aktif bir harekette bulunmak yerine öndeki kişinin cezalandırılabilirlik eksikliğini ortadan kaldırmak için yükümlülüğüne aykırı olarak ihmalde bulunur ise, o zaman suçun işlenmesinde aktif hareket ile ihmali hareketin eşit tutulduğu ve böylece arkadaki kişinin fiil hakimiyeti kurduğu, kanun koyucunun Alm. CK § 13'deki değerlendirmesinde ortaya çıkmaktadır¹²⁰.

¹¹⁷ Örneğin, Anne M'nin 4 yaşındaki oğlu S'yi komşusunun arabasına tornavida ile zarar verirken görmesine rağmen, komşusunu sevmediği için bunu yapmasını engellemeyi ihmal etmesi gibi (Tofahrn, **SAT-II**, s.102, 103, kn.147).

¹¹⁸ BGH, NStZ 2003, 141 (Tofahrn, **SAT-II**, s.103, kn.147).

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, eğer öndeki kişi tamamen kusurlu hareket etmiyorsa ve garantör olarak arkadaki kişi öndeki kişinin cezalandırılabilirlik eksikliğini ortadan kaldırmaktan dolayı sorumlu ise, yükümlülüğe aykırı ihmal durumlarında garantör durumunda dolaylı failin olduğu kabul edilmelidir. Bkz: BGHSt 40, 257, 265 vd.; 48, 77, 89 vd. (Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.194, kn.517).

¹¹⁹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.193, 194, kn.517.

¹²⁰ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.194, kn.517.

İhmal yolu ile dolaylı failliğin kabulü, sadece bu iştirak biçiminin ihmalin görünüm şekillerindeki yapısal zorlukları nedeni ile değil, aynı zamanda ihmal ile netice arasındaki zorunlu olmayan ancak meselenin özüne uygun olan doğrudan nedensellik bağından dolayı da şüphelidir. Dolaylı failliğin ihmali hareket ile gerçekleştirilmesinin kabulüne ilişkin olarak Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1. Ceza Kurulu'nun 13 Eylül 1994 tarihli kararında, bir vasiinin annesinin geri dönülemez acılarına son vermesi için suni beslenmesini çay ile değiştirmesi hususunda bir doktorun ve bakım personelinin yazılı talimatını ele almıştır. Bkz: BGHSt 40, 257 (Mosenheuer, **a.g.e.**, s.123). İlk olarak, Kurul bu davranışı ihmali hareket olarak kabul etmiş ve ikinci olarak, dolaylı fail olarak değerlendirmiştir. Bkz: BGHSt 40, 247 (266, 267) (Mosenheuer, **a.g.e.**, s.123). Her iki kabule yönelik de eleştiri bulunmaktadır. Doktor ve vasiye yönelik suç isnadında bulunulmasının sebebi, yazılı talimat verilmesi, diğer kişilerin ihmali eklense dahi bedensel bir hareketin gerçekleştirilmesini gerektirdiğinden icrai bir harekettir. Dolaylı failliğin koşulları da burada bulunmamaktadır. Çünkü doktor da, vasi de, bakım personeli gibi hukuki açıdan kusursuz olduklarını düşünerek hareket ettiler. Diğer taraftan, organizasyon hakimiyeti içerisinde doktor ve bakım personeli arasındaki rollerin farklı dağılımı, dolaylı failliği gerekçelendirmek için yeterli değildir (Mosenheuer, **a.g.e.**, s.123, 124).

Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantör, neticeyi engelleme yükümlülüğüne rağmen hareket etmemesi sebebiyle fail olmaktadır. Özgü suç olan gerçek olmayan ihmali suçta da fail, bir başkası tarafından işlenen icrai suçun engelleme yükümlülüğüne rağmen engellememesi dolayısıyla gerçek olmayan ihmali suçtan doğrudan fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Garantör, her şekil ve koşulda neticenin gerçekleşmesini engelleme yükümlülüğünü taşıdığından neticede gerçek olmayan ihmali suçtan doğrudan fail olarak sorumlu olmalıdır. Ancak düşüncemize göre burada dikkat edilmesi gereken husus, neticeyi engelleme yükümlülüğünün bizzat o kişinin şahsında bulunup bulunmadığıdır. Bir kişinin belli meslek grubu içerisinde olduğu ya da belli bir sıfatı haiz olduğu için garantör kabul edilerek özgü suçtan dolayı fail olarak sorumlu tutulamayacağı ifade edilmemelidir. Örneğin, kadın doğum doktoruna gebe hastasının doğumuna gecikmesi konusunda tehditte bulunan ortopedi doktorunun dolayı fail olarak sorumlu olabileceği kabul edilmelidir.

Yükümlülük suçlarını ayrı bir grup olarak kabul eden görüşe göre, müşterek fail için geçerli olan prensip, dolayı faillikte farklı olamaz. Yükümlülük suçlarında dolayı faillikte de fiil hakimiyeti değil, sadece ceza hukuku dışından kaynaklanan özgü yükümlülüğün ihlali olabilir¹²¹. Bu anlayışa göre, fiil hakimiyeti kavramı çerçevesinde arka planda kalan sınırlı bağlılık kuralı, ancak burada anlam kazanmaktadır. Fiil hakimiyeti kavramının gelişimi birkaç küçük istisna dışında, fiili icra eden kast ya da haksızlık bilinci olmaksızın hareket ettiğinde ya da kusur yeteneği olmadığında her zaman dolayı failliğin bulunduğunu göstermiştir. Yükümlülük suçlarında sınırlı bağlılık kuralının tanınması önemli ve gereklidir¹²².

Bizzat işlenebilen suçları faillik alanı bakımından suçların sınıflandırmasında ayrı bir grup olarak gören görüş, bu suçlarda dolayı failliğin

Mosenheuer'e göre, bu kararlarla birlikte ihmal ile dolayı failliğin reddinin gerekçesi çürütülmemiş, aksine desteklenmiştir (*Mosenheuer*, a.g.e., s.125).

¹²¹ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.360.

¹²² Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.364.

mümkün olmadığını kabul etmektedir¹²³. Bu görüşe göre, özgü suçlarda suçun kanuni tanımında yer alan fiilin “*intraneus*” tarafından gerçekleştirilmesi zorunluluğu bulunmaz iken, bizzat işlenebilen suçlar nitelikleri gereği başkası aracılığı ile gerçekleştirilemeyen suçlardır¹²⁴. Bizzat işlenebilen suçlarda ne müşterek faillik ne de dolaylı faillik mümkün değildir, arka planda “*yol gösteren bir akıl*” ile de işlenemez¹²⁵. Dolaylı fail, sadece faile ilişkin tüm unsurları kendisi taşıyan ve ilgili suçun subjektif cezalandırılabilirlik koşullarını gerçekleştiren kişi olabilir¹²⁶. Suçların tümü diğer kişiler tarafından işlenemeyebilir, daha ziyade kişinin kendisi tarafından gerçekleştirilmesi gerekebilir¹²⁷. Bizzat işlenebilen suçlarda tipe uygun hareketi icra eden kişi fail olabilir¹²⁸. Bizzat işlenebilen suçlarda fail suçun unsurlarını kendisi gerçekleştiren kişidir ve diğer kişiler sadece şerik olabilir¹²⁹. Burada belirli cezaya layık oluş, suçun bizzat icra edilmesinden kaynaklanmaktadır. Aynı durum arkadaki kişinin gerekli özel niteliği haiz olmadığı özgü suçlarda da geçerlidir¹³⁰. Bu görüş, bizzat işlenebilen suçları özgü suçlardan ayıran temel özelliğin de bu husus olduğunu savunmaktadır. Alman doktrininde bizzat işlenebilen suçları kabul eden görüş, çoğunlukla olayın nedensel olduğunu varsaymaktadır.

¹²³ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.720, kn.24; Käpernick, **a.g.e.**, s.70; Demirbaş, **a.g.e.**, s.500; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.459.

¹²⁴ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.720, kn.24; Rengier in: **Karlsruher Kommentar zum OWiG**, kn.100; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.180, kn.485; Zieschang, **a.g.e.**, s.177, kn.666; Demirbaş, **a.g.e.**, s.522.

Pek çok suç tipinde bulunan özgü yükümlülük durumu, bizzat işlenebilirlik problemine bir çözüm sunmamaktadır (Herzberg, **a.g.m.**, s.920).

Engelsing’e göre, bizzat işlenebilirlik problemlerinin ağırlık noktası tipik harekette bulunmaktadır. En azından burada bir sınırlandırma yapılmalıdır. Yazar, dolaylı failliğin bizzat işlenebilirliğin bir problemi olarak ortaya çıktığını ve bu problemin faillik içerisinde alt bir kavram olduğunu ve genel olarak süje ve tipik hareket arasındaki ilişkiden kaynaklandığını kabul etmektedir (Engelsing, **a.g.e.**, s.11, 12).

¹²⁵ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.339, kn.52.

¹²⁶ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.180, kn.485.

¹²⁷ Käpernick, **a.g.e.**, s.70.

¹²⁸ Kasiske, **a.g.e.**, s.70, kn.193; Zieschang, **a.g.e.**, s.177, kn.666.

¹²⁹ Zieschang, **a.g.e.**, s.172, kn.643.

Örneğin, A, B’yi silah ile eve götürmesi için zorlar. Halbuki B, alkol aldığı için araba kullanmaması gerekir. Burada A, Alm. CK § 316’da yer alan “*trafikte sarhoş vaziyette araç kullanma*” suçundan dolaylı fail olarak cezalandırılmamalıdır, çünkü burada sadece motorlu araç kullanan kişinin fail olabileceği bir suç bulunmaktadır (Kasiske, **a.g.e.**, s.71, kn.193). Ya da örneğin, A ceza yargılamasında yalan tanıklık yapan Z’yi etkilese bile sözelimi baskı altında ifade vermesine ya da hile ile gerçek dışı ifade vermesine yol açsa bile, doğrudan ya da dolaylı fail olarak değil, azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olur (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.676, kn.26).

¹³⁰ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.180, kn.485.

Ancak suçun süjesi ve eylemi arasındaki bağlantı o kadar yakındır ki; kanunda çok sayıda bulunan suçların tanımında yer alan fiil unsurunu düşündüklerinde suçun dolaylı fail olarak işlenmesini imkansız gibi görmektedirler¹³¹. Aksi yönde bir başka görüşe göre ise, bizzat işlenebilen suçlarda da dolaylı faillik söz konusu olabilir. Örneğin bir mahkumun cezaevinden firar etmesini sağlamak amacıyla mahkumun uyuşturularak tünel kazmasının sağlanması halinde, suçun icra hareketini gerçekleştiren ön plandaki kişi ile fail farklı kişilerdir¹³².

C. “*Extraneus*”un Özgü Suçlarda Fail Olarak Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Sorunsalı

1. “*Extraneus*”un Özgü Suçlarda Müstakil ya da Müşterek Fail Olarak Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Sorunsalı

“*Extraneus*”un özgü suçta fail olarak sorumlu olup olmayacağı meselesi, uzun zamandan beri doktrinde ve uygulamada tartışmalı halini korumaktadır. Bu konuda gerek Türk doktrininde gerekse de Alman doktrininde farklı görüşler bulunmaktadır.

5237 sayılı TCK m.40’da yer alan düzenlemeden “*extraneus*”un özgü suçta fail olarak sorumlu tutulamayacağı açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Türk doktrininde bir görüş, özgü suçları gerçek ve gerçek olmayan özgü suç olarak ayırmak suretiyle farklı neticelere ulaşmaktadır. Bu görüşe göre, gerçek özgü suçlarda “*extraneus*”un doğrudan, dolaylı ya da müşterek fail olarak sorumlu tutulması mümkün değildir, gerçek olmayan özgü suçlarda ise, fiil üzerinde hakimiyet kuran “*extraneus*”, suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu

¹³¹ Freye, **a.g.e.**, s.20.

Alm. CK oluşturulduğunda dolaylı faillik doktrini henüz tamamen gelişmemiş olduğundan kanun koyucu bizzat işlenebilirlik problemi üzerinde çalışmamıştır. Bu konudaki tek yasal düzenleme, yalan yere yemin ile ilgilidir (Freye, **a.g.e.**, s.20).

1943 yılında sınırlı bağlılık kuralının öngörülmesi, kanun koyucunun beklentisinin aksine, dolaylı faillikte azalmaya yol açmamış, aksine somutlaşmasına ve böylece kuvvetlenmesine yol açmıştır (Friedrich Christian Schroeder, **Der Täter hinter dem Täter**, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, s.26).

¹³² Aydın, **a.g.e.**, s.162.

tutulabilir¹³³. Aksi yöndeki görüşe göre, özgü suç normunda öngörülen fiilin mutlaka gerekli nitelikleri haiz kimse tarafından gerçekleştirilmesinde mantıksal açıdan bir zorunluluk bulunmamaktadır¹³⁴. Bu zorunluluk, sadece bizzat işlenebilen suçlar bakımından bulunmaktadır, üçüncü kişiler aracılığı ile işlenebilen özgü suçlar yönünden durum bu şekilde değildir. Bu görüşe göre, fiil üzerinde hakimiyet kuran ancak özel faillik niteliğini haiz olmayan kişinin fail olamaması anlaşılır değildir ve iştirak türünün belirlenmesinde failin sıfatını esas alan bir sistem bulunmamaktadır¹³⁵.

“*Extraneus*”, özgü suçlarda fail olarak sorumlu tutulabilmek için gerekli olan özel niteliği haiz olmadığından müstakil fail olarak sorumlu olamaz. Bu konuda şüphe bulunmamaktadır. Ancak “*extraneus*”un müşterek fail olarak sorumlu olup olamayacağı meselesi tartışmaya değerdir.

Türk doktrininde “*extraneus*”un özgü suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin üç farklı görüş bulunmaktadır. Şöyle ki;

Birinci görüş, “*extraneus*”un özgü suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, TCK m.40/2 ile “*extraneus*”a “*intraneus*” ile işbirliği yapmama, müşterek fail olmama yükümlülüğü yüklenmiştir¹³⁶. Bu yöndeki görüşe göre, “*extraneus*” müstakil fail olamasa da, eyleminin niteliğine göre özgü suçtan müşterek fail ya da şerik olarak sorumlu tutulabilir¹³⁷. Bu görüşe göre “*extraneus*” tek başına fail olamaz, ancak “*intraneus*”un işlediği özgü suça iştiraktan sorumlu tutulabilir. Bu görüş ile “*extraneus*”un suça şerik olarak katılmama yükümlülüğüne ek olarak “*intraneus*” ile işbirliği yapmama yükümlülüğü öngörülmüştür¹³⁸. Bu yöndeki görüşe göre, üçüncü kişiler aracılığı ile de işlenebilen özgü suçlar bakımından tipik eylemin mutlaka özel faillik niteliğini haiz kişi yani “*intraneus*” tarafından gerçekleştirilmesi

¹³³ Taşkın, a.g.e., s.139, 140.

¹³⁴ Toroslu, Toroslu, a.g.e., s.349; Aydın, a.g.e., s.271.

¹³⁵ Aydın, a.g.e., s.274.

¹³⁶ Zafer, a.g.e., s.404; Onarok, a.g.e., s.64; Aydın, a.g.e., s.273.

¹³⁷ Aydın, a.g.e., s.273; Onarok, a.g.e., s.64.

¹³⁸ Aydın, a.g.e., s.274.

şart değildir, bu halde özgü suçun parçalara ayrılmış bir şekilde gerçekleştirilmesi söz konusu olabilir. Yazara göre, suça iştirak edenlerden birisi özel faillik niteliğini taşıy iken, diğerleri bu niteliği taşımamak ile birlikte cezai açıdan önemli olmayacak ya da başka bir suçu oluşturacak eylemi gerçekleştirmektedir. Örneğin, kamu görevlisi kendisine tevdi olunan bir şeyin mal edinmesini bir hizmetliye bırakmış ise, kamu görevlisi zimmet suçundan sorumlu olur¹³⁹. Düşüncemize göre, burada “*intraneus*”un özgü suçtan fail olarak sorumlu tutulması için gerekli koşullar incelenmelidir. Yazarın açıklaması “*extraneus*”un fail olarak sorumlu tutulmasına ilişkin iken, örnek “*intraneus*”un fail olarak sorumluluğuna ilişkin olduğu için açıklama ve örnek uyuşmamaktadır. Burada suçun kanuni tanımında yer alan mal edinme eylemi, “*intraneus*”un kendisi tarafından gerçekleştirilmemiştir, ancak “*intraneus*” tipik fiilin “*extraneus*” tarafından gerçekleşmesini sağlayarak fiil üzerinde hakimiyet kurmuş ise, zimmet suçundan dolayı fail olarak sorumlu olmalıdır. Buradaki mesele, “*intraneus*”un dolaylı fail olarak sorumluluğuna ilişkindir. Yargıtay tarafından 765 sayılı TCK döneminde verilen kararlarda, kamu görevlisi olmayan kişinin yani “*extraneus*”un kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suçun müşterek faili olabileceği kabul edilmiştir¹⁴⁰. Bu dönemde Yargıtay, “*extraneus*”un iştirak statüsünün tayinini genel kurallara göre yapmıştır. Örneğin bir kararında iştirak halinde işlenen zimmet suçunda memurun yanı sıra taşıyıcı işçinin de fail olabileceğine karar vermiştir, ancak iştirak statülerinin ne olacağını açıklamamıştır¹⁴¹.

¹³⁹ Aydın, **a.g.e.**, s.272.

¹⁴⁰ “Memur veya memur gibi cezalandırılacakları gösterilmiş olanların işlemiş olduğu ‘zimmet-ihtilas’ suçuna memur olmayanların ya da memura benzetilmeyen kişilerin katılmaları da muhtemeldir. Bu takdirde bu memurun bu fiiline bilerek katılan memur olmayan kimse hakkında da, ‘memuriyet sıfatı zimmet suçunun ögesi bulunduğundan ‘TCK’nın 66.maddesi değil, memurlara ve özel yasalarında memur gibi cezalandırılacakları yazılı olan TCK’nın 202-203.maddeleri, katılma derecelerine göre TCK m. 64-65.madde aracılığıyla uygulanır”. (Yargıtay 5.CD., 22.05.1986 tarih ve 1345/2609 K. sayılı karar, Aydın, **a.g.e.**, s.273, 274). Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay CGK., 21.12.1944 tarih ve 20/23 K. sayılı karar; Yargıtay 5.CD. 02.07.1953 tarih ve 2243/2244 K. sayılı karar; Yargıtay 5.CD., 10.02.1976 tarih ve 314/231 K. sayılı karar; Yargıtay 8.CD., 20.06.1984 tarih ve 2704/3474 K. sayılı karar (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.548, 549, dipn.1005).

¹⁴¹ Yargıtay 5.CD., 22.05.1986 tarih ve 1345/2609 K. sayılı karar (Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.119, 122).

Düşüncemize göre, “*extraneus*”un özgü suçtan müşterek fail olabileceğine ilişkin bu görüş ve yargı kararları, en başta özgü suçun kavramsal temellerine, bu suç grubunun var olma gerekliliğine, suç sistematikteki inceleme yerine, anlamına ve nihayet hukuki neticelerin tezahür ettiği iştirak kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Esasen TCK m.40/2’de “*extraneus*”un müstakil fail olamayacağı açıkça düzenlenmiştir. “*Extraneus*”un “*intraneus*” ile birlikte müşterek fail olarak işlediği gerçek özgü suçtan şerik olarak sorumlu olması ve gerçek olmayan özgü suçtan dolayı şerik olarak ve suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu tutulması, nihayetinde failliğin şerikliğe önceliği ilkesine göre de suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu olması gereklidir.

İkinci görüş, “*extraneus*”un özgü suçta müşterek fail olarak sorumlu olup olamayacağına ilişkin olarak gerçek ve gerçek olmayan özgü suçu ayrı ayrı değerlendirmiştir. Gerçek özgü suç bakımından “*extraneus*”un müşterek fail olamayacağını, gerçek olmayan özgü suç yönünden ise “*extraneus*” ve “*intraneus*”un müşterek fail olmaları halinde, “*extraneus*”un suçun temel şeklinden, “*intraneus*”un ise suçun nitelikli şeklinden fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur¹⁴². Gerçek olmayan özgü suçlarda “*extraneus*”un suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu tutulması gerektiği yönünde Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Yargıtay tarafından verilen bir karara konu olan olayda, belediye evlendirme memuru, bir kadın ile bir erkek arasında kadının bilgisi olmaksızın evlenme akdi düzenler. Evlenme akdi, resmi bir belgedir ve karara konu olayda evlendirme memuru tarafından göreviyle bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Evlendirme memuru, bu sahte belgeyi erkek eş ile anlaşılarak düzenlemiştir, resmi belgede sahtecilik suçunu birlikte işlemişlerdir. Kararda, evlendirme memuru hakkında TCK m.204/2 hükmünden ve ancak erkek eş hakkında TCK m.204/1 hükmünden ceza verilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁴³.

¹⁴² Akbulut, **a.g.e.**, s.683; Akbulut, **a.g.m.**, s.186.

¹⁴³ Yargıtay CGK., 15.11.2016 tarih ve 2014/11-402 E., 2016/431 K. sayılı karar (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.570, dipn.1074). Bu kararda, “*extraneus*”un kamu görevlisinin sıfatını bilmesinin ceza sorumluluğu bakımından bir önemi bulunmamaktadır (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.570).

Düşüncemize göre, “*extraneus*”un özgü suçta müşterek fail olarak sorumluluğunun incelenmesinde gerçek özgü suç ve gerçek olmayan özgü suç ayrımından hareketle inceleme yapılması iştirakın yapısına uygun düşmektedir. “*Extraneus*”, gerçek özgü suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulamaz. Ancak “*extraneus*”un gerçek özgü suçtan müşterek fail olabileceğine ilişkin olarak TCK m.94/4’de normatif nitelikte istisna öngörülmüştür. Bu hükme göre, kamu görevlisi olmayan kişiler, kamu görevlisi olan kişiler ile birlikte işkence suçunu işlerlerse müşterek fail olarak sorumlu olurlar. Bu hüküm, “*extraneus*”un özgü suçta müşterek fail olamayacağına ilişkin kuralın tek istisnasıdır. Gerçek olmayan özgü suçlar bakımından ise, müşterek faillik özellik arz etmektedir. Şöyle ki; bu tür özgü suçlarda müşterek faillerden “*intraneus*”, suçun nitelikli şeklinden sorumlu olur iken, “*extraneus*” suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu olmaktadır. Bunun temel gerekçesi ise, failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesidir. Örneğin, resmi belgede sahtecilik suçunu, kamu görevlisi olmayan kişi ile kamu görevlisi birlikte işlediklerinde, kamu görevlisi olmayan kişi bir yandan suçun temel şeklinin faili iken, bir yandan da suçun nitelikli şekli bakımından TCK m.40/2 hükmüne göre şerik olarak sorumludur. Kamu görevlisi ise, suçun temel şeklinden müşterek fail olarak ve suçun nitelikli şeklinden müstakil fail olarak sorumlu olur. Özetle, kamu görevlisi olmayan kişi, suçun temel şeklinden (TCK m.204/1) fail sıfatıyla ve kamu görevlisi de suçun nitelikli şeklinden (TCK m.204/2)’den fail sıfatıyla sorumlu olur.

“Sanık Erol K hakkında resmi evrakta sahtecilik suçundan dolayı 5237 sayılı TCK’nın 204/2, 62.maddeleri uygulanmış ise de; asli norm-tali norm ilişkisi gözetildiğinde faillik yönündeki asli normun öncelikle değerlendirilmesi gerekeceği, iştirak ile ilgili normun tali derecede kalacağı, buna bağlı olarak TCK’nın 40/2.maddesine göre özgü suçlarda, özel faillik niteliği taşıyan kişilerin fail olabileceği, sanıklar Yahya K, Menderes B, Remzi D ve Vedat C’nin memur sıfatıyla işlediği resmi belgede sahtecilik suçuna kamu görevlisi sıfatı taşımayan sanık Erol K’nın fail olarak katıldığına kabul edilmeyeceği, bu sanık yönünden TCK’nın 204/2. maddesi ile ilgili olarak bağlılık kuralı uyarınca ancak azmettirme veya yardım etme nedeniyle hüküm kurulabileceği, sanığın ihale evraklarında bizzat sahtecilik yapmasının TCK’nın 204/1. maddesine uyacağının ve bu suçtan dolayı fail olarak sorumlu tutulması gerekeceğinin düşünülmemesi, ...” (Yargıtay 5.CD., 08.01.2013 tarih ve 2085/40 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.631). Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 1.CD., 06.07.2015 tarih ve 1426/4313 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.624); Yargıtay 1.CD., 25.06.2014 tarih ve 2013/3531 E. ve 2014/3655 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.625); Yargıtay 1.CD., 25.06.2014 tarih ve 3890/227 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.626); Yargıtay 11.CD., 26.05.2014 tarih ve 26924/10167 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.634).

Üçüncü görüşe göre, “*extraneus*”un özgü suçtan fail olarak sorumlu tutulması mümkün görülmemektedir¹⁴⁴. Bu görüşe göre, özel yükümlülüğün öngörüldüğü suçlarda fiile özel hukuka aykırılık muhtevasını kazandıran husus, bahse konu özel yükümlülük olduğu için “*extraneus*” yani bu yükümlülük altında olmayan kişi, hiçbir şekilde haksızlığı gerçekleştirememekte ve dolayısıyla fail olamamaktadır, ancak şerik olarak sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁴⁵.

Dördüncü görüşe göre, “*extraneus*”un bir genel suç örneğin hırsızlık suçunu başka bir kişi ile birlikte işlemesi halinde müşterek fail olarak sorumlu tutulurken, kamu görevlisine zimmetli olan eşyayı kamu görevlisi ile birlikte almasında iki fiil aynı olmasına ve ilk olayda fail olarak sorumlu tutulmasına rağmen, ikinci olayda özgü suça yardım eden olarak cezalandırılması, “*kanun önünde eşitlik*” ilkesine aykırıdır. Bu görüş, suça iştirak eden kişinin suçun özgü suç veya genel suç olmasına bağlı olarak konumunun farklı olmasını eleştirmektedir¹⁴⁶.

Düşüncemize göre, “*extraneus*”un faillik alanını sınırlandıran farklı suç gruplarına göre farklı iştirak statüsünde kabul edilmesi, eşitlik ilkesine aykırı değildir. Suçların, korunan hukuki değerlerin ve bilhassa faillik alanlarının farklı olmasının sonucunda iştirak statülerinin de farklı olması ceza adaletine uygun düşmektedir. “*Extraneus*”un özgü suçtan fail olarak sorumlu tutulmamasına yönelik hukuki neticenin sebebi, suçun kanuni tanımında öngörülen özelliği ya da yükümlülüğü taşıması, suçun kanuni tanımında öngörülen özel haksızlığı gerçekleştirememesi ve özel ceza tehdidi altında bulunmamasıdır.

Meseleye Alman ceza hukuku açısından bakacak olursak, eğer sadece “*extraneus*”, özgü suç ile korunan hukuki değeri ihlal ederek iştirak etmişse, ağırlıklı

¹⁴⁴ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.165; Akbulut, **a.g.e.**, s.682; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.659.

¹⁴⁵ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.167, 171; Akbulut, **a.g.e.**, s.682; Aydın, **a.g.e.**, s.272.

¹⁴⁶ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.349; Aydın, **a.g.e.**, s.273.

Aydın’a göre, failliğin tespitinde “*fiil üzerinde hakimiyet kurma*” esas alınacaksa “*extraneus*”un müşterek fail olamaması tutarlı değildir (Aydın, **a.g.e.**, s.273). Oysaki daha evvel ifade ettiğimiz gibi özgü suçun unsurları aynı zamanda özgü suçun faili olabilmenin de koşuludur. Özgü suçtan fail olarak sorumlu olabilmek için fiil üzerinde hakimiyet kurma ve suçun kanuni tanımında öngörülen belirli özelliği ya da yükümlülüğü haiz olma koşulları birlikte gerçekleşmelidir.

olan görüşe göre ilgili özgü suçtan fail olarak cezalandırılmaz. “*Extraneus*”, “*intraneus*” ile işirliği içinde olsa dahi, özgü suçu fail olarak işleyemez, özgü suçtan ne dolaylı fail ne de müşterek fail olarak sorumlu olabilir¹⁴⁷. Özgü suçun faillik alanı dışında bulunan kişi yani “*extraneus*”, özgü suçlarda fail olarak dikkate alınmaz¹⁴⁸. Çünkü “*extraneus*”, özgü suçun ceza tehdidinde dahil değildir ve eğer suçun kanuni tanımında yer alan eylem, “*extraneus*” tarafından gerçekleştirilirse, suç tipinde eksiklik söz konusu olur¹⁴⁹. Bu yöndeki görüşe göre, özgü suçların haksızlık içeriğinde açıkça ayırt edilebilir iki unsur vardır: Herkes tarafından ihlal edilebilen hukuki değer ihlali ve sadece nitelikli özelliği haiz kimse tarafından gerçekleştirilebilen yükümlülük ihlali. Hukuki değerler herkes tarafından ihlal edilebilir, bu nedenle bir “*extraneus*”un özgü suça iştirak etmesi mümkündür ve bu bir haksızlıktır; diğer taraftan ise, özgü yükümlülüğü ancak “*intraneus*” ihlal edebilir ve özgü yükümlülüğü haiz olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen iştirakın her türü, özgü yükümlülük ihlali konusunda önemsizdir¹⁵⁰.

Suçun kanuni tanımında öngörülen özel niteliği haiz olmayan kişi fiil hakimiyeti kurmuş olsa, suçun tüm sürecine, her detayına hakim olsa dahi fail olarak değerlendirilemez. Bu görüşe göre, burada fiil hakimiyet kriteri, özgü yükümlülüğün yerine geçmektedir¹⁵¹. “*Extraneus*”, fail olarak sadece özgü suça karşılık gelen genel suçu işleyebilir. Eğer karşılık gelen böyle bir genel suç bulunmamakta ise, “*extraneus*”un fail olarak hareketi cezasız kalmaktadır, çünkü fail “*extraneus*” için cezayı genişleten hüküm bulunmamaktadır. Ağırlıklı olan görüşe göre, herkes özgü suçtan dolayı iştirake ilişkin genel kurallara göre azmettiren ya da yardım eden

¹⁴⁷ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.393.

¹⁴⁸ Freye, **a.g.e.**, s.18, 28; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.8, kn.19; Kindshäuser, **a.g.e.**, s.339, kn.51.

¹⁴⁹ Freye, **a.g.e.**, s.18, 20; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.8, kn.19.

¹⁵⁰ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.239, 240.

¹⁵¹ Kindshäuser, **a.g.e.**, s.339, kn.51.

Örneğin, Alm. CK § 266’da yer alan “*güveni kötüye kullanma*” suçunda spesifik bir güvene dayalı yükümlülük detaylı olarak tanımlanmaktadır. Bu yükümlülük olmaksızın malvarlığına zarar fiil hakimiyetine rağmen, failliği oluşturmaz, sadece şerik olunabilir. Aynı şekilde Alm. CK § 142’de yer alan “*izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma*” suçunda, yalnızca kazaya karışan kişilerin fail olabileceği açıkça ortaya konulmaktadır (Herzberg, **a.g.m.**, s.916). Örneğin, Alm. CK § 339’da yer alan “*hukuku kasten ihlal ederek yapılan uygulama*” suçunu hakim ya da suçun kanuni tanımında yer alan diğer kişiler fail olarak işleyebilir (Kindshäuser, **a.g.e.**, s.339, kn.51).

olarak cezalandırılabilir, çünkü bu hükümlerde “*extraneus*” için sınırlandırıcı koşul bulunmamaktadır. Ayrıca faillğe ilişkin Alm. CK. § 25’de de böyle bir düzenleme bulunmamaktadır, ancak buna rağmen kimse “*extraneus*”un özgü suçun faili (*dolaylı fail ya da müşterek fail olarak da değil*) olamayacağından haklı olarak şüphelenmez¹⁵². Diğer taraftan ceza hukuku literatüründe hiç kimse özgü suça iştirak eden “*extraneus*”un genel cezasızlığını kabul etmez, en azından böyle bir iştirakin genellikle belli durumlar için cezalandırılmaya değer olduğu kabul edilmektedir. Yürürlükteki yasada böyle bir cezayı genişleten hükmün varlığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumlara ilişkin hukuki neticeleri düzenleyen tek yasal düzenleme, ilgili suçta öngörülen özel kişisel unsur koşulunun iştirak edenlerin tümünde bulunmadığı Alm. CK § 28 hükmüdür¹⁵³. Alman doktrininde ağırlıklı görüşe göre, hem özgü suçlarda hem de bizzat işlenebilen suçlarda “*extraneus*” (*Außenstehende*) yalnızca şerik olabilir¹⁵⁴. Alm. CK § 28, “*extraneus*”un cezalandırılabilirliğinin kanuni olarak belirlendiği, düzenlendiği hükümdür. Alm. CK § 28’de cezalandırılabilirliğin temeli olan özel kişisel unsur, failde eksik ancak şerikte bulunmakta ise, yani fail “*extraneus*” ise, bu durum düzenlenmemiştir. Özel kişisel unsuru taşımayan fail cezalandırılabilir değildir ve neticede şerikin iştirak edebileceği ana fiil bulunmamaktadır¹⁵⁵. Ancak düşüncemize göre, Alm. CK § 28/1’de yer alan “*Failin cezalandırılabilmesinin sebebini oluşturan özel kişisel unsurlar şerikte yoksa, ...*” ifadesinin karşıt anlamından özel kişisel unsurun failde bulunmaması halinde cezasız kalacağı anlaşılmakta ve bu anlamda cezalandırma bakımından boşluk bulunmamaktadır. TCK m.40/2’de de “... ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir” ifadesinden açıkça özel niteliği haiz olmayan kişinin fail olamayacağı anlaşılmaktadır.

Alm. CK’nın faillğe ilişkin düzenlemesinde yer alan “*suçun birlikte icrası*” ifadesi, “*extraneus*”un müşterek fail karakteri için bir şey ifade etmemektedir¹⁵⁶. Müşterek faillikte isnadiyet esas olarak her bir müşterek failin suça objektif katkısı

¹⁵² Langer, *Die Sonderstrafat*, s.393.

¹⁵³ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.394.

¹⁵⁴ Kindhäuser, *a.g.e.*, s.339, kn.53.

¹⁵⁵ Schweinberger, *Strafrecht AT II*, s.111, kn.340.

¹⁵⁶ Nagler, *a.g.e.*, s.76.

ile sınırlıdır, özel subjektif cezalandırılabilirlik koşulunun eksikliği, daha doğrusu faile ilişkin özel niteliğin eksikliği Alm. CK § 25/2 ile aşılamaz¹⁵⁷. Yalnızca özgü suçun tek başına faili olabilecek kişilerin olası müşterek fail olarak dikkate alınabilmesi mümkündür. Özgü suçu tek başına işleyemeyen “*extraneus*”un müşterek fail olarak da işleyebilmesi kavramsal olarak mümkün değildir¹⁵⁸. Örneğin, kamu görevlisi olmayan bir kişi, bir kamu görevlisi ile birlikte ceza hukuku bakımından önemli bir haksızlığı bilerek ve isteyerek gerçekleştirse dahi kamu görevlileri tarafından işlenen suçlarda hiçbir zaman müşterek fail olamaz¹⁵⁹.

2. “*Extraneus*”un Özgü Suçlarda Dolaylı Fail Olarak Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Sorunsalı

“*Extraneus*”un özgü suçlarda dolaylı fail olarak cezalandırılıp cezalandırılmaması sorunsalında incelenmekte olan husus, “*extraneus*”un “*intraneus*”un fiili üzerinde hakimiyet kurması ve dolayısıyla “*intraneus*”u araç olarak kullanmasıdır. Bu halde, arka plandaki kişi “*extraneus*” olup, ön plandaki kişi “*intraneus*”tur. Bu kısımda, “*extraneus*”un özgü suçlarda dolaylı fail olup olamayacağı tartışılmaktadır.

Türk doktrininde bir görüş, “*extraneus*”un dolaylı fail olarak sorumlu olup olamayacağını incelerken “*intraneus*”un kasten hareket edip etmemesine göre ayırım yapmıştır. Bu görüşe göre, “*intraneus*” kasten hareket etmediğinde suç tipine nitelik

¹⁵⁷ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.196, 197, kn.524.

¹⁵⁸ Nagler, **a.g.e.**, s.79.

“*Extraneus*”un müşterek failliği, yalnızca fail olabilecek kişilerin müşterek fail olabilmesi sebebi ile reddedilir. Bu görüşü savunan yazarlar, subjektif açıdan hareket etmektedirler. Bu görüşe göre, failin kusuru açısından yaklaşılsa, o halde objektif esasın kesin haklılığı kaldırılmış olur. Kusur sorunu sadece gerçekten objektif hukuka aykırı neticenin “*intraneus*”tan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ile ilgilenmektedir. Subjektif hukuka aykırılığın şartı, objektif hukuka aykırılıktır (Nagler, **a.g.e.**, s.79 vd.).

¹⁵⁹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.197, kn.524.

Benzer yönde örnek için bkz: A kısa süre sonra cüzdan ve cüzdanın içindekilerinin O’ya iade edileceğini zannederken, Alm. CK § 249/1’de yer alan “*yağma*” suçunda gerekli olan mal edindirme amacı sadece B’de var ise, yani B yağma suçu için gerekli olan manevi unsur haiz ise, A’nın cezalandırılabilirliği, Alm. CK § 249/1 ve Alm. CK § 25/2’ye dayandırılmaz (Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.197, kn.524).

kazandıran özel haksızlık gerçekleşmemiştir¹⁶⁰. Yazara göre, iştirake ilişkin genel kurallar uyarınca “*extraneus*”un ne dolaylı failliği ne de şerikliği mümkün değildir. Bu halde “*extraneus*” cezasız kalmalıdır. Bu halde kanun koyucunun özel suç tipleri ihdas ederek bu boşluğu doldurması önerilmektedir. Bu görüşe göre, “*extraneus*”un kastsız hareket eden “*intraneus*”u bir özgü suç işlemeye sevk etmesi halinde gerçekleşen haksızlık, özgü suça mahsus bir haksızlık değildir, bu haksızlık “*extraneus*”un davranışından kaynaklanan haksızlıktır¹⁶¹. “*Extraneus*”un özgü suçta dolaylı fail olamayacağını kabul eden yazara göre, bir özgü suçun işlenmesini sağlamak amacıyla “*extraneus*”un “*intraneus*”a korkutma ya da tehdit uygulaması halinde, kastsız hareket etmeden farklı olarak korkutma ya da tehdit altında hareket eden “*intraneus*”, kanuni tanıma uygun haksızlığı gerçekleştirmiştir. Bu halde sırf yükümlülük suçu söz konusu ise, fiil hakimiyeti koşulunun gerçekleşmesi aranmadığından ve “*intraneus*” kanuni tanıma uygun haksızlık gerçekleştirdiğinden dolayı “*extraneus*”, “*intraneus*”un tipe uygun haksızlığından azmettiren olarak sorumlu olmalıdır¹⁶². Bu yöndeki bir başka görüşe göre, “*extraneus*”un arka planda olması halinde, “*extraneus*” fiil kastsız işlendiğinde şerik olamamakta ve özel faillik niteliğini haiz olmadığından dolaylı fail olamamaktadır¹⁶³. Bu yöndeki bir başka görüşe göre de, kast unsurunun aranması, taksirle hareket eden “*intraneus*”un “*extraneus*” tarafından araç olarak kullanılması durumunda fail olarak sorumlu tutulamamasına yol açmaktadır ve taksirli suçlara iştirak da mümkün olmadığından şerik olarak da sorumlu olamamaktadır. Bu görüşe göre, “*extraneus*” özel niteliği haiz olmadığı için dolaylı fail olarak cezalandırılmaz ise de, en azından azmettiren olarak cezalandırılması gerekir. Çünkü bağlılık kuralı anlamındaki kast ile hataya ilişkin kast ayrılmalıdır, bağlılık kuralında fiile ilişkin kast yeterli olmalıdır¹⁶⁴. Yine bu düşünceye göre, “*intraneus*”un kastsız olduğu halde “*extraneus*”un şerikliği üzerinde durulmalıdır. Eğer araç kasten hareket etmemişse, arkadaki kişinin şeriklikten sorumluluğu söz konusu olamaz, “*intraneus*”un hataya düşürülmesinde

¹⁶⁰ Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.122.

¹⁶¹ Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.208, 209.

¹⁶² Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.231.

¹⁶³ Mahmutoglu, Karadeniz, *a.g.e.*, s.961.

¹⁶⁴ Akbulut, *a.g.m.*, s.196, 197.

de “*extraneus*” özel niteliği haiz olmadığı için dolaylı fail olamaz, “*intraneus*”un kastı da olmadığından “*extraneus*” şerik olarak da sorumlu olamaz¹⁶⁵. Akbulut’a göre, “*extraneus*”un “*intraneus*”u kandırmak suretiyle suç işlemeye yöneltmesi halinde de, kastı olmayan kişiyi suç işlemeye azmettirmesi halinde de cezalandırılması gereklidir ve kanuna bu yönde düzenleme eklenmelidir. Bu görüşe göre, kastın suçun maddi unsurlarının bilinmesi olarak kabul edilerek “*extraneus*”un azmettiren olarak cezalandırılması gereklidir¹⁶⁶.

Türk doktrininde aksi yöndeki görüşe göre, dolaylı failliğin olduğu hallerde özgü suça ilişkin bağıllık kuralının uygulanmaması gereklidir. Bu görüşe göre dolaylı faillik hükmü bağıllık kuralına bir istisna getirmektedir, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi özgü suçun dolaylı faili olarak sorumlu olmalıdır. Örneğin, kamu görevlisi olmayan kişinin noteri aldatarak sahte belge düzenletmesi halinde noteri aldatan kişi yani “*extraneus*”, resmi belgede sahtecilik suçundan (TCK m.204/2) dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır¹⁶⁷. Kamu görevlisi olan kişi kastı olmaması dolayısıyla cezalandırılmazken, onu bu suçu işlemeye sevk eden kişi, kamu görevlisi niteliğini haiz kişinin yerine geçerek resmi belgede sahtecilik suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olur. Bu yöndeki görüşe göre, “*extraneus*”, “*intraneus*”u yanıltarak suç işlerse, özgü suçun kanuni tanımında öngörülen niteliklere kendisi haizmiş gibi sorumlu tutulur¹⁶⁸.

Bu yöndeki bir başka görüş ise, “*extraneus*”un “*intraneus*”u özgü suçu işlemeye sevk etmesi halinde, sözgelimi sivil kişinin bir kamu görevlisini işyerine ait bir bilgisayarı kendisine getirmesi hususunda zorlaması halinde, sivil kişiyi yani “*extraneus*”u zimmet suçundan fail olarak sorumlu tutmanın mümkün olup olmadığına ilişkin olarak dolaylı failliğin mümkün olmadığını, ancak TCK m.28 hükmüne başvurularak fail sayılmasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Bu halde de sadece maddi veya manevi cebir yolu ile doğrudan failin iradesi üzerinde hakimiyet kurulduğunda çözüm sağlanacağını, sadece bu hükme dayanıldığında da

¹⁶⁵ Akbulut, **a.g.e.**, s.661, 662; Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.208.

¹⁶⁶ Akbulut, **a.g.m.**, s.198; Akbulut, **a.g.e.**, s.661; Önok, **a.g.e.**, s.247.

¹⁶⁷ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1169; Demirbaş, **a.g.e.**, s.524.

¹⁶⁸ Demirbaş, **a.g.e.**, s.524.

“*extraneus*”un “*intraneus*” tarafından kastsız olarak işlenen fiilden ne şerik olarak ne de dolaylı fail olarak sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir¹⁶⁹. Düşüncemize göre, TCK m.28 hükmü “*extraneus*”un özgü suçlarda dolaylı fail olarak sorumlu tutulması meselesini çözmemektedir. Bu görüşümüzün ilk sebebi, özgü suçu oluşturan en temel unsurun failin suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği haiz oluşudur. Özgü suçun yapısı gereği özel niteliği haiz olmayan kişi fail olarak sorumlu olamaz. Aksi yöndeki kabul, özgü suçun varoluş sebebini ortadan kaldırır niteliktedir. İkinci sebebi, bu hususun normatif anlamda TCK m.40/2’de karşılık bulmasıdır. Bu hükme göre, özel niteliği haiz olmayan kişi özgü suçtan fail olarak sorumlu olamaz, ancak şerik olarak sorumlu olabilir. Üçüncü sebebi ise, TCK m.28’in cebir veya tehdit dışındaki halleri yani aracı kişinin kastsız hareket ettiği halleri çözmemesidir. Bu meselenin çözümüne ilişkin görüşümüze, dayanaklarına ve çözüm önerilerine aşağıda yer verilecektir.

Bir başka görüşe göre ise bu mesele, TCK m. 37/2 kapsamında dolaylı faillik hükmü gereğince çözümlenmelidir. Yazara göre, kamu görevlisini yanıltarak kamu görevlisine suç işleyen “*extraneus*”, dolaylı fail olarak sorumlu olmalıdır. Örneğin, “*extraneus*”un noteri yanıltarak sahte belge düzenletmesi halinde noteri aldatan kişi, resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faili olarak sorumlu olmalıdır, yine kamu görevlisinin zorla rüşvet alması durumunda da dolaylı faillik söz konusu olmalıdır¹⁷⁰.

Dolaylı faillğe ilişkin olarak 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay, yükümlülük suçunda “*intraneus*”un yanılığa düşürülerek suçun icrai hareketlerinin “*intraneus*” tarafından gerçekleştirilmesinin sağlanması halinde, “*extraneus*”un bahse konu özel yükümlülük suçundan sorumlu tutulamayacağı kanaatinde idi. Verdiği bir kararda da, sanıkların tapu görevlilerini aldatarak gerçeğe aykırı resmi belge düzenletmelerini herkes tarafından işlenebilen resmi belgede sahtecilik suçuna müşterek faillik olarak değerlendirmiştir¹⁷¹. 5237 sayılı TCK döneminde de Yargıtay’ın resmi belgede sahtecilik suçunda kamu görevlisinin yanıltıldığı hallerde

¹⁶⁹ Önok, **a.g.e.**, s.246, 248, 249.

¹⁷⁰ Aydın, **a.g.e.**, s.275, 276.

¹⁷¹ Yargıtay 6. CD., 08.03.1979 tarih ve 1616/1492 K. sayılı karar (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.119).

“extraneus”un TCK m.204/1’de yer alan suçun temel şeklinden sorumlu tuttuğu kararları bulunmaktadır¹⁷².

Yargıtay tarafından verilen yakın tarihli bir kararda ise, ehliyet almak için gerekli olan sınavlara girmeksizin sürücü kursu yöneticileri tarafından sahte sürücü sertifikası düzenlenmesini sağlayan kişinin bu eylem kapsamındaki ceza sorumluluğu tartışılmıştır¹⁷³. Ancak sahte sürücü sertifikasının düzenlenmesini

¹⁷² Yargıtay 11.CD., 10.10.2007 tarih ve 6405/6535 K. sayılı karar; Yargıtay 11.CD., 01.04.2008 tarih ve 6232/2318 K. sayılı karar; Yargıtay 11.CD., 20.02.2012 tarih ve 18475/1863 K. sayılı karar (Önok, a.g.e., s.248).

Yargıtay tarafından verilen bir kararda ise, “sanık İbrahim’in müdahil Bayram’a ait kimlik bilgilerini kullanıp ve kendisini Bayram olarak tanıtmak suretiyle sanık Mustafa S’nin da yardımı ile muhtar olan sanık Mustafa G’den nüfus cüzdanı talep belgesi aldığı, bu belgeyi kullanarak içerik bilgileri itibariyle sahte nüfus cüzdanı edindiği ve bu suretle sanık Mustafa S’nin sanık İbrahim’in eylemlerini kolaylaştırarak yardımda bulunduğu, muhtarın belirtilen belge içeriğinin doğru olmadığını bilerek düzenlediğinin kabul edildiği olayda, muhtar olan sanık Mustafa G’i sahte nüfus cüzdanı talep belgesi düzenlemeye azmettiren sanık Mustafa S’nin eyleminin 5490 sayılı Yasanın 67/1.maddesinde düzenlenen suça azmettirme kapsamında kaldığı gözetilmeden, yazılı şekilde sanık hakkında resmi belgede sahtecilik suçuna yardım etmekten hüküm kurulması” hukuka aykırı bulunmuştur (Yargıtay 21. CD., 22.10.2015 tarih ve 3157/4303 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, a.g.e., s.600).

Bahse konu kararda, “extraneus” olan sanık İbrahim, kamu görevlisi olan muhtara içerik itibariyle sahte bilgiler vererek nüfus cüzdanı edinmiş olmakla birlikte muhtarın içeriğinin sahte olduğu hususunda bilgisi olması, kastının olması dolayısıyla dolaylı faillikten söz edilemez. Düşüncemize göre karara konu olayda muhtar, “intraneus” olarak resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinin doğrudan faili olmaktadır. “Extraneus” sanık İbrahim ise, TCK m.206’da yer alan “resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan” suçunun faili olmalıdır. Ayrıca karara konu olayda, sanık Mustafa S’nin sanık İbrahim’e yardım ettiği kabul edilmekle birlikte azmettiren olarak sorumlu tutulmasına yönelik kanaatin gerekçesi anlaşılmamaktadır.

¹⁷³ “Sanık hakkında, ilgili kurumlara gitmediği, muayene olmadığı, gerekli parayı ödemediği, yazılı ve direksiyon sınavlarına girmediği halde kursun yöneticileri tarafından düzenlenen motorlu taşıt sürücü sertifikası ve diğer belgelerle Çerkezköy İlçe Tescil Büro Amirliğine başvurarak kendi adına sahte içerikli ehliyet düzenlenmesini sağladığının iddia olunduğu olayda; kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçunun özgü suç niteliğinde olduğu ve bu suçun sadece kamu görevlisi olan ve bu nedenle özel fail olarak nitelendirilen kişiler tarafından işlenebileceği, özel faillik niteliğini taşımayan suç ortaklarının ise gerçekleşen fiilden dolayı 5237 sayılı Kanun’un 40.maddesinde düzenlenen bağluluk kuralı uyarınca sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabileceği, dolayısıyla özel faillik niteliğini taşımayan kişilerin özgü suça TCK’nın 37.maddesi kapsamında müsterek fail olarak iştirak edemeyeceği ancak şerik olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, teorik ve direksiyon eğitimi sınavına girmeden motorlu taşıt sürücü sertifikası alamayacağını bilen sanığın, Özday 2.Özcan Sürücü Kursu yöneticilerine başvurup kendisine sahte sürücü sertifikası düzenleme hususunda teklifte bulunmayan yöneticileri suç işlemeye azmettirerek sahte sürücü sertifikası düzenlettirdiği, düzenlenen bu sertifika ve diğer belgelerle Çerkezköy İlçe Tescil Büro Amirliğine başvurarak suça konu sahte sürücü belgesini aldığı olayın sübutu halinde sanığın kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçuna azmettiren olarak cezalandırılması gerekeceği, bu husus yasaca açık olarak düzenlendiğinden, faillığe göre şeriklik halinin tali norm niteliğinde olduğundan bahisle sanığın eyleminin TCK’nın 204.maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmelidir”. Bkz: Yargıtay CGK., 11.04.2019 tarih ve 2018/189 E., 2019/350 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 31.10.2019).

sağlayan kişinin bu belgeyi kullanarak yetkili kişileri hataya sevk etmek suretiyle elde ettiği sahte sürücü belgesinden dolayı ceza sorumluluğu tartışılmamıştır.

Düşüncemize göre, karara konu olayda sürücü kursu yöneticileri 5580 sayılı Kanun m.9 hükmü gereğince kamu görevlisi sayıldıklarından sahte sürücü belgesine öncel sahte sürücü sertifikasını düzenleyerek yetkili kişileri hataya sevk ettiklerinden nitelikli resmi belgede sahtecilik suçunun (TCK m.204/2) dolaylı faili olarak sorumlu tutulmalıdırlar. Sahte sürücü sertifikasını kullanan kişi ise, kamu görevlisi olmadığı, “*extraneus*” olduğu için dolaylı fail olarak sorumlu olmamalı, ancak fiil üzerinde hakimiyet kurduğu için resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinden (TCK m.204/1) müstakil fail olarak sorumlu olmalıdır. Ancak bu halde de fiil tipik olmamaktadır. Çünkü karara konu olaydaki fiil, TCK m.204/2’de yer alan, bununla birlikte TCK m.204/1’de yer almayan “*gerçeğe aykırı olarak belge düzenleme*” fiilidir. “*Extraneus*”un TCK m.204/1’den sorumlu olması, gerçek olmayan özgü suçlarda dolaylı failin suçun temel şeklinden sorumlu tutulması anlayışımız ile bağdaşmasına rağmen, resmi belgede sahtecilik suçu bakımından fiilin tipik olmaması sorununu da beraberinde getirmektedir. Bu halde düşüncemize göre, olan hukuk (*de lege lata*) bakımından karara konu olayda “*extraneus*”un TCK m.206’da yer alan “*resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan*” suçundan sorumlu olması gereklidir. Olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından ise, kamu görevlisinin hataya düşürülmesi fiilinde TCK m.206 ile sorun çözülürken kamu görevlisine cebir yahut tehdit uygulamak suretiyle gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi fiilinde cezalandırma boşluğu olduğundan ve bu durum da cezalandırma bakımından adaletsizliğe yol açtığından ayrı bir suç ihdas edilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Kamu görevlisinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle resmi belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesinin sağlanması veya böyle bir belgenin kullanılması fiillerinin daha geniş bir anlatımla resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faillik yoluyla işlenmesinin ayrı bir suç olarak ihdas edilmesini önermekteyiz. Alm. CK. § 271’de de benzer şekilde resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faillik yolu ile işlenmesi “*resmi belgeleri dolaylı olarak gerçek dışı düzenleme*” başlığı ile ayrı bir suç olarak düzenlemiştir.

Alman doktrininde hakim olan görüşe göre, “*extraneus*”un özgü suçlarda dolaylı fail olarak sorumluluğu kabul edilmemektedir. Şöyle ki;

Bir görüşe göre, özgü suçlarda özel nitelik sadece araç kişide bulunmakta ise, dolaylı faillik elenir. Bu da, her şeyden önce kast olmaksızın hareket eden özgü yükümlülük altındaki araç kişi alanında cezalandırma boşluklarına yol açar. Pratikte en çok karşılaşılan durum, maddi menfaati olan arka plandaki kişinin özgü yükümlülük altındaki ön plandaki kişiyi belirli bir faaliyet için izin gerekmediği hususunda yanıltması ya da böyle bir hatadan faydalanmasıdır. Tıpe uygun olmayan ve hukuka uygunluk sebebi içerisinde araç kişinin hareket ettiği hallerde, elverişli olmayan fail cezalandırılmaz¹⁷⁴. Benzer yöndeki bir görüşe göre de örneğin, kamu görevlisi olmayan T, bir kamu görevlisini silah zoru altında görev başında sahte belge düzenlemeye zorluyor ise, özgü suçun mahiyetini oluşturan ve fail olarak cezalandırılabilirliğin temel sebebini oluşturan kamu görevlisi niteliği eksik olduğundan Alm. CK § 348/1’e dolaylı faillikten cezalandırılmaz, sadece resmi belgede sahtecilik suçuna azmettiren olarak sorumlu olur¹⁷⁵. Yine benzer yöndeki bir görüşe göre, Alm. CK § 25/1/c.2’ye göre, arka plandaki kişi fail olduğundan elverişli süje olmalıdır. Bu nedenle dolaylı faillik arka plandaki kişide fail niteliğinin eksik olduğu ya da kişinin fiili bedensel ya da kişisel olarak icrasının gerekli olduğu hallerde elenir. Bundan dolayı gerçek özgü suçlarda ve bizzat işlenebilen suçlarda dolaylı faillik mümkün değildir¹⁷⁶. Bu yönde başka bir görüşe göre, manevi fail (*die geistige Urheber*) suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği (*sözgelimi kamu*

¹⁷⁴ Rengier in: **Karlsruher Kommentar zum OWIG**, kn.95, 98.

¹⁷⁵ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.701, kn.122.

Alman doktrininde bir başka görüş ise, bu durumda “*extraneus*”un resmi belgede sahtecilik suçuna azmettirmeden değil de, Alm. CK § 271’de yer alan dolaylı resmi belgede sahtecilik suçundan fail olarak cezalandırılması gerektiği görüşündedir. Şöyle ki;

Örneğin, P, tapu sicil memuru B’ye tapu siciline ilişkin sahte bir noter belgesi sunar. B, belgenin sahte olduğunu fark etmez ve sahte belgeyi tapu siciline kaydeder. B kastı bulunmadığından dolayı Alm. CK § 348’de yer alan resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılmaz. P’nin dolaylı failliği, kamu görevi niteliği eksikliğinden dolayı başarısızlığa uğramıştır. Ancak P, Alm. CK § 271’de yer alan dolaylı resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılabilir (Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.41, kn.123).

¹⁷⁶ Weddig, **a.g.e.**, s.20; Ulrich Stein, **Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre**, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, s.18.

görevlisi niteliğini) haiz değil ise, yürürlükteki düzenlemeye göre cezasız kalır¹⁷⁷. Aynı yönde bir başka görüşe göre de, özgü suçlarda dolaylı faillik en azından “*intraneus*”u aracı olarak kullanan “*extraneus*” bakımından mümkün değildir. Bu anlayış, bizzat işlenebilen suçlardaki problemi kuşkusuz çözmemektedir, ancak bir taraftan dolaylı işlenen fiili dışladığı için bazı durumlarda soruyu basitleştirmektedir. Tanık olmayan bir kimsenin bir tanığı yalan ifade vermeye zorlaması halinde fiil hakimiyetine rağmen fail olamaması kesinlikle doğrudur. Peki bu sonuç, 160.paragraftan mı kaynaklanmaktadır? Hayır, çünkü bu kural olmasaydı, tüm koşullar gerçekleşmiş olsaydı dahi, tanık olmayan arka plandaki kişi, tanık olarak yalan ifade veren kişi yani suçun süjesi olamazdı¹⁷⁸. Benzer yönde başka bir görüşe göre, kamu görevlisi niteliği gibi failin özel niteliği haiz olmasının gerektiği gerçek özgü suçlarda eğer arkadaki kişi özel niteliği haiz değil ise, dolaylı faillik mümkün değildir. Örneğin, A, hakim R’yi bir yargılamada B’nin arkadaşı hakkında hukuksal duruma aykırı olarak beraat kararı vermediğinde kendisi ve ailesini öldüreceği hususunda tehdit eder. Burada A, Alm. CK § 339’da yer alan “*hukuku kasten ihlal ederek yapılan uygulama*” suçu, sadece hakim tarafından işlenebileceğinden bu suçta dolaylı fail olamaz. Bu olaylarda dolaylı faillik mümkün olmasa da, eğer araç kişi kasten ve hukuka aykırı hareket eder, ancak kusurlu olmaz ise, sıklıkla azmettirme düşünülebilir¹⁷⁹. Freye de, özgü suça örnek olarak gösterdiği Alm. CK § 173’de yer alan “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*” suçuna ilişkin olarak, bu akrabalık ilişkisi kapsamına girmeyen üçüncü kişinin dolaylı fail olarak değerlendirilemeyeceğini, çünkü dolaylı failin sadece doğrudan tek başına suç işleyebilecek kişi olabileceğini ifade etmiştir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Freye, **a.g.e.**, s.28.

¹⁷⁸ Herzberg, **a.g.m.**, s.916.

¹⁷⁹ Kasiske, **a.g.e.**, s.71, kn.194.

¹⁸⁰ Freye, **a.g.e.**, s.32.

Tam tersi durumda, örneğin bir erkek kardeş, kız kardeşinden cinsel olarak faydalanması için bir akıl hastasını azmettirdiğinde, ensest suçunda dolaylı faillik olmaz. Çünkü bu suç akrabalar arasında işlenir. Görülmektedir ki bu suçlarda “*extraneus*”un failliğinin doğrudan ya da dolaylı olması dikkate alınmaz (Freye, **a.g.e.**, s.32, 33).

“*Bindungsdelikte*” yani “*yakın ilişkili suçlar*” olarak adlandırılan bu suçlarda dolaylı faillik kavramsal olarak sadece iki ya da daha fazla aynı biçim ve türde aynı yakın ilişkide bulunan kişiler bakımından mümkündür. Çünkü suç ile korunan hukuki değer yalnızca bu kişiler tarafından ihlal

Alm. CK § 160'da düzenlenen “gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme” ve Alm. CK § 271'de yer alan “resmi belgeleri dolaylı olarak gerçek dışı düzenleme” suçu, özgü suçlarda dolaylı faillik durumunu özel olarak düzenlemektedir ve bu suçlarda genel kurallara göre dolaylı faillik mümkün değildir¹⁸¹. Alm. CK § 271'de yer alan “resmi belgeleri dolaylı olarak gerçek dışı düzenleme” suçunda kamu görevlisi niteliğini haiz olmayan arka plandaki kişinin cezalandırılabilirliği açık bir şekilde düzenlenir iken, Alm. CK § 160'da yer alan suç ile dolaylı failliğin özel bir durumu düzenlenmiştir. Alm. CK § 25/1/c.2 uyarınca genel kurallara göre suç süjesinde elverişlilik eksik ise, ceza kanunun özel kısmında kanunda düzenlenen münferit özgü suçlar tesis edilerek cezai sorumluluktaki boşluklar kapatılmıştır¹⁸². Alm. CK § 160 düzenlemesi ile kanun koyucu belli hukuki değere yönelik ihlalin dolaylı faillikle işlenmesini ayrı bir suç tipi olarak ihdas etmiştir. Özgü suç ve bizzat işlenebilen suçlarda genel kurallara göre cezalandırılmayan dolaylı failliğin özel hükümlerde cezalandırılması halinde, arka plandaki kişinin bu hükümlere göre cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ya da

edilebilir. Bkz: Freye, **a.g.e.**, s.33. Bu suçlar özetle; belirli akrabalık ilişkisi içerisinde bulunan kişiler tarafından işlenen suçlar, yemin suçları, gerçek ihmali suçlar ve birçok münferit suçlar (*mahpusun kaçmasını sağlama suçu, suçun ihbar edilmemesi suçu, ebeveyn tarafından terk suçu, rehlinli malı hakkı olmadığı halde kullanma suçu*) gibi suçlardır (Freye, **a.g.e.**, s.32-37). Yazarın eserinde bahsetmiş olduğu ve daha sonra yürürlükten kaldırılmış olan suçlara yer vermemiş bulunmaktayız.

¹⁸¹ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.701, kn.123.

Alm. CK § 160'da düzenlenen “gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme” suçu ile yalan yere yemin suçunda dolaylı faillik imkansız hale gelmiştir ve bu suçlarda manevi faillik özel bir suç tipi haline getirilmiştir (Freye, **a.g.e.**, s.20, 33; Herzberg, **a.g.m.**, s.916). Tanıklık suçlarının bizzat işlenebilirliğinin tartışmasızlığı, Alm. CK § 160'a dayanmaktadır. Bu hüküm, kanun koyucunun görüşünün yemin ve tanıklık suçlarının dolaylı faillik ile işlenemeyeceği yönünde olduğunu göstermektedir (Herzberg, **a.g.m.**, s.916.). Böylece “yalan yere yemin” suçu, bizzat işlenebilen suç olarak kanunen saptanmıştır. Alm. CK'da dolaylı failliği dışlayan başkaca bir hüküm bulunmamaktadır (Freye, **a.g.e.**, s.20). Freye, Alm. CK'da § 160 dışında dolaylı failliği dışlayan bir hüküm olmadığını ifade etse de, § 271'de yer alan suç da esasen resmi belgede sahtecilik suçu bakımından dolaylı failliğin dışlandığının bir örneğidir.

Örneğin, Z, bir ceza yargılamasında tanık olarak çağrılır. Tanık beyanından önce V, Z'nin ifadesini manipüle etmeyi başarır. Z, V'nin manipülasyonu ile objektif olarak gerçeğe uymayan bir şekilde bilgisi ve vicdanına göre yeminli ifade verir. Z, kast eksikliği nedeni ile Alm. CK § 154'de yer alan yalan yere yemin suçundan değil, Alm. CK § 161'de yer alan taksirle işlenen yalan yere yemin suçundan cezalandırılabilir hale gelmiştir. V için dolaylı faillik düşünülebilse de, tanıklık suçları bizzat işlenebilen suçlar olduğundan tanık olmayan kişi tarafından yani üçüncü kişi tarafından işlenemez, sadece tanık tarafından işlenebilir. Sonuç olarak V, yalnızca Alm. CK § 160'da yer alan gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme suçundan cezalandırılabilir (Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.41, kn.123).

¹⁸² Jörg Weddig, **Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle**, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008, s.20.

sadece Alm. CK § 348’de yer alan “görev başında sahte belge düzenleme” suçuna yahut Alm. CK § 153, 154’de düzenlenen “yalan tanıklık” ve “yalan yere yemin” suçlarına azmettirmenin kabul edilip edilmeyeceğine dair soruya cevap verilmesi gereklidir¹⁸³. Düşüncemize göre, Alm. CK’da dolaylı failliğin özel bir biçimde suç tipi olarak düzenlendiği hallerde (§ 160; § 271), suçun dolaylı fail olarak işlenmesinin özel olarak düzenlenmediği suçlara (§ 348; § 153; § 154) şeriklikten ziyade özel suç tipinden doğrudan fail olarak sorumlu tutulmaları gereklidir. Benzer kavramlar ile ilişki bağlamında bu konuya ilişkin görüşümüzü izah ettiğimizden dolayı tekrar olmaması adına bu kısma atıf yapmak ile yetiniyoruz.

Özgü suçlarda dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilmek için suçun kanuni tanımında öngörülen faillik alanı sınırları içerisinde bulunmak, fail bakımından öngörülen belirli özelliği ya da yükümlülüğü haiz olmak ve araç kişinin fiili üzerinde hakimiyet kurmuş olmak gereklidir. Bu açıdan bakıldığında “*extraneus*”, fiil hakimiyeti kurmuş olsa dahi suçun kanuni tanımında öngörülen özelliği ya da yükümlülüğü haiz olmadığı için özgü suçun faili olamaz. Burada müstakil ve müşterek faillikten farklı olan ve özellik arz eden hususlar, “*intraneus*”tan başka kimsenin fail olamayacağına ilişkin kuraldan faydalanılarak “*intraneus*”un araç olarak kullanılması, bu kişinin iradesinin “*extraneus*” tarafından ele geçirilmesi ve suçun özel haksızlığı gerçekleştirebilecek olan kişiye işletilmesi ve “*extraneus*”un kendisinin özel haksızlığı gerçekleştiremeyecek ve bu haksızlıktan dolayı cezalandırılmayacak olmasıdır.

“*Extraneus*”un özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olmayacağını kabul etmekle birlikte ceza sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin değerlendirmede, iki aşamalı bir yol izlenmesini önermekteyiz. Öncelikle gerçek ve gerçek olmayan özgü suç arasında ayırım yapılması ve ikinci olarak “*intraneus*”un kasten hareket edip etmemesinin dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Gerçek özgü suçta, “*intraneus*” kasten hareket etmemekte ise “*extraneus*”un özgü suçtan dolayı şerik olarak ceza sorumluluğu olmaz.

¹⁸³ Baumann, Weber, Mitsch, a.g.e., s.721, 722, kn.29.

Düşüncemize göre “*extraneus*”un fiili, başkaca bir genel suçu oluşturmakta ise “*extraneus*”un genel suçtan dolayı fail olarak sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Ancak “*extraneus*”un fiiline uyan bir genel suç bulunmamakta ise bu halde fiili cezasız kalmaktadır. Burada düşüncemize göre, cezalandırma açısından boşluk olsa dahi, ceza adaletsizliği bulunmamaktadır. Çünkü özgü suçlardaki özel haksızlık ve bu suçlar ile korunan hukuki değer ancak “*intraneus*” tarafından ihlal edilebilir. Dolayısıyla kanun koyucunun bilinçli olarak faillik alanı içerisine almadığı bir kişinin işlediği fiilin suç teşkil etmemesi dolayısı ile cezalandırılmaması da yerinde olup, bu durum ceza adaletsizliğine yol açmamaktadır. Bu halde “*extraneus*”, “*intraneus*”u hataya düşürmek suretiyle suç işlemeye yönlendirirse sorumlu olacak mıdır? Örneğin, bankada çalışan müşteri temsilcisinin havale işlemlerini yapma hususunda yetkili olan diğer çalışanını gerçekte müşterinin havale talimatı olmamasına rağmen, yanıltarak varmış gibi havale işlemi yaptırması gibi. Bu suç, ilk bakışta Bankacılık Kanunu’nda yer alan zimmet suçudur (BK. m.160). Bu suç, gerçek özgü suçtur. Müşterinin talimatı olmaksızın havale işlemi yapan kişi, işlem yetkilisidir; onu yanıltan kişi ise, bu işlemi yapma yetkisi bulunmayan müşteri temsilcisidir. Bu örnekte, ön plandaki kişi, “*intraneus*”tur, arka plandaki kişi ise, “*extraneus*”tur. Burada arka plandaki “*extraneus*”un kastsız hareket eden ön plandaki “*intraneus*”u hataya sevk etmek suretiyle fiili üzerinde hakimiyet kurması söz konusudur. Bu haliyle dolaylı failliğin genel koşulu gerçekleşmiştir. Ancak “*extraneus*”, özgü suçtan fail olmak için gerekli olan kamu görevlisi niteliğini haiz olmadığı ve zilyetlik kendisine devredilmediği için bankacılık zimmeti suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olamaz. “*Intraneus*” kastsız hareket ettiği için “*extraneus*”, özgü suçtan şerik olarak da sorumlu olamaz. Ancak “*extraneus*”un fiiline karşılık gelen dolandırıcılık suçundan (TCK m.157) fail olarak sorumluluğu söz konusu olabilir.

Gerçek özgü suçta “*intraneus*”, kasten hareket etmekteyse sözgelimi cebir ya da tehdit altında suçu işlemiş ise, “*extraneus*” özgü suçtan şerik olarak sorumlu olabilir. Düşüncemize göre “*extraneus*”un fiili, genel bir suçu oluşturmakta ise bu suçtan dolayı failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince fail olarak sorumlu olabilir.

Örneğin bir kişinin, bir annenin çocuğunu beslemesine zorla engel olmak suretiyle aç kalarak ölmesine sebep olması gibi. Bu örnekte, kasten öldürmenin ihmali davranış ile işlenmesi suçu (TCK m.83) söz konusudur. Bu suç, gerçek özgü suçtur. Ön plandaki kişi yani anne, “*intraneus*”tur ve arka plandaki kişi “*extraneus*”tur. “*Intraneus*”, burada kasten hareket etmektedir. Bu halde “*intraneus*” kasten hareket ettiği için “*extraneus*”, gerçek özgü suça azmettiren olarak sorumlu olabilir. Bu örnekte, “*extraneus*”, “*intraneus*”un kusurluluğu ortadan kalksa dahi kasten hareket ettiği için kasten yaralamanın ihmali davranış ile işlenmesi suçuna azmettirmekten sorumlu olur. Ayrıca burada düşüncemize göre, “*extraneus*”un fiili ile çocuğun ölmesi neticesi arasında nedensellik bağı bulunmakta ve “*extraneus*”un fiil üzerinde hakimiyeti bulunmaktadır. Burada “*extraneus*”, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundaki özel haksızlığı gerçekleştirmese de, kasten öldürme suçunun temel şeklindeki haksızlığı gerçekleştirdiğinden bu suçtan fail olarak sorumlu olabilir. Neticede olayda, “*extraneus*” kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan (TCK m.83) azmettiren ve kasten öldürme suçundan (TCK m.81) fail olarak ve failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince de TCK m.81’den fail olarak sorumlu olmalıdır.¹⁸⁴ Örneğin, bir kişinin banka görevlisinden silah zoru ile para alması halinde Bankacılık Kanunu’nda yer alan zimmet suçu (BK. m.160) söz konusu olur. Bu suç, gerçek özgü suçtur. Ön plandaki kişi yani banka görevlisi, “*intraneus*”tur ve arka plandaki kişi “*extraneus*”tur. “*Intraneus*”, burada kasten hareket etmektedir. Bu halde “*intraneus*” kasten hareket ettiği için “*extraneus*”, gerçek özgü suça azmettiren olarak sorumlu olabilir. Ayrıca burada düşüncemize göre, “*extraneus*”un fiili ile paranın alınması neticesi arasında nedensellik bağı bulunmakta ve “*extraneus*”un fiil üzerinde hakimiyeti bulunmaktadır. Burada “*extraneus*”, zimmet

¹⁸⁴ Türk doktrinde aksi yöndeki görüşe göre, gerçek olmayan ihmali suçlarda yani ihmali özgü suçlarda, garantörün harekete geçmesi engellenerek neticenin gerçekleşmesinin sağlandığı hallerde ihmali suça dolaylı faillik söz konusu olur. Örneğin, boğulmak üzere olan ve onu kurtarma yükümlülüğü bulunan garantörün silahla tehdit edilerek garantör yükümlülüğünün yerine getirilmesine engel olunması halinde, silahla tehdit ederek garantörün iradesi üzerinde hakimiyet kuran kişinin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gereklidir (Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.470; Önok, **a.g.e.**, s.242; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.663; Özen, **a.g.e.**, s.562). Burada ihmali suça icrai bir hareket ile iştirak söz konusudur (Önok, **a.g.e.**, s.242). Bu halde esasen “*extraneus*”un ihmali özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumluluğu kabul edilmiş olmaktadır.

suçundaki özel haksızlığı gerçekleştiremese de, yağma suçundaki haksızlığı gerçekleştirdiğinden bu suçtan fail olarak sorumlu olabilir. Neticede “*extraneus*”, bankacılık zimmeti suçundan (BK. m.160) azmettiren ve yağma suçundan (TCK m.148) fail olarak ve failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince de TCK m.148’den fail olarak sorumlu olur.

Gerçek olmayan özgü suçta ise, “*intraneus*”un kasten hareket edip etmesine göre ayırım yapılmasına gerek olmaksızın “*extraneus*”un özel faillik niteliğini haiz olmadığından bu suçtan sorumlu tutulamayacağını, ancak suçun herkes tarafından işlenebilen temel şeklinden dolayı sorumlu olacağını düşünmekteyiz. Örneğin, “*extraneus*” bir kimseyi hataya düşürerek bu kişinin kendi babasını öldürmesini sağlarsa kasten öldürme suçunun üstsoy, altsoy, eş ya da kardeşe karşı işlenmesi (TCK m.82/1/d) suçundaki özel faillik niteliğini haiz olmadığından kasten öldürme suçunun temel şeklinden fail olarak sorumlu olmalıdır.

III. ÖZGÜ SUÇLARDA ŞERİKLİK VE BAĞLILIK KURALI

A. Özgü Suçlarda Şeriklik

1. Genel Açıklamalar

İştirak, tek kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun birden fazla kişinin önceden işbirliği yapmaları neticesinde gerçekleştirilmesidir (*concursum plurium in idem delictum*)¹⁸⁵. İştirak, yabancı bir suça katılım anlamına gelmektedir ve bu katılım ile suçun işlenmesine sebep olunur ya da işlenmesi desteklenir¹⁸⁶. Birden fazla kişi tarafından işlenen suçlarda her bir suç ortağı fiilin oluşumuna illi

¹⁸⁵ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.655; Demirbaş, **a.g.e.**, s.492; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.480; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.316; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.447; Akbulut, **a.g.e.**, s.650; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.543; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.324; Önok, **a.g.e.**, s.36; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.641; Soyaslan, **a.g.e.**, s.476; Birtok, **a.g.e.**, s.357; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.520; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.859; Gökçen, Balci, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.166; Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2488; Yeşil, **a.g.m.**, s.95; Özen, **a.g.m.**, s.239; Erdem, **a.g.m.**, s.205; Kaymaz, **a.g.m.**, s.118; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.655.

¹⁸⁶ Tofahm, **SAT-II**, s.92, kn.126; Kasiske, **a.g.e.**, s.63, kn.170; Robbers, **a.g.e.**, s.116, kn.449; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.143.

değeri olan bir katkı sunmaktadır¹⁸⁷. İştirak bir başkasının eylemine cezalandırılabilir katkıda bulunmaktır¹⁸⁸. Birden fazla kişi tarafından işlenen suçlarda katılanların sorumluluğunun belirlenmesine ihtiyaç duyulur ve ihtiyaç duyulan bu kuruma “*iştirak*” denilmektedir¹⁸⁹. İştirak, fiil açısından gösterdiği özellikler nedeniyle ve bir kişinin işleyebileceği suçun birden fazla kişi tarafından işlenebilmesi dolayısıyla tipikliğin objektif unsurlarından fail ile ilgilidir¹⁹⁰. Suça iştirakın koşulları, failin kararlaştırılan suçun icrasına başlamış olması, failinin fiilinin kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi, birden çok kişinin birden çok fiilinin bulunması, suça katılanların nedensel katkılarının bulunması ve birden çok kişinin failin suçuna iştirak iradesi ile hareket etmiş olmasıdır¹⁹¹. İştirak kuralları, tali ve tamamlayıcı niteliktedir¹⁹².

Türk ceza hukuku açısından suça iştirak, dar fail anlayışı esas alınarak ve 765 sayılı TCK’da olduğu gibi ikilik sistem benimsenerek düzenlenmiştir¹⁹³. TCK’da iştirak, faillik ve şerikliği kapsayan üst kavram olarak kabul edilmiş ve şeriklik ise azmettirme ve yardım etmeyi kapsamaktadır¹⁹⁴. Alman ceza hukukunda

¹⁸⁷ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.519; Gökçen, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.166.

¹⁸⁸ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.209, kn.555.

¹⁸⁹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.549.

¹⁹⁰ Akbulut, **a.g.e.**, s.670.

¹⁹¹ Zafer, **a.g.e.**, s.385, 386; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.325; Birtek, **a.g.e.**, s.360-366; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.863, 864; Özen, **a.g.m.**, s.240-243; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.329; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.563, 564; Soyaslan, **a.g.e.**, s.483; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.567-601; Önok, **a.g.e.**, s.81; Aydın, **a.g.e.**, s.79; Özen, **a.g.e.**, s.564-575; Kaymaz, **a.g.m.**, s.119.

¹⁹² Demirbaş, **a.g.e.**, s.493; Zafer, **a.g.e.**, s.382; Akbulut, **a.g.e.**, s.688; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Cilt:2, s.545; Önok, **a.g.e.**, s.36; Aydın, **a.g.e.**, s.53; Akbulut, **a.g.m.**, s.176; Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2488.

Türk doktrininde bir görüşe göre, iştirakın tali ve tamamlayıcı nitelikte olması anlayışı, iştirak edenin cezalandırılması için tipik bir davranışın gerekli olması hatalıdır. İştirak edenlerin hiçbirisinin tipik fiili gerçekleştirmediği, böylece suçun bireysel davranışların birlikteliğinden kaynaklandığı hallerde iştirak edenlerin cezalandırılmasını açıklayamamaktadır (Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.322).

¹⁹³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.449; Önok, **a.g.e.**, s.47; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.647; Yurtcan, **a.g.e.**, s.781; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.863; Özen, **a.g.e.**, s.545; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.553; Erdem, **a.g.m.**, s.204.

765 sayılı TCK’da “*asli*” ve “*fer’i*” iştirak ayrımı yapılmış, “*asli iştirak*” faillığe karşılık gelmekte ve “*asli maddi iştirak*”, “*asli manevi iştirak*” ayrımı yapılmakta, “*asli maddi iştirak*”, faillığe karşılık gelmekte, “*asli manevi iştirak*” azmettirmeye karşılık gelmekte, “*feri iştirak*” da maddi ve manevi olarak ayrılmakta, yardım etmeye karşılık gelmektedir.

¹⁹⁴ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.449; Akbulut, **a.g.e.**, s.670; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.278, 279; Demirel, **a.g.e.**, s.162;

da ikilik sistem benimsenmekte; suça iştirak üst başlığı altında faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmakta; faillik, müstakil, müşterek ve yan yana faillik olarak ayrılmakta; şeriklik, azmettirme ve yardım etme olarak ayrılmaktadır¹⁹⁵. Suçun kanuni tanımında yer alan fiilin gerçekleştirilmesi suretiyle fail olarak ya da tipik hareketi gerçekleştirmemek ile birlikte suça katkı sağlayarak şerik olarak suça iştirak edilebilir.

Şerikliğe ilişkin kurallar, özgü suç bakımından birçok yönden özellikler ve farklılıklar taşımaktadır. Özgü suça iştirakin cezalandırılıp cezalandırılmaması ya da nasıl cezalandırıldığı sadece genel iştirak kuralları ile belirlenemez. Ancak özgü suçu sadece bir suç grubu olarak karakterize eden anlayış, genel suç ile arasındaki farklılıkları redderek genel suçlara ilişkin kuralları uygulamayı kabul etmektedir¹⁹⁶.

Bu kısımda, “*intraneus*”un özgü suçlarda ve genel suçlarda şerik olarak sorumluluğu, “*extraneus*”un özgü suçlarda şerik olarak sorumluluğu ve “*extraneus*”un ihmali özgü suçlarda şerik olarak sorumluluğu ayrı ayrı incelenecektir. Özgü suç bakımından şerikin ceza sorumluluğundaki farklılıkların anlaşılması için öncesinde şerikliğe ilişkin genel bilgilere yer verilmesinde fayda bulunmaktadır.

Şerik, bir başkasının fiilini destekleyerek ya da teşvik ederek hukuki değere saldıran önemsiz bir figürandır¹⁹⁷. Şerik başkasının işlediği fiile iştirak etmektedir. Şeriklerin suç teşkil eden haksızlığa katkı sağlamaları dolayısıyla suça iştiraktan dolayı cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Şerikin kastı, suçun tamamlanmasına

Taşkın, **a.g.e.**, s.120; Önok, **a.g.e.**, s.36; Birtok, **a.g.e.**, s.359; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.520; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.863; Özen, **a.g.e.**, s.545; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.553; Gökçen, Balci, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.167; Yeşil, **a.g.m.**, s.96; Erdem, **a.g.m.**, s.204.

¹⁹⁵ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.330, kn.1, 2; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.262, kn.1, 3; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.1, kn.1; Bock, **a.g.e.**, s.594; Heinrich, **a.g.e.**, s.505, § 1173, 1174; Kasiske, **a.g.e.**, s.63, kn.170; Robbers, **a.g.e.**, s.115, 116; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.658, kn.10; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.63.

Roxin’e göre, kanun koyucu suça iştirakte faillik, azmettirme ve yardım etme arasında ayırım yapar (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.5, kn.1).

Alm. CK § 28/1’de şerik kavramı, dar anlamda kullanılmaktadır (Mosenheuer, **a.g.e.**, s.63).

¹⁹⁶ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.386, 387.

¹⁹⁷ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.9, kn.10; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.173, kn.464.

yönelik katkı sunmak olmalıdır¹⁹⁸. Şerik olarak sorumlu olabilmek için ana fiil gereklidir¹⁹⁹. Şeriklik için failin tipe uygun, kasten ve hukuka aykırı fiili gereklidir²⁰⁰.

Özgü suça şerik olabilmek için şerik, failin suçun kanuni tanımında yer alan özelliğini bilmelidir. Şerik eğer failin özelliğini bilmiyor ise, özgü suçtan değil, ancak fiili başkaca bir suçu oluşturunca o suçtan sorumlu olur²⁰¹. Aksi durumda, yani şerikin failin özel niteliği haiz olduğunu zannettiği hallerde ise varsayımsal suç söz konusu olduğundan şerik sorumlu olmaz²⁰².

TCK m.38’de şerikliğin bir türü olarak azmettirme düzenlenmiştir. Azmettirme (*Anstiftung*), kanunda tanımlanmamıştır, 765 sayılı Kanun döneminde oluşan doktrin ve içtihat, azmettirmenin hem tanımı hem de kapsam ve sınırları bakımından geçerliliğini korumaktadır²⁰³. Azmettirme, bir suç işleme hususunda

¹⁹⁸ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.330, kn. 4.

¹⁹⁹ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.67, kn.205; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.664, kn.37; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.143.

²⁰⁰ Robbers, **a.g.e.**, s.116, kn.449; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.656, kn.3; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.143.

²⁰¹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.583.

Eğer azmettiren, kendisi tarafından belirlenen kişinin özgü suçu işlemeye elverişli kişi olduğu hususunu gözden geçirirsa, azmettirilenin kişisel niteliği hakkında yanılırsa sorumlu olmaz (Nagler, **a.g.e.**, s.157). “*Extraneus*” bu durumda suçun kanuni tanımında yer alan unsorda yanıldığından bu hatasından faydalanır. “*Extraneus*”, “*intraneus*”ün özelliklerini bilmiyor ise, “*extraneus*”ün fiili başka bir suçu oluşturunca o suçtan sorumlu olacak, fiili başka bir suçu oluşturmuyorsa ise cezai bir sorumluluğu olmayacaktır (Zafer, **a.g.e.**, s.404; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.350; Aydın, **a.g.e.**, s.274, 275; Onarok, **a.g.e.**, s.66; Soyaslan, **a.g.e.**, s.495). Örneğin, failin kamu görevlisi olduğunu bilmeyen “*extraneus*”, belli bir işin yaptırılacağı vaadiyle failin başkasından para almasına iştirak etmiş ise, TCK m.255’de yer alan “*nüfuz ticareti*” suçundan değil, TCK m.158/2’de yer alan “*nitelikli dolandırıcılık*” suçuna iştiraktan sorumlu olur (Aydın, **a.g.e.**, s.275). Düşüncemize göre, bu durumda “*extraneus*”, “*intraneus*”ün özelliğini bilmeden onu azmettirmiş ise, özgü suçtan dolayı sorumlu olmaz. Ancak başka bir genel suçtan dolayı da şerik olarak bağlılık kuralı sebebi ile sorumlu olmaz.

²⁰² Eğer azmettiren, suç işlemeye teşvik ettiği “*extraneus*”u özgü suçun uygun süjesi ile karıştırırsa, bu durumda sadece sözde azmettirme söz konusu olur. Objektif hukuka aykırı netice, ne azmettiren ne de azmettirilen açısından gerçekleşmemiştir, hukuk düzeni bütün olarak bozulmadan kalmıştır. Azmettirenin zihnindeki hukuka aykırılık, suçun objektif unsurlarını karşılayamaz (Nagler, **a.g.e.**, s.158).

²⁰³ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.350.

765 sayılı TCK’da azmettirme, “*asli manevi fail*” olarak ifade edilmiştir. Mevcut düzenlemede ise, bir şeriklik türü olarak kabul edilmiştir.

Alm. CK § 26, olası failin hukuka aykırı fiili gerçekleştirme kararını kapsamakta ve buna yönelik nitelikte açık ya da zımni yönlendirmeyi içermektedir. Bu yönlendirme, hukuken onaylanmamış olmalıdır (Freund, **a.g.e.**, s.410, kn.117a).

henüz düşüncesi olmayan bir kişiye suç işleme kararının verdirilmesidir²⁰⁴. Azmettirme, bir kişinin kasten, başka bir kişiyi kasten işlenen hukuka aykırı bir suç işlemeye sevk etmesidir²⁰⁵. Bu halde failde suç işleme kararı bulunmaz iken, azmettiren bu kararı faile verdirmektedir. Kararın kuvvetlendirilmesi söz konusu ise, azmettirme değil, yardım etme söz konusu olur²⁰⁶. Azmettiren, suç politikası gereği işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. Azmettirenin fiil hakimiyeti olmasa dahi katkısı olmaksızın suçun konusu tehlikeye düşmeyeceğinden²⁰⁷, suça sevk edilen kişinin suç işleme düşüncesinin olmaması²⁰⁸ ve suç fikri olmayan bir kişiyi suçun icra aşamasına geçirme yönünden yoğun bir manevi faaliyet olduğundan²⁰⁹ azmettirenin suçun tam cezası ile cezalandırılması kabul edilmiştir. Azmettirmenin koşulları, bir kişiye suç işleme kararının verdirilmesi, azmettirmenin kasta dayanması ve azmettirilen suçun işlenmesidir²¹⁰.

TCK m.39'da yardım etme düzenlenmiştir. Yardım etme (*Beihilfe*), suçun işlenmesinden önce veya işlendiği sırada destekleyici veya kolaylaştırıcı hareketler ile failin suç işleme kararını kuvvetlendirmesi ya da suçu kolayca işlemesini sağlamaktır²¹¹. Yardım etme, bir kişinin bir başkasının kasten işlediği hukuka aykırı

²⁰⁴ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.660, kn.23; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1111; Özbek, **a.g.e.**, s.664; Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.756; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.496; Zafer, **a.g.e.**, s.396; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.485; Taşkın, **a.g.e.**, s.120; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.350; Aydın, **a.g.e.**, s.164; Soyaslan, **a.g.e.**, s.482; Yurtcan, **a.g.e.**, s.872; Birtek, **a.g.e.**, s.375; Malkoç, **a.g.e.**, s.577; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.553; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.880; Özen, **a.g.e.**, s.576; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.573; Gökcan, Balcı, **“Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”**, s.173; Özen, **a.g.m.**, s.246; Erdem, **a.g.m.**, s.210.

²⁰⁵ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.2, kn.6; Bock, **a.g.e.**, s.600; Heinrich, **a.g.e.**, s.510, 1190; Zieschang, **a.g.e.**, s.171, kn.639; Tofahrn, **SAT-II**, s.123, kn.166; Freund, **a.g.e.**, s.406, kn.108.

²⁰⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s.700, 701; Taşkın, **a.g.e.**, s.121; Birtek, **a.g.e.**, s.376; Malkoç, **a.g.e.**, s.579; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.881; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.573; Erdem, **a.g.m.**, s.210.

²⁰⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s.701.

²⁰⁸ Yurtcan, **a.g.e.**, s.873; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.573.

²⁰⁹ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.69, kn.210; Birtek, **a.g.e.**, s.375.

²¹⁰ Kasiske, **a.g.e.**, s.72, kn.197; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1112-1114; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.486-491; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.666, 667; Malkoç, **a.g.e.**, s.578; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.554; Özen, **a.g.e.**, s.576.

²¹¹ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.661, kn.25; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1131; Demirbaş, **a.g.e.**, s.517; Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.768; Zafer, **a.g.e.**, s.396; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.352; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.496; Taşkın, **a.g.e.**, s.121; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.675; Aydın, **a.g.e.**, s.175; Soyaslan, **a.g.e.**, s.483; Birtek, **a.g.e.**, s.381; Malkoç, **a.g.e.**, s.586-588; Özgenç, **Türk**

fiile kasten destek olması, yardımda bulunmasıdır²¹². Yardım etme, suç tipinde yer almayan hareketleri gerçekleştirmek, ikinci derecede önemli olan ve bu hareketler olmasa dahi failin fiili gerçekleştirebileceği hareketlerdir²¹³. Suçun kanuni tanımında yer alan fiilin gerçekleştirilmesine maddi ya da manevi katkı sunulmaktadır²¹⁴. Eğer bir suçun fail olarak işlenmesinden dolayı cezalandırılabilirliği elenirse ve azmettirmeden de dolayı cezalandırılma yapılmaz ise, yardım eden olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağı değerlendirilmelidir²¹⁵. Yardım etmenin koşulları, hükümde yer alan yardım hareketlerinden en az birisini gerçekleştirmek, yardım niteliğindeki hareketi kasten gerçekleştirmek, iştirak iradesinin suçun işlenmesinden önce ya da işlenme anında bulunmasıdır²¹⁶. Yardım türleri, manevi ve maddi olarak ayrılmakta; manevi yardım türleri, suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek; maddi yardım türleri ise, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya

Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.558; Özen, **a.g.e.**, s.584; Gökçen, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.176; Özen, **a.g.m.**, s.248; Erdem, **a.g.m.**, s.213.

765 sayılı TCK’da “*fer’i maddi-fer’i manevi iştirak*” şeklinde yapılan ayırım, mevcut düzenlemede maddi-manevi yardım şeklindedir (Aydın, **a.g.e.**, s.176; Yurtcan, **a.g.e.**, s.921; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.581).

Madde gerekçesinde “*zorunlu fer’i iştirak*” kurumuna yer verilmediği ifade edilmiş ise de, *Hafızoğulları/Özen*’e göre, açık bir hüküm ile yer verilmemiş ise de, Kanun iştirak kurumunu kısırlaştırmanın ötesinde yenilik getirmemiştir (Hafızoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.351).

²¹² Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.2, kn.6; Baumbach von Kaimberg, **a.g.e.**, s.22; Bock, **a.g.e.**, s.617; Heinrich, **a.g.e.**, s.510, § 1190; Kasiske, **a.g.e.**, s.75, kn.204; Zieschang, **a.g.e.**, s.171, kn.639; Tofahrn, **SAT-II**, s.129, kn.177; Freund, **a.g.e.**, s.417, kn.134; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.560; Akbulut, **a.g.e.**, s.712; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.675; Soyaslan, **a.g.e.**, s.483; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.995; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.580; Özen, **a.g.m.**, s.248; Erdem, **a.g.m.**, s.213.

Alm. CK § 27/1’e göre yardım etme, kasten ve hukuka aykırı nitelikteki ana fiili desteklemeye elverişli ve özellikle hukuken onaylanmamış olmalıdır (Freund, **a.g.e.**, s.420, kn.142a).

²¹³ Soyaslan, **a.g.e.**, s.483; Birtek, **a.g.e.**, s.381; Özen, **a.g.e.**, s.584.

²¹⁴ Aydın, **a.g.e.**, s.175; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.581; Erdem, **a.g.m.**, s.213.

²¹⁵ Zieschang, **a.g.e.**, s.197, kn.748.

²¹⁶ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1132, 1133; Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.768; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.497-502; Birtek, **a.g.e.**, s.381, 382; Malkoç, **a.g.e.**, s.586; Özen, **a.g.e.**, s.585.

Mahmutoglu/Karadeniz yardım etmenin koşullarını; yardım etme niteliğinde bir hareketin bulunması, yardım hareketinin ve ilgili suçun kasten gerçekleştirilmiş olması, yardım edilen suçun en azından icra hareketlerine başlanmış olması, yardım edilen suça ilişkin hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması, yardım ile suçun işlenişi arasında nedensel bağın varlığı olarak belirlemiştir (Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.918-941).

işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmaktır²¹⁷. Yardım etmenin cezası, işlenen suçun cezasına göre indirim yapılması olarak öngörülmüştür.

2. “*Intraneus*”un Özgü Suçlarda Şerik Olarak Ceza Sorumluluğu

“*Intraneus*”un özgü suçtan dolayı tek sorumluluk şekli faillik değildir, suça şerik (*azmettiren ya da yardım eden*) olarak katılması da mümkündür. Örneğin, rüşvet suçunda bir kamu görevlisinin diğer kamu görevlisini bu suçu işlemeye ikna etmesinde azmettiren olarak sorumlu olması gibi. “*Intraneus*”un fiil üzerinde hakimiyet kurmadığı, özel tipik haksızlığı gerçekleştirmediği hallerde fail olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Kabul ettiğimiz anlayışa göre, kişinin suçun kanuni tanımında öngörülen faillik özelliğini taşıması, başkaca inceleme yapılmaksızın onun fail olarak sorumlu tutulması neticesini doğurmaz. Bu anlamda öncelikle suça iştirak eden kişinin “*intraneus*” mu yoksa “*extraneus*” mu olduğu tespit edilmeli, ikinci olarak gerçek özgü suç mu gerçek olmayan özgü suç mu olduğu belirlenmeli ve sonrasında fiil üzerinde hakimiyet kurup kurmamasına ve suça katkısının ölçüsüne, niteliğine göre fail ya da şerik olarak sorumluluğu tespit edilmelidir.

Türk doktrininde bir görüşe göre, TCK m.40/2’deki düzenlemeden, “*intraneus*”un sadece fail olabileceği, şerik olamayacağı sonucunun çıktığı, ancak “*extraneus*”un şerik olabileceği ve bu şekilde “*intraneus*”un fiiline iştirak edebileceği kabul edilse dahi²¹⁸, düşüncemize göre özgü suça ilişkin pozitif

²¹⁷ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.498-500; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.558, 559; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1133-1136; Özbek, **a.g.e.**, s.681-683; Demirbaş, **a.g.e.**, s.518-522; Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.768; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.499; Zafer, **a.g.e.**, s.397; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.352, 353; Akbulut, **a.g.e.**, s.713; Taşkın, **a.g.e.**, s.121; Önok, **a.g.e.**, s.80; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.677-685; Hafızogulları, Özen, **a.g.e.**, s.352, 353; Aydın, **a.g.e.**, s.179-189; Soyaslan, **a.g.e.**, s.483; Birtok, **a.g.e.**, s.383; Malkoç, **a.g.e.**, s.600; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.922-938; Özen, **a.g.e.**, s.586-588; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.581; Gökcan, Balcı, **“Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”**, s.176-179; Erdem, **a.g.m.**, s.214.

²¹⁸ İçel, Evik, **a.g.e.**, s.272.

Türk doktrininde aksi yöndeki görüşe göre ise, azmettirme ve yardım etme gibi iştirak şekillerinin hem “*intraneus*” hem de “*extraneus*” tarafından gerçekleştirilebilmesi mümkündür (Özen, **a.g.e.**, s.557).

düzenlemeden ve özgü suçun mahiyetinden bu sonuç çıkmamaktadır. Hükümde özgü suçlarda faillik alanının sadece “*intraneus*” ile sınırlı olduğu ifade edilmekte, aksine hatalı şekilde anlaşıldığı gibi “*intraneus*”un sadece fail olabileceği, şerik olarak sorumlu tutulamayacağı ifade edilmemektedir.

Suçta iştirak eden “*intraneus*”, özgü suça yönelik hareketinden dolayı cezalandırılır. Bununla birlikte “*intraneus*”un suça katkısından dolayı cezalandırılabilirliği, belirli bir ana fiilin işlenmesine, yani fail tarafından ilgili özgü suçun işlenmesine bağlıdır²¹⁹. “*Intraneus*”un özgü suça iştiraki, sadece iştirake ilişkin genel kurallara dayanmaktadır²²⁰. Faillik ve şerikliğin sınırlandırılması, genel suçlardaki kriterlerin aynısı ile yapılır ve şerikin azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılması, ceza kanununda uygulanması gereken ana fiil doğrultusunda bağlılık kuralına göre belirlenir²²¹.

“*Intraneus*”, özgü suça yardım eden olarak iştirak edebilir. Fail, özgü suçun karakteristik özel koşullarına sahip ise ve bundan dolayı özgü suç tipi oluştuysa, o zaman suç işleyebilen herkes üçüncü kişi olarak suça katkı sunabilir. Üçüncü kişinin suça katkısı, ya suçu oluşturan koşulların kendisi tarafından gerçekleştirilmesi, ya var olan koşulları failin nedensellik zinciri içerisine yerleştirmesi yahut neticeyi engelleyen ya da neticeyi imkansız hale getiren koşulları etkisizliğe uğratması şekillerinde gerçekleşebilir. Bundan dolayı yardım edenin kişisel özelliğindeki farklılık, tamamen arka plana geçer. Ancak bu farklılık, tamamen de ortadan kalkmamaktadır. Çünkü o farklılık, fail ile şerik arasındaki sınır incelendiğinde yeniden ortaya çıkmaktadır²²².

²¹⁹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.391.

²²⁰ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.391; Nagler, **a.g.e.**, s.128.

²²¹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.392.

Örneğin, çocuğun bakımını üstlenen bir çift, cinsel istismardan dolayı cezalandırılabilir. Hakimiyet kurmuş olan koruyucu baba cinsel istismar suçundan fail olarak, koruyucu babanın emrinde olan anne, sadece fiilin işlenmesi ile sınırlı olarak cinsel istismar suçuna yardım eden olarak cezalandırılır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.392).

“Çocuğun bakımını üstlenen çift” ile Almanya’da evlat edinmeden farklı olarak çocuğun anne babasından belirli sebeplerle bir süre ayrı kalması gereken durumlarda geçici olarak bakımının verildiği aileyi ifade etmekteyiz.

²²² Nagler, **a.g.e.**, s.128.

“*Intraneus*”, özgü suça azmettiren olarak da iştirak edebilir. Azmettirme, genel suçlarda olduğu gibi özel suçlarda da mümkündür. Eğer azmettiren, özgü suç ile doğrudan devletin öngördüğü emirlere uyma yükümlülüğü altında ise, o zaman azmettirme hükmünün (*eski Alm. CK § 48*) icrasını hiçbir şey engelleyemez. “*Intraneus*” hem manevi fail hem de manevi yardım eden olarak azmettirebilir²²³. Hem azmettiren hem de azmettirilen her ikisi de “*intraneus*” olduğunda, rollerinin değiştiği kabul edilmekteydi. Ancak unutmayalım ki, azmettirilen “*extraneus*” da olabilir. Alman doktrininde bir görüşe göre bu halde, azmettirilen en fazla azmettirenin işlediği özgü suça yardım eden olabilir²²⁴.

“*Intraneus*”un özgü suçtan şerik olarak sorumluluğu incelenirken, gerçek özgü suç ve gerçek olmayan özgü suç arasında ayırım yapılmalıdır. Gerçek özgü suçlarda suça iştirak eden “*intraneus*”, gerçek özgü suçtan şerik olarak sorumlu olmalıdır. Burada ana fiili gerçekleştiren fail de, “*intraneus*”tur. Çünkü gerçek özgü suçun “*extraneus*” tarafından gerçekleştirilmesi halinde “*intraneus*”un sorumlu tutulabileceği ana fiil bulunmamaktadır. Gerçek olmayan özgü suçlarda ise, TCK’da kabul edilen bağlılık kuralı anlayışına göre, “*intraneus*” şerik, failin işlediği suçtan şerik olarak sorumlu tutulması gerektiğinden failin işlediği suç belirlenmelidir. Bu halde “*intraneus*” şerik, fail “*intraneus*” ise, suçun nitelikli şeklinden sorumlu olur

Yardım ile gerçekleştirilen ana hareket, eğer ana fiil göz önüne alınırsa, şerikin “*intraneus*” ya da “*extraneus*” olmasına göre iki farklı gruba ayrılır: **a.** Özel kişi grubuna ait olan “*intraneus*” şerik, fiilin objektif sürecindeki hareketleri kendisi gerçekleştiremez. Eğer bu kişinin katkısı doğru bir şekilde değerlendirilirse, bu kişi yardım eden rolünden çıkar, fail kategorisine geçer. **b.** “*Extraneus*”da ise, durum çok farklıdır. “*Extraneus*” şerikin dış dünyada değişiklik meydana getirip getirmemesi ya da failin fiili sürece esaslı ölçüde katkı sunup sunmaması, onun yardım eden olmasını değiştirmez. “*Extraneus*”, baştan itibaren isterse sadece özgü suç ile ilgili koşulu gerçekleştirsin ya da dışsal sürecin tümüne sebep olsun veyahut suçun gelişim sürecinde kastı sınırlandırılsın ya da genişletilsin önemli değildir, “*extraneus*”un iradesi değişmez (Nagler, **a.g.e.**, s.128).

²²³ Nagler, **a.g.e.**, s.148.

a. Eğer fail hukuka tabi olan gruba dahil ise ve suç ona isnat edilebiliyor ise, bu durumda herhangi bir özellik bulunmaz, bu normal bir durumdur. **b.** Fakat eğer “*intraneus*” faille yönelik isnadiyet kaldırılmış ise, o halde azmettiren olarak bağlılık, baştan itibaren işlevini yitirir, çünkü bağlanabileceği ana fiil bulunmamaktadır (Nagler, **a.g.e.**, s.148).

²²⁴ Nagler, **a.g.e.**, s.151.

a. Azmettiren, suçu gerçekten kendisi işlemek isterse suçun faili olur. Azmettiren, suçun dış dünyaya yansıyan neticelerini azmettirileni araç olarak kullanarak gerçekleştirmekte ve bu neticenin gerçekleştirilmesi, azmettirenin iradesinin özünü oluşturmaktadır. Böylece irade ve fiil yönleri tam olarak örtüşmektedir. **b.** Azmettirmenin ikinci şekli (*yardım etme iradesi*), bu durumda imkansız değildir, ancak hukuken önemsizdir. (Nagler, **a.g.e.**, s.151, 152).

iken, fail “*extraneus*” ise, suçun temel şeklinden sorumlu olur. Örneğin, kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçuna şerik olarak iştirak eden “*intraneus*”, TCK m.204/2’de yer alan suçun nitelikli şeklinden; kamu görevlisi olmayan bir kişi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçuna şerik olarak iştirak eden “*intraneus*” ise, TCK m.204/1’de yer alan suçun temel şeklinden sorumlu olur.

3. “*Intraneus*”un Genel Suçlarda Şerik Olarak Ceza Sorumluluğu

“*Intraneus*”, özgü suça şerik olarak iştirak edebileceği gibi genel suça da şerik olarak iştirak edebilir. Bu halde TCK m.40’da kabul edilen bağlılık kuralı anlayışına göre “*intraneus*”, asıl failin işlediği genel suçtan dolayı iştirake ilişkin genel kurallara göre sorumlu olur. Örneğin, kasten yaralama suçuna şerik olarak iştirak eden bir kamu görevlisi, genel suç olan kasten yaralama suçundan dolayı şerik olarak cezalandırılır. Ancak Alm. CK § 28/2 hükmüne göre ise, şerik failin işlediği suçun niteliğine bağlı kalmaksızın kendi sahip olduğu niteliğe uygun suçtan dolayı sorumlu olabilmektedir. Böylece genel suça iştirak eden “*intraneus*”, fail genel suçtan sorumlu olsa dahi, kendisi özgü suçtan şerik olarak sorumlu olabilmektedir. Şöyle ki;

Eğer özgü suçu karakterize eden cezayı değiştiren özel kişisel unsur söz konusu ise, bu hüküm Alm. CK § 28/2’de düzenlendiği gibi sadece o unsuru taşıyan iştirak eden (*fail ya da şerik*) bakımından geçerli olur. Özel kişisel unsuru taşıyan kişinin şerik olarak iştirak ettiği suç dolayısıyla fail olarak değerlendirilebilmesinin bir yolu bulunmamaktadır. “*Intraneus*” ve “*extraneus*” suç işlediklerinde şerik “*intraneus*”un cezalandırılabilirliğinin değiştiği ve şerik “*extraneus*”un cezalandırılabilirliğinin değişmediği izlenimi ortaya çıkmaktadır. Böylece bu kabule göre, Alm. CK § 28/2’de genel bağlılık kurallarına dayanarak sadece şerik “*intraneus*”un cezalandırılabilirliğinin değişmesi söz konusudur. Ancak bu yaklaşım, *Langer*’e göre doğru değildir. Alm. CK § 28/2 hükmü olmaksızın “*intraneus*”un genel iştirak kurallarına göre, genel suçtan cezalandırılması söz

konusu değildir²²⁵. Şöyle ki; kamu görevlisi, görevi ile ilgili olarak bir kişiyi “*kasten yaralama*” suçuna (Alm. CK § 223) azmettirirse, Alm. CK § 28/2 olmaksızın özgü suçu işlemeye azmettiren olarak “*görev sırasında yaralama*” suçuna (Alm. CK § 340) göre cezalandırılmaz. Çünkü özgü suç bakımından cezayı gerektiren bir suç bulunmamaktadır. İştirak hükümlerinin eksikliği, genel suçlarda “*intraneus*”un iştirakı için genel iştirak düzenlemeleri olan Alm. CK § 26 ve 27 ile aynı işlevi gören Alm. CK § 28/2 ile giderilmektedir²²⁶. Şerikin cezalandırılmaya layık bir şekilde cezalandırılmasını imkansız kılan şerikin failin haksızlığına bağlı olarak tek yönlü cezalandırılması, Alm. CK § 28/2 hükmü ile düzeltilir. Doğru bir anlayışla Alm. CK § 28/2 hükmü, Alm. CK § 26 ve 27’de yer almayan iştirak alanını bağımsız olarak düzenleyen bir hüküm olduğunu göstermektedir. Birbirinden bağımsız her bir şerikin cezalandırılma şekli, iştirak eden kişinin fiilinde belirli bir özellik ya da özel yükümlülüğün bulunup bulunmadığına bağlı olarak belirlenmelidir²²⁷. Görüldüğü gibi, “*intraneus*”un genel suçlarda şerik olarak sorumluluğunda Türk ceza hukuku ile Alman ceza hukuku arasında farklılık bulunmaktadır.

4. “*Extraneus*”un Özgü Suçlarda Şerik Olarak Ceza Sorumluluğu

“*Extraneus*”, özgü suçun uygun muhatap alanı dışında kaldığı için bu haksızlık tipini gerçekleştirememek ile birlikte özgü suça katkı sunabilir. Dolayısıyla normun öngördüğü faillik alanı dışındaki kişi, suça katkı sunmama yükümlülüğü sebebi ile şerik olarak sorumlu olur.

TCK m.40/2’ye göre, suçun kanuni tanımında fail için öngörülen niteliği haiz olmamakla birlikte özgü suça iştirak eden kişiler, şerik (*azmettiren ya da yardım eden*) olarak sorumlu olurlar. Bu düzenlemeye göre özgü suçlarda “*extraneus*”, fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olsa dahi işlenen suçtan şerik olarak cezalandırılabilir.

²²⁵ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.420.

²²⁶ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.420.

²²⁷ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.421.

Ancak işlediği fiil başkaca bir suçu oluşturuyorsa failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince bu suçtan fail olarak cezalandırılabilir.

Türk doktrin ve uygulamasında ağırlıklı olarak “*extraneus*”un özgü suça iştirak edebilmesinin mümkün olduğu, ancak fail olarak suçu işlemesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir²²⁸. Bu görüşün aksine, doktrinde kanundaki

²²⁸ Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s.11; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.483; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.505; Zafer, **a.g.e.**, s.404; Akbulut, **a.g.e.**, s.683; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.659; Özgenç, “**Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)**”, s.345.

Türk doktrininde bir görüşe göre, “*extraneus*”, “*intraneus*”u azmettirirse, özgü suça azmettirmekten, “*extraneus*”, bir başka “*extraneus*”u azmettirirse yardım edeni azmettirmekten sorumlu olur (Gökçen, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.175). Düşüncemize göre bu görüş, “*extraneus*”un özgü suçtan ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulmasına dayanmakta ise de, azmettirme, suçu işleyen kişiye yani faile suçu işleme düşüncesi oluşturulmasını sağladığından ve “*extraneus*”un da özgü suçtan dolayı fail olarak sorumlu olması mümkün olmadığından “*extraneus*”un bir başka “*extraneus*”u özgü suçu işlemeye azmettirmesinden dolayı cezai sorumluluğu bulunamaz.

“Zimmet suçunun 5237 sayılı TCK’nın 40/2.maddesinde belirtilen özgü suçlardan olduğu ve anılan maddedeki düzenlemeye göre “özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur” hükmü nazara alınarak banka görevlisi olmayan sanıklar Emine Mehtap Ceylan ve Şaban Ayhan Tahtgil’in, çalıştıkları şirketlerdeki konumları ve suçların işlenmesindeki etkinlikleri gözetilerek banka görevlisi olan sanık Hüsnü Barbaros Olcay ile bu sanığı azmettirdiği kabul edilen sanıklar Yahya Murat Demirci ve Gökalp Baştürk’ün eylemlerine yardım eden olarak katıldıkları gözetilip hükmolunan cezalarından 5327 sayılı TCK’nın 39.maddesi gereğince yarı oranında indirim yapılması gerekirken yazılı şekilde fazla ceza tayini” (Yargıtay 11.CD., 09.10.2013 tarih ve 2013/16144 E., 2013/14668 K. sayılı karar, Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.659, dipn.258). Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 14.CD., 17.09.2013 tarih ve 2012/2387 E., 2013/9235 K. sayılı karar; Yargıtay 5.CD., 26.12.2007 tarih ve 6636/10010 K. sayılı karar; Yargıtay 5. CD., 19.02.2007 tarih ve 8410/1204 K. sayılı karar (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.659, 660).

Benzer yönde bir başka Yargıtay kararında da ihale sürecinde görevli kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçunun ihaleye teklif veren sanıklar tarafından işlenemeyeceği ve bu sebeple sanıkların ancak azmettiren ya da yardım eden olarak suça iştirak edebileceği içtihat edilmiştir Yargıtay 5.CD., 2923 E., 2016/4679 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 12.09.2018). Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 5.CD., 2014/4153 E., 2015/10304 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 10.09.2018); Yargıtay 5. CD., 2014/2575 E., 2016/9071 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 12.09.2018); Yargıtay 5. CD., 2014/2537 E., 2016/5289 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 08.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2014/2403 E., 2014/11367 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 08.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2014/1432 E., 2015/17522 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 13.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2014/1066 E., 2016/2885 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 13.09.2018); Yargıtay 7.CD., 2013/23039 E., 2014/11648 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 15.09.2018); Yargıtay 5. CD., 2013/11678 E., 2015/15071 K. sayılı karar (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi,

sınırlandırmanın yerinde olmadığına yönelik bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, bir kısım özgü suçlarda kanuni tanımda yer alan özelliği taşımayan kişiler de fiili işleyebilirler. Bu görüşe göre, örnek olarak askerlikten firar suçunda icra hareketlerini failden başkası gerçekleştiremez iken, zimmet suçunda mal edinme fiili kamu görevlisi tarafından bir başkasına yaptırılabilir²²⁹.

Düşüncemize göre, özgü suçun unsurlarından birisi suçun kanuni tanımında sınırlandırılan fail alanı içerisinde olmak, yani tanımlanan faile ilişkin belirli özelliği ya da yükümlülüğü taşımak olduğundan ve ancak bu özelliği ya da yükümlülüğü taşıyan kişi, özel haksızlığı gerçekleştirebileceğinden ve bu suretle özel ceza tehdidi ile karşılaşabileceğinden uygun muhatap alanı dışındaki kişiler özgü suçtan fail olarak sorumlu tutulamazlar. Kaldı ki kanun koyucu suçu ihdas ederken özel haksızlığı gerçekleştirebilecek kişileri faillik alanı içerisine almaktadır. Kanunilik ilkesi gereği olarak da bu alan dışındaki kişiler fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olsalar dahi fail olamazlar. Suçun kanuni tanımında öngörülen özelliği ya da yükümlülüğü haiz olmayan kişilerin şerik olarak sorumlu tutulup tutulmayacakları ya da şerik olarak sorumlu tutulduklarında ceza miktarının nasıl belirleneceğine ilişkin hususlar ise iştirake ilişkin düzenlemelere bağlı olacaktır.

Bu açıklamalara rağmen, “*extraneus*”un fiilinin haksızlık teşkil ettiği ve fail olarak cezalandırılmamasının adalete uygun düşmediği düşünülebilir. Ancak şüphesiz ceza politikası gereği “*extraneus*”un fiili bir hukuki değeri ihlal ediyorsa, herkes tarafından işlenebilecek bir genel suç olarak düzenlenebilir. Ceza kanunlarında, “*extraneus*”un “*intraneus*”a yardımının ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlendiği ve bu şekilde nitelikli olmayan kişilerin bu suçlardan fail olarak sorumlu olabileceği düzenlemelere rastlamaktayız. Bu durum, ihlal edilen hukuki

16.09.2018); Yargıtay 5.CD., 06.11.2017 tarih ve 2017/2745 E., 2017/4745 K. sayılı karar (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2017-2745.htm>, Çevrimiçi, 25.09.2018); Yargıtay 5.CD., 2014/8896 E., 2017/4100 K. sayılı karar (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2017-2745.htm>, Çevrimiçi, 25.09.2018); Yargıtay 5.CD., 06.06.2017 tarih ve 2016/4814 E., 2017/2514 K. sayılı karar (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2017-2745.htm>, Çevrimiçi, 25.09.2018); Yargıtay 5.CD., 28.02.2013 tarih ve 2012/3588 E., 2013/1487 K. sayılı karar (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2017-2745.htm>, Çevrimiçi, 25.09.2018).

²²⁹ Centel, Zafer, Çakmut, a.g.e., s.505.

değer nazarı itibara alınarak bir suç normunun ihdas edilmesi gerekliliği ile ilgilidir. Bu halde, “*extraneus*” failiğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği özgü suça şerik olarak değil, bağımsız olarak ihdas edilen suçtan fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Örneğin, Alm. CK § 120’de “*mahpusun kaçmasını sağlama*” başlıklı suç yer almaktadır. Benzer şekilde TCK m.294’de yer alan “*kaçmaya imkan sağlama*” suçunun faili gözaltına alınan, tutuklu ya da hükümlü kişinin kaçmasına imkan sağlayan kişidir. Bu suçlar ihdas edilmemiş olsaydı, “*extraneus*”un firar suçuna şerikliği söz konusu olacak idi. TCK m. 294 gerekçesinde de, bu fiillerin gözaltına alınanın, tutuklunun veya hükümlünün kaçması suçlarına iştirak niteliği taşıdığı, ancak izlenen suç siyaseti gereğince bağımsız suç olarak tanımlanması gereği duyulduğu ifade edilmiştir²³⁰.

“*Extraneus*”un cezai sorumluluğunun belirlenmesinde üç aşamalı bir yol izlenmesini önermekteyiz. İlk olarak, iştirak bakımından farklı hukuki neticelerinin olması sebebiyle iştirak edilen suçun gerçek özgü suç mu yoksa gerçek olmayan özgü suç mu olduğu tespit edilmelidir. İkinci olarak, “*extraneus*”un suça fail olarak mı yoksa şerik olarak mı iştirak ettiği belirlenmelidir. Üçüncü olarak ise, gerçek olmayan özgü suç söz konusu ise suçun temel şeklinden mi yoksa nitelikli şeklinden mi sorumlu olduğu belirlenmelidir. Düşüncemize göre, “*extraneus*”un özgü suçtan şerik olarak sorumluluğunun gerçek özgü suç ile gerçek olmayan özgü suç arasında ayırım yapılarak ve gerçek olmayan özgü suç bakımından da suça iştirak şekli göz önüne alınarak değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. Gerçek özgü suçta mevcut

²³⁰ Yargıtay tarafından verilen bir karara karşı oy gerekçesinde de, “.... TCK’nun 292/1.maddesinde hükümlü ya da tutuklunun tutukevinden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçması cezalandırılmış, suçun birden çok tutuklu veya hükümlü tarafından birlikte işlenmesi halinde cezanın bir katına kadar artırılması öngörülmüştür. Birlikte işlenmiş sayılması için başlangıçtan itibaren birlikte karar alınmış olması zorunlu değildir. Ancak hepsinin (birlikte) firar etmesi gereklidir. Suç oluşturan fiil ise cezaevinden kaçmayı sağlayan serbest hareketli fiillerdir. Özgü suçlardan olup, suçun faili hükümlü ya da tutuklu olmalıdır. Bu suçta kural olarak, iştirake ilişkin genel hükümler uygulanamayacağı, eylemleri ile firarın gerçekleşmesini sağlayan kişilerin kural olarak bu suçun özgü suç olması nedeniyle (TCK.nun 40/2) yardım eden olarak sorumlu tutulacağı düşünülse de TCK.nun 294.maddesinde tutuklu veya hükümlünün kaçmasına imkan sağlama eylemi müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. “Failin şerikliğe göre asliliği ilkesi” uyarınca bu kişilerin yalnızca TCK.nun 294.maddesinde düzenlenen “kaçmaya imkan sağlama” suçunun faili olarak sorumludurlar”. Bkz: Yargıtay 8. CD., 18.12.2018 tarih ve 2018/8992 E., 2018/14527 K. sayılı karar karşı oy gerekçesi (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 01.11.2019).

düzenlemeye göre “*extraneus*”, fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olsa, “*intraneus*” ile işbirliği içerisinde fiili işlese dahi özgü suçtan sadece şerik olarak sorumlu olabilir. Gerçek olmayan özgü suç bakımından ise, “*extraneus*”un fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olması veya şerik olarak suça iştirak etmiş olması farklı hukuki neticeler doğuracağından bu husus tespit edilmelidir. Üçüncü olarak, “*extraneus*”un gerçek olmayan özgü suç bakımından suçun temel şeklinden mi yoksa nitelikli şeklinden mi sorumlu olduğu belirlenmelidir. Mevcut düzenlemeye göre “*extraneus*”, “*intraneus*” ile birlikte suçu işlemiş ise, suçun nitelikli şeklinden şerik olarak sorumlu olur iken, aynı zamanda suçun temel şeklinden de fail olarak sorumlu olur ve failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği suçun temel şeklinden fail olarak cezalandırılır. Örneğin, resmi belgede sahtecilik suçunda kamu görevlisi ile birlikte suç işleyen “*extraneus*”, TCK m.204/2 bakımından şerik olur iken, suçun temel şekli olan TCK m.204/1 bakımından fail olarak sorumlu olur. Özetle, gerçek özgü suçlarda, “*extraneus*” özgü suçtan fail olarak sorumlu tutulamaz, şerik olarak sorumlu tutulabilir iken, gerçek olmayan özgü suçlarda ise “*intraneus*” ile birlikte suçu işleyen “*extraneus*”, suçun nitelikli halinden şerik olarak ve suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur, ancak failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesi gereğince suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur. Aksi durumda yani gerçek olmayan özgü suçlarda “*extraneus*” şerikin “*intraneus*” tarafından işlenen suçun nitelikli şekline azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmesi halinde suçun nitelikli şeklinden şerik olarak sorumlu olur.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda, “*extraneus*”un özgü suça iştirakının neticesi olarak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olduğu kabul edilmektedir²³¹. Esasen bu yerleşmiş içtihadın yasal dayanağı, TCK m.40/2’dir. Bu

²³¹ “5237 sayılı TCK’nın 40/2 maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen rüşvet alma suçuna iştirak eden diğer sanık Ö.in eylemden azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğinin gözetilmemesi” (Yargıtay 5.CD., 19.02.2007 tarih ve 8410/1204 K. sayılı karar, Malkoç, **a.g.e.**, s.600).

“... sanık İdris’in ise Belediye’de yazı işleri müdürü olarak görev yaptığı, bu sıfatı itibari ile encümen üyesi olduğu ancak satışın kendisine yapıldığına ilişkin encümen kararına alt kısımdaki notta belirtildiği üzere 5393 sayılı Yasanın 35.maddesi gereğince katılmadığı, bu fiilin görevi ile ilgili olmadığı, özel faillik niteliği taşıyan ve diğer kamu görevlilerinin işlediği özgü suçtan TCK’nın 40/2 maddesi kapsamında azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği, ...” (Yargıtay 5.CD., 24.02.2014 tarih ve 14276/1997 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özeydin, **a.g.e.**, s.614).

anlamda mevcut yasal düzenleme ile içtihat uyuşmaktadır. Ancak bu kararlar daha detaylı olarak incelendiğinde bazı problemli kısımlar ile karşılaşmaktayız. Bu problemli kısımların tespiti ve sorunlara ilişkin çözüm önerileri şöyledir:

Öncelikle Yargıtay'ın pek çok kararında suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kişinin belirli özelliği haiz olmadığı hallerde, kişinin azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmek ile birlikte azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulmasının gerekçesi açıklanmamaktadır. Ancak Yargıtay'ın bu kararlarının aksine, sanığın eyleminin azmettirme ya da yardım etme şeklindeki şeriklik türlerinden hangisine girdiğinin gerekçelendirilmemesinin, tartışılmasının bozma sebebi olarak gösterildiği kararları da bulunmaktadır²³².

"... sanık ... ile ilgili kooperatif müdürü olarak bir görevlendirme bulunduğu takdirde sanıklar ... ve ...'ın eylemlerinin TCK'nın 204/2 ve 247/2.maddelerinde tanımlanan kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği ve nitelikli zimmet suçlarını, sanık ... hakkında bu şekilde bir görevlendirme bulunmadığının tespiti halinde ise yönetim kurulu başkanı sanık'ın eylemlerinin TCK'nın 204/2 ve 247/2.maddelerinde tanımlanan kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği ve nitelikli zimmet, sanık'ın eylemlerinin ise 5237 sayılı TCK'nın 40/2.maddesine göre bahsi geçen özgü suçların faili olabilecek diğer sanığın eylemine azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak edebileceği gözetilmeden, ... (Yargıtay 5.CD., 2018/3863 E., 2019/716 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 01.11.2019).

Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 5.CD., 05.06.2015 tarih ve 5329/12132 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.628; Yargıtay 5.CD., 10.11.2014 tarih ve 6814/10625 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.629; Yargıtay 5.CD., 02.06.2014 tarih ve 4395/5995 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.630; Yargıtay 5.CD., 26.05.2008 tarih ve 3718/5162 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.632; Yargıtay 7.CD., 17.12.2012 tarih ve 10429/1852 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.632; Yargıtay 7. CD., 11.12.2012 tarih ve 20566/30755 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.632; Yargıtay 7.CD., 2015/188 E., 2019/33785 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 30.10.2019); Yargıtay 5.CD., 30.05.2019 tarih ve 2018/11498 E., 2019/5923 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 30.10.2019); Yargıtay CGK., 11.04.2019 tarih ve 2018/189 E., 2019/350 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 31.10.2019); Yargıtay 5.CD., 17.01.2019 tarih ve 2018/3863 E., 2019/716 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 01.11.2019).

²³² "5237 sayılı TCK'nın 236.maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa'nın 2.maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2.fıkrasının "a" ve "b" bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, "c", "d" ve "e" bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2.maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-e maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin

TCK m.40/2’de “*extraneus*”un özü suçtan dolayı azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılacağı düzenlenmiş olmakla birlikte bu şeriklik türlerinden ceza sorumluluğunun hangi ölçütlere göre belirleneceği hususunda düzenleme yapılmamış ve bu husus isabetli bir şekilde uygulamaya bırakılmıştır. Türk doktrininde bir görüşe göre, “*extraneus*”un şerik olarak sorumluluğu, suçun işlenişine olan katkılarının mahiyetine göre azmettiren ya da yardım eden olarak belirlenmelidir²³³. İkinci görüşe göre, “*extraneus*”un manevi katkısı azmettirme düzeyinde değilse veya suça maddi katkıda bulunmuş ise, yardım eden olarak cezalandırılmalıdır²³⁴. Üçüncü görüşe göre de, şerikin katkısı azmettirme niteliğinde ise azmettiren olarak, azmettirme niteliğinde değil ise yardım eden olarak sorumlu olmalıdır²³⁵. Yargıtay bir kısım kararlarında, azmettirme ihtimali elendiği (*delil bulunamaması gibi*) takdirde yardım etmeden dolayı hüküm kurulması gerektiğini ifade etmektedir²³⁶.

azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan sanık Murat’ın suça ne şekilde katıldığı karar yerinde tartışılıp gösterilmeksizin aslı fail gibi cezalandırılması” (Yargıtay 5.CD., 26.09.2012 tarih ve 2012/3921 E., 2012/9472 K. sayılı karar, Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.897, dipn.49).

“... diğer sanık ...’e isnat olunan ve 5237 sayılı TCK’nın 204.maddesinin 2.fıkrasında düzenlenen “görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi belgeyi sahte olarak düzenleme” suçunun “özgü suç olması karşısında; sanık ...’ın diğer sanık’a isnat olunan suça ne şekilde iştirak ettiği (fili birlikte gerçekleştiren, azmettiren veya yardım eden olup olmadığı) belirlenip tartışılmadan, sanığın sözü edilen Kanun’un 204.maddesinin 2.fıkrası gereğince cezalandırılması ... (Yargıtay 11.CD., 21.11.2018 tarih ve 2018/5164 E., 2018/9367 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>), Çevrimiçi, 01.11.2019).

Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 5.CD., 06.10.2008 tarih ve 5529/8113 K. sayılı karar (Özbek, **a.g.e.**, s.698, 699); Yargıtay 5.CD., 26.12.2007 tarih ve 2007/6636-2007/10010 K. sayılı karar (Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1172); Yargıtay 5.CD., 18.04.2019 tarih ve 2016/3703 E., 2019/4496 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>), Çevrimiçi, 31.10.2019); Yargıtay 5. CD., 11.04.2019 tarih ve 2016/6749 E., 2019/4217 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, Çevrimiçi, 31.10.2019); Yargıtay 11.CD., 18.03.2019 tarih ve 2017/6281 E., 2019/2787 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, Çevrimiçi, 31.10.2019).

²³³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.483, 484.

²³⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.677.

²³⁵ Özgenç, “**Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)**”, s.348; Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2505.

²³⁶ Örneğin, özgü suç olan zimmet suçuna iştirak eden kamu görevlisi olmayan sanığın suça azmettirdiği yönünde delil bulunmaması karşısında yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği içtihat edilmiştir (Yargıtay 5. CD., 2013/10188 E., 2015/13247 K. sayılı karar

Düşüncemize göre, “*extraneus*”un özgü suçtan dolayı azmettiren ya da yardım eden olarak hangi şeriklik türüne göre sorumlu olmasına ilişkin tespitten evvel “*extraneus*”un özgü suçu fiil üzerinde hakimiyet kurarak işlemesi yahut şerik olarak iştirak etmesi arasında ikili bir ayrım yapılmalıdır. “*Extraneus*”un özgü suça azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmesi halinde herhangi bir problem bulunmamaktadır. Bu halde, iştirake ilişkin genel kurallara göre şeriklik türlerinden hangisinin koşullarını sağlamaktaysa ona göre cezai sorumluluğu belirlenmelidir. Ancak “*extraneus*”, özgü suçu fiil üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle işlemişse ve fail olmak için gerekli olan özel niteliği haiz olmaması sebebi ile fail olarak sorumlu tutulamamakta ise, azmettiren olarak mı yoksa yardım eden olarak mı cezalandırılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu halde, gerçek özgü suç ve gerçek olmayan özgü suç arasında ayrım yapılmalıdır. Eğer gerçek olmayan özgü suç söz konusu ise, “*extraneus*” suçun temel şeklinden fail olarak cezalandırılmalıdır, ancak gerçek özgü suç söz konusu ise fiil üzerinde hakimiyet kurduğu, fail için öngörülen özelliği ya da yükümlülüğü haiz olmadığı için fail olamadığından azmettiren olarak cezalandırılmalıdır. Yargıtay tarafından verilen kararlarda, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi “*extraneus*”un özgü suçtan şerik olarak cezalandırılmasının öncesinde fiil üzerinde hakimiyet mi kurduğu, yoksa suça azmettiren ya da yardım eden olarak mı iştirak ettiğinin belirlenmesinin daha uygun olduğu düşüncesindeyiz²³⁷.

(<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, 16.09.2018).

Çevrimiçi,

Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 5.CD., 22.06.2009 tarih ve 2009/6740 E., 2009/7930 K. sayılı karar (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2017-2745.htm>, Çevrimiçi, 25.09.2018; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1171); Yargıtay 5. CD., 12.11.2007 tarih ve 2006/10981 E., 2007/8589 K. sayılı karar (Özbek, **a.g.e.**, s.694); Yargıtay 5. CD., 26.03.2009 tarih ve 831/3760 K. Sayılı karar (Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1171); Yargıtay 5. CD., 14.11.2005 tarih ve 2005/17401 E., 2005/22061 K. sayılı karar (Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1172); Yargıtay 5.CD., 30.05.2019 tarih ve 2018/11498 E., 2019/5923 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 30.10.2019); Yargıtay 5.CD., 09.05.2019 tarih ve 2019/2005 E., 2019/5146 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 30.10.2019).

²³⁷ “*Extraneus*”un özgü suçtan şerik olarak ne şekilde sorumlu olacağının belirlenmesinde önerdiğimiz şekilde sistematik bir değerlendirme yapılmaması halinde yargı kararlarında bir ölçüt olmamakta, belirsizlikler ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Yargıtay tarafından verilen bir kararda, “... *Memuriyet görevini kötüye kullanmaktan sanık Tezcan’ın bu suçuna iştiraktan sanık Atilla’nın TCK m.240/1 uyarınca cezalandırılmasına ilişkin verilen hükmü 5. Ceza Dairesi, ... “Sanığın memur*

İkinci olarak, sanığın yardım etmeden dolayı cezalandırılmasının daha lehe olacağı gözetilmeden karar verilmesinin bozma sebebi olarak kabul edildiği kararları da bulunmaktadır²³⁸. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına katılmamaktayız. Yardım etmenin cezasının azmettirmeye göre daha lehe olması gerekçesi ile yardım etmeden cezalandırılması gerektiğinin ifade edilmesi, her durum ve koşulda “*extraneus*”un yardım eden olarak cezalandırılması neticesini doğuracak niteliktedir. Esasında düşüncemize göre Yargıtay'ın bu yönde karar verme eğiliminin temelinde bulunan

*olmadığı gözetilmeyerek memuru görevi kötüye kullanma suçuna azmettirmekten mahkumiyetine karar verilmesi” ni isabetsiz bularak bozmuş, Yerel Mahkeme ise, “... Memur olmayan bir kimsenin memur olduğunu bildiği bir kişiyi azmettiren suçun işlenmesi halinde cezasız bırakılmaması gerektiği”ni ifade ederek kararında direnmiştir. Yargıtay CGK ise, “.... Sanık Atilla'nın SSK Hastanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve aynı zamanda Satınalma Komisyonu üyesi bulunan Tezcan ile hayali şirketler adına teklif mektubu düzenleyip ve kendisi de en düşük teklif mektubu verip, ihaleyi kazanmak hususunda anlaşmaya vardıktan sonra, kurum hastanesine yukarıda yazılı miktarda mal vermek ve bu arada kuru maddelerde 76.665 lira, tüketilen yaş sebze ve meyve satın alımlarında ise, saptanamayan miktarda idareyi zarara soktukları ve bu suretle; hakkında TCK m.240/1 ile hükümlülük kararı kesinleşen memur sanık Tezcan ile birlikte suç işlediği, yani memuru görevini kötüye kullanmaya azmettirmeyip, doğrudan doğruya suçu birlikte işledikleri anlaşılmıştır” şeklinde ifade etmiştir. Bkz: Yargıtay CGK., 03.10.1988 tarih ve 1988/5-301 E., 1988/336 K. sayılı karar (Özgenç, “**Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)**”, s.348).*

Özgenç'e göre, karara ilişkin olarak tartışılması gereken mesele, “*extraneus*”un, “*intraneus*” tarafından işlenen özgül suça iştirak edip edemeyeceği ve iştirak edecek ise ne şekilde sorumlu olacağıdır (Özgenç, “**Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)**”, s.331). Yazara göre, “*extraneus*”, “*intraneus*” tarafından işlenebilecek olan bir yükümlülük suçuna ancak şerik olarak iştirak edebilir, görevi kötüye kullanma suçunun faili ancak kamu görevlisi olabileceğinden “*extraneus*” suça olan katkısı ne derecede olursa olsun ancak şerik olarak sorumlu olabilir (Özgenç, “**Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)**”, s.345). Yazar, karara konu teşkil eden olaya ilişkin olarak sanık Tezcan'ın bir kamu görevlisi olduğunu, özel yükümlülük altında bulunduğunu, sanık Atilla'nın ise kamu görevlisi olmadığını, özel yükümlülük altında bulunmadığını, dolayısıyla kamu görevlisi tarafından işlenebilen suça müşterek fail olarak iştirakının mümkün olmadığını, bu suça şerik olarak iştirak edebileceğini, olayda Atilla'nın azmettiren olmadığı, fikrin Tezcan'a ait olduğunu, azmettirenin Tezcan olduğu anlaşıldığından ve Atilla'nın fiil üzerinde hakimiyet kurmasına rağmen ancak şerik olarak cezalandırılması mümkün olduğundan yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir (Özgenç, “**Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)**”, s.347, 348). Özgenç'in kamu görevlisi olmayan Atilla'nın yardım eden olarak sorumlu tutulmasına ilişkin kanaatine temel olan husus, Atilla'nın azmettiren olmaması, azmettirmenin bu şekilde elenmesidir.

²³⁸ “*Özgü (mahsus) bir suç olan zimmet suçunda, sanık Y.K'nın 5237 sayılı TCK'nın 40/2.maddesi uyarınca; ancak zimmet suçuna azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği, dosya kapsamına göre, sanığın yardım eden konumunda olup, cezası yarı oranında indirileceğinden, bunun sanık lehine olacağı gözetilmeden, 765 sayılı TCK hükümlerine göre zimmet suçunu doğrudan doğruya sanık Oğuz Kutluay ile birlikte işledikleri gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm tesisi*” (Yargıtay 7.CD., 05.06.2009 tarih ve 6079/6900 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.633).

Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 7.CD., 06.02.2008 tarih ve 2006/15664 E., 2008/765 K. sayılı karar (Özbek, **a.g.e.**, s.695; Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.633); Yargıtay 7.CD., 03.07.2008 tarih ve 9143/16330 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.633).

sebepten, yasal düzenleme gereği özgü suça iştirak eden “extraneus” ile “intraneus”un aynı şekilde cezalandırılmasının yol açtığı ceza adaletsizliğini giderme isteğidir. Çünkü bu durumda “extraneus”, özgü suça ne şekilde iştirak etmiş olursa olsun hiçbir ayırım gözetilmeksizin yardım eden olarak sorumlu tutulacak ve böylece kanunda yer alan şeriklik türü olarak azmettirmeden dolayı cezalandırılması bertaraf edilmiş olacak, daha az ceza ile cezalandırılmış olacaktır. Oysaki bu problemin çözümü kanunilik ilkesini ihlal eder şekilde yapılan bu yöndeki uygulama gibi olmamalıdır. Normatif düzenleme önerimiz, bu soruna yönelik çözümü de ihtiva etmektedir.

Üçüncü olarak, Yargıtay tarafından verilen kararlarda “extraneus”un şerik olarak cezalandırılması gerektiği ifade edilirken şerikin failin özel niteliğini bilip bilmediği üzerinde durulmamaktadır²³⁹. Hukukçular tarafından dahi ancak araştırma

²³⁹ “Sanık hakkında, ilgili kurumlara gitmediği, muayene olmadığı, gerekli parayı ödemediği, yazılı ve direksiyon sınavlarına girmediği halde kursun yöneticileri tarafından düzenlenen motorlu taşıt sürücü sertifikası ve diğer belgelerle Çerkezköy İlçe Tescil Büro Amirliğine başvurarak kendi adına sahte içerikli ehliyet düzenlenmesini sağladığının iddia olunduğu olayda; kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçunun özgü suç niteliğinde olduğu ve bu suçun sadece kamu görevlisi olan ve bu nedenle özel fail olarak nitelendirilen kişiler tarafından işlenebileceği, özel faillik niteliğini taşımayan suç ortaklarının ise gerçekleşen fiilden dolayı 5237 sayılı Kanun’un 40.maddesinde düzenlenen bağluluk kuralı uyarınca sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabileceği, dolayısıyla özel faillik niteliğini taşımayan kişilerin özgü suça TCK’nın 37.maddesi kapsamında müsterek fail olarak iştirak edemeyeceği ancak şerik olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, teorik ve direksiyon eğitimi sınavına girmeden motorlu taşıt sürücü sertifikası alamayacağını bilen sanığın, Özday 2.Özcan Sürücü Kursu yöneticilerine başvurup kendisine sahte sürücü sertifikası düzenleme hususunda teklifte bulunmayan yöneticileri suç işlemeye azmettirerek sahte sürücü sertifikası düzenlettirdiği, düzenlenen bu sertifika ve diğer belgelerle Çerkezköy İlçe Tescil Büro Amirliğine başvurarak suça konu sahte sürücü belgesini aldığı olayın sübutu halinde sanığın kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçuna azmettiren olarak cezalandırılması gerekeceği, bu husus yasaca açık olarak düzenlendiğinden, faillğe göre şeriklik halinin tali norm niteliğinde olduğundan bahisle sanığın eyleminin TCK’nın 204.maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmelidir”. Bkz: Yargıtay CGK., 11.04.2019 tarih ve 2018/189 E., 2019/350 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 31.10.2019).

Çoğunluk görüşüne katılmayan Yargıtay CGK üyesi, kanun uygulayıcısının bile zaman zaman tereddüte düştüğü bir konunun sıradan bir kişi olan şerikin bilmesi gerektiğinin varsayılamayacağını ifade etmiş ve bir an için bildiği kabul edilse dahi şerikin fiilini azmettirme olarak değil, ancak yardım etme olarak değerlendirmiş ve neticede failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği TCK m.204/1’den fail olarak cezalandırılması gerektiğini kabul etmiştir. Şöyle ki;

... öte yandan dosya kapsamına göre sahte belgeler düzenlemek için şirket kurmuş olan ve kanun gereği memur sayılan fail sürücü kursu yöneticilerini suça azmettirenin şerik sanık olduğunun kabulünün dosya kapsamına uygun düşmediği sanığın fotoğraf, diploma veya nüfus cüzdanı fotokopisi vermek şeklinde gerçekleşen eyleminin ancak diğer sanıkların sahte belge düzenleme eylemine yardım etme şeklinde değerlendirilebileceği, bu halde de 5237 sayılı TCK’daki kusur prensibi gereği cezalandırılma koşulu olan şerik sanığın diğer faillerin kanun gereği memur sayıldıklarını bilmesi

gerektiği oysa şerik sanığın bunu bildiğine dair dosyaya yansıyan bir beyan veya delil bulunmadığı, kanun uygulayıcısının bile zaman zaman tereddüte düştüğü bir konunun sıradan bir kişi olan şerikin bilmesi gerektiğinin varsayılamayacağı, bir an için sanığın asıl failin memur olduğunu bildiği varsayılsa bile bu takdirde de zaten suç işlemek için sürücü kursu kurmuş sanıkları azmettirdiğinin kabul edilemeyeceği nazara alındığında eyleminin suça yardım eden pozisyonunda kalacağı her iki halde de faillğe nazaran şeriklik hali tali norm karakteri arzettiği için failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği sanığın sadece kendi işlediği suç olan resmi belgede sahtecilik suçundan yani TCK 204/1 maddesi gereğince cezalandırılmasının kanunilik ilkesi ve ceza adaletine daha uygun düşeceği ...”

Karara konu olayda ve genel olarak Yargıtay kararlarında failin özgü suçun faillik alanı sınırlaması içerisinde olmaması halinde yaygın olarak özgü suçtan azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılacağı ifade edildiği, ancak başkaca bir kriter geliştirilmediği, hukuki açıdan gerekçelendirme yapılmadığı, failin özel niteliğinin bilinip bilinmediğinin araştırılmadığı ve sistematik bir inceleme yapılmadığı görülmektedir. Yukarıda izah etmiş olduğumuz üç aşamalı yolu burada da izlemeliyiz. İlk olarak, iştirak bakımından farklı hukuki neticelerinin olması sebebiyle iştirak edilen suçun gerçek özgü suç mu yoksa gerçek olmayan özgü suç mu olduğu tespit edilmelidir. İkinci olarak, “*extraneus*”un suça fail olarak mı yoksa şerik olarak mı iştirak ettiği belirlenmelidir. Üçüncü olarak ise, gerçek olmayan özgü suç söz konusu ise suçun temel şeklinden mi yoksa nitelikli şeklinden mi sorumlu olduğu belirlenmelidir. Karara konu olayda, ilk olarak sahte belge düzenlenmesini sağlayan kişinin cezai sorumluluğu belirlenirken öncelikle suçun gerçek özgü suç mu gerçek olmayan özgü suç mu olduğu belirlenmelidir. Sürücü kursu yöneticileri tarafından işlenen suç, resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şekli olduğundan gerçek olmayan özgü suçtur. Yani sanığın iştirak ettiği suç, gerçek olmayan özgü suçtur. İkinci olarak, sanık sınava girmemiş olmasına rağmen sürücü sertifikası düzenlenmesini sağlamıştır. Bu fiilin müsterek failliği mi yoksa azmettirmeyi mi oluşturduğu tartışılmalıdır. Her iki seçenek de ayrı ayrı değerlendirilmelidir, çünkü ceza sorumluluğu her iki durumda değişmektedir. Düşüncemize göre, olayda suç işleme düşüncesinde olmayan sürücü kursu yöneticilerine sahte belge düzenlemeleri için azmettirilmesinden fazlası bulunmaktadır. Sanık belgenin sahte olarak düzenlemesi fiilini bizzat icra etmese dahi bu konuda sürücü kursu yöneticileri ile işbirliği yaptığından, ortak karar ile hareket ettiğinden, suçun icrai hareketleri üzerinde birlikte hakimiyet kurduğundan ve kendi menfaatini elde etme sürecinde fonksiyonel hakimiyet kurduğundan müsterek fail olarak kabul edilmelidir. Üçüncü olarak, resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklini işleyebilecek özelliği haiz olmaması dolayısıyla bu suça şerik olarak cezalandırılması gerekmele birlikte fiil üzerinde hakimiyet kurduğundan failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği suçun temel şeklinden yani TCK m.204/1’den fail olarak sorumlu tutulması gereklidir.

İkinci aşamada sanığın suça katkısının azmettirme düzeyinde olması kabul edilmişse bu halde cezai sorumluluğunun nasıl olacağı da değerlendirilmelidir. “*Extraneus*” özgü suça şerik olarak iştirak etmişse iştirak bilincinin olması koşulu ile özgü suçtan şerik olarak sorumlu tutulması gereklidir. Karara konu olayda, sanığın suça katkısı azmettirme düzeyinde ise, üçüncü aşamada sorumlu olacağı suç tipi gerçek olmayan özgü suç yani resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şekli olarak belirlenmelidir ve bağlılık kuralı gereğince TCK m.204/2’den azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır. Bu şekilde kabul edildiğinde iki hususun da tartışılmış olması gereklidir: özgü suça iştirak bilinci ve bağlılık kuralı. Karara konu olayda, sürücü kursu yöneticileri kanun hükmü gereği kamu görevlisi sayılmaktadırlar. Sanığın özgü suçtan şerik olarak sorumlu olabilmesi için faillerin bu niteliği haiz olduklarını bilmesi gerekir. Hukukçular tarafından dahi ancak araştırılarak elde edilecek bilginin hukukçu olmayan kişi tarafından bilinmesi beklenemeyeceğinden özgü suça şerik olarak sorumluluğu söz konusu olmaz. Fiili başkaca bir suçu oluşturuyorsa o suçtan fail olarak sorumluluğu olabilir.

Netice olarak; Yargıtay CGK’nın sahte sürücü belgesi düzenlenmesini sağlayan sanığın resmi belgede sahtecilik suçundan azmettiren olarak sorumlu olmasına ilişkin içtihadına katılmamaktayız. Sürücü kursu yöneticilerinin resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinden yani TCK m.204/2’den müsterek fail olarak ve sahte sürücü belgesi düzenlenmesini sağlayan sanığın ise resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinden yani TCK m.204/1’den müstakil fail olarak sorumlu olması gerektiği düşüncesindeyiz.

Karara konu olan sahte belgenin kullanılması fiilinin değerlendirmesi ise, “*extraneus*”un özgü suçlarda dolaylı fail olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesinde tartışılmıştır.

yolu ile edinilebilecek bilginin hukukçu olmayan kişi tarafından bilinmesinin beklenmediği hallerde özgü suça şerik olarak sorumlu tutulmasının en başta şerik olmanın koşullarını karşılamaması sebebi ile hatalı olduğu düşüncesindeyiz. Özgü suça iştirakte, “*extraneus*”un sorumlu olması için iştirak bilincine sahip olması gereklidir²⁴⁰ ve sorumluluk, failin özel niteliğinin bilinip bilinmemesine göre değişmektedir²⁴¹. Eğer “*extraneus*” şerik, failin özelliğini biliyorsa özgü suça şeriklikten sorumlu olacaktır. Örneğin, eşi kamu görevlisi olan kişi, eşini rüşvet almaya azmettirirse rüşvet alma suçuna azmettiren olarak sorumluluğu olacaktır²⁴². İkinci durumda “*extraneus*”, failin özelliğini bilmiyor ise özgü suça şeriklikten sorumluluğu olmayacaktır. Bu halde “*extraneus*”un suça katkısı başka bir suç oluşturuyorsa ve faillik için gerekli koşullar gerçekleşmiş ise, o suçtan dolayı sorumluluğu olacaktır. Doktrindeki bir görüşe göre örneğin, bir kişinin belli bir kamu bankasında veznedar olduğu bilinmeksizin bankadaki paraların alınmasına azmettirilmesi halinde “*extraneus*”, güveni kötüye kullanma suçuna azmettirmeden ve veznedar ise zimmet suçundan fail olarak sorumlu olur²⁴³. Ancak bu görüş, mevcut yasal düzenlemede kabul edilen iştirakte bağlılık kuralı ile uyusmamaktadır. Çünkü şerik, failin fiili ile bağlıdır ve failin işlediği suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulmalıdır. Dolayısıyla şerik, failin kamu görevlisi niteliğini bilmesi halinde zimmet suçuna iştiraktan sorumlu olmalıdır; bilmemesi halinde ise şerik olarak sorumlu olmamalıdır.

Alman ceza hukukunda da, özgü suçun haksızlığının yalnızca özel kişisel unsuru taşıyan özel süje tarafından gerçekleştirebileceği, “*extraneus*”un özgü suçu doğrudan işleyemeyeceği, aksine sadece ilgili özgü suça iştiraktan dolayı cezalandırmayı genişleten hüküm dolayısıyla cezalandırılabilmesi kabul

²⁴⁰ Özbek, **a.g.e.**, s.693; Demirbaş, **a.g.e.**, s.523.

²⁴¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s.523; Akbulut, **a.g.e.**, s.683; Taşkın, **a.g.e.**, s.140.

²⁴² Demirbaş, **a.g.e.**, s.523.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, irtikap, rüşvet, zimmet, ihtilas gibi suçları işleyen memurun bu eylemine bilerek katılan memur olmayan kimse hakkında “*memuriyet sıfatı suçun ögesi bulunduğundan*” özgü suça iştirak derecesine göre TCK m.64 ve m.65 hükümlerinin uygulanması gerekir iken, memur olan sanıkların işlediklerine yer verilen suça asli şekilde katılan memur olmayan sanığın cezasının TCK m.66’ya göre indirilmesi bozma sebebi kabul edilmiştir (Yargıtay 5.CD., 30.04.2007 tarih ve 2007/178 E., 2007/3040 K. sayılı karar, Demirbaş, **a.g.e.**, s.523).

²⁴³ Demirbaş, **a.g.e.**, s.523.

edilmektedir²⁴⁴. “*Extraneus*”, özel tipik haksızlıktan dolayı sadece belli kişiler tarafından işlenebilen özgü suçu işleyemez²⁴⁵. Özgü suçlarda, tipe uygun neticeye sebep olma herkes için değil, sadece tipte belirtilen dar grup içerisinde yer alan kişiler için yasaktır. “*Extraneus*”un cezalandırılabilir iştiraki söz konusu değildir²⁴⁶.

“*Extraneus*”un özgü suçtan şerik olarak ne şekilde sorumlu tutulmasına ilişkin olarak ise, Alman ceza hukukunda Türk ceza hukukuna göre farklılıklar bulunmaktadır. Bunun temel sebebi ise, Alm. CK § 28’de yer alan düzenlemedir. Yükümlülük ihlallerinin farklılığı, Alm. CK § 28 uyarınca dikkate alınmalıdır. Bu hükmün fonksiyonu, yükümlülük durumundaki farklılıkları ve fail ile şerikin haksızlık içeriğindeki farklılıkları denkleştirmektir²⁴⁷. Alm. CK § 28’de gerçek ve gerçek olmayan özgü suç arasında ayırım yapılarak “*extraneus*”un cezai sorumluluğu belirlenmiştir. Azmettirme ve yardım etmenin düzenlendiği 26 ve 27.paragraflar, özgü suça “*extraneus*”un iştirakini kapsamamaktadır, aksine “*extraneus*”un iştiraki sadece 28.paragraf ile düzenlenmiştir. Bu kişiler eğer özel kişisel unsuru taşısalardı, “*intraneus*” olurlardı ve özgü suçtan dolayı azmettiren olarak Alm. CK § 26, 27’ye göre cezalandırılırlardı²⁴⁸. Bu hüküm ile “*extraneus*”un cezalandırılması düzenlenmiş ve böylece “*extraneus*”un cezalandırılabilirliği Anayasa § 103/2 bağlamında yasal güvenceye kavuşturulmuştur²⁴⁹. Şerikler, fail için aranan özel kişisel unsura sahip olmadıklarında azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılabilirler²⁵⁰. Alm. CK § 28/1’de özel kişisel unsurun suçun temel şeklinde

²⁴⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.414.

²⁴⁵ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.392.

Örneğin, uzun bir içki alımından sonra A ve B araba ile kısa bir gezinti yapar, aracı yolculuk boyunca A kullanır. Bu halde sadece A, Alm. CK § 316’da yer alan “*trafikte sarhoş vaziyette araç kullanma*” suç olan bizzat işlenebilen suçun failidir. B ise A’yı sürekli olarak tehlikeli araç kullanmaya teşvik etse dahi sadece muavin olarak yardım eden olabilir (Kindhäuser, **a.g.e.**, s.339, kn.53).

Bizzat işlenebilen suçlarda suçu kendisi işlemeyen kişi, ancak şerik olarak kabul edilebilir (Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.10, kn.25).

Roxin’e göre, azmettirenin fail olmadığı suçlarda azmettirme mümkündür. Bu, her şeyden önce yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlar bakımından geçerlidir (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.187, kn.168).

²⁴⁶ Georg Bambach, **Die Strafflosigkeit Der Teilnahme am Sonderdelikt**, Bensheim, 1963, s.94.

²⁴⁷ Harro Otto, “Straflose Teilnahme”, **Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1976, s.197-217, s.217.

²⁴⁸ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.426.

²⁴⁹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.412, 425.

²⁵⁰ Zieschang, **a.g.e.**, s.188, kn.711.

bulunduğu hal, Alm. CK § 28/2’de ise suçun temel şeklinden farklılaştırılmış özel kişisel unsur düzenlenmiştir. Alm. CK § 28/1’de, suçun temel şeklinde fail ile ilgili olarak özel kişisel unsurun öngörüldüğü gerçek özgü suçlar düzenlenmektedir. Bu hükme göre, suçun temel şeklini oluşturan özel kişisel unsuru haiz olmayan şerikin cezası indirilmektedir. “*Intraneus*” ile “*extraneus*” iştirak ederek bir gerçek özgü suçu işlediklerinde, “*extraneus*” özgü suçtan dolayı cezalandırılmakta, ancak özel faillik niteliğini haiz olmayan şerikin cezasında § 49/1 hükmü gereğince indirim yapılmaktadır. Bu hükme göre, özgü yükümlülüğü haiz olan azmettiren ve yardım eden, bu hükümde öngörülen ceza indiriminden mahrum kalmaktadırlar, bu ceza indirimi kendilerine uygulanmamaktadır²⁵¹.

“*Extraneus*”, özgü suça yardım eden olarak iştirak edebilir. Yardım etme ana fiile yönelik desteği gerektirir. Yardım edenin özel süje niteliğine ya da öngörülen ilişkiye sahip olması aranmaz. Yardım etme, gerçek görev suçlarında görev başında sahte belge düzenleme (Alm. CK § 348) ya da hukuku kasten ihlal ederek karar verme suçuna (Alm. CK § 339) yönelik olabilir. Yardım eden için ceza, görev suçlarının ceza sınırları içerisinde belirlenir, ancak zorunlu çifte indirim yapılır (Alm. CK § 28/1; 27/2)²⁵². Eğer, azmettiren olarak özgü suç grubuna ait olmayan bir kişi, bu gruba dahil olan bir kişi ile birlikte özgü suçu işlerse, manevi yardım eden olarak iştirak edebilir²⁵³.

“*Extraneus*”, özgü suça azmettiren olarak da iştirak edebilir. Müşterek faillik ve dolaylı faillikte tanınan sınırlandırmalar, azmettirmede (*yardım etmede de*)

Örneğin, kamu görevlisi olmayan kişi, Alm. CK § 348’e göre sahte belge düzenlenmesine iştirak ederse, kamu görevlisi fail, kamu görevlisi olmayan kişi yardım eden olarak sorumlu tutulur. Kamu görevlisinin suça iştirakı ve onun özel niteliği, ayrı bir suça iştirak olarak kamu görevlisi olmayan kişiye isnat edilemez. Burada kamu görevlisi olmayan kişi, kamu görevlisi olan kişi ile birlikte veya onun aracılığı ile hareket edemez. Bu durumda yardım edenin cezası, hem Alm. CK § 28/1’e hem de 27’ye göre indirilir (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.692, kn.92).

²⁵¹ Örneğin, doktor sekreteri S, yöneticisi olan doktor A’nın isteği üzerine yetkisiz olarak hasta sırrını ifşa eden bir mektup yazmıştır. Hem S hem de A, Alm. CK § 203’de yer alan “*özel sırların ihlali*” suçundan fail olabilir. Rollerin dağılımına göre sadece A faildir, S ise yardım edendir. Ancak S’nin cezası § 28/1’e göre indirilmez, sadece § 27/2’ye göre indirilir. Dışarıdan bir kişi X, A’yı bu suçu işlemesi için azmettirirse, A, § 203/1’e göre fail olarak cezalandırılır. X de § 203/1’e göre cezalandırılır, ancak cezası § 28/1’e göre indirilir (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.673, kn.14).

²⁵² Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.750, 751, kn.38.

²⁵³ Nagler, **a.g.e.**, s.156.

geçerli değildir²⁵⁴. Eğer, azmettirilen kişi, tamamen “*intraneus*” alanının dışındaki bir kişi ise, o zaman azmettirenin yaptıkları ne objektif ne de subjektif olarak yasak olduğundan suç alanına girmez. Failde karakteristik kişisel nitelik eksik olduğunda, özgü suç söz konusu olmaz²⁵⁵. Akrabalar arasındaki cinsel ilişki ya da güveni kötüye kullanma suçuna azmettiren kişi, kendisi bu suçların faili olamamasına karşın Alm. CK § 173, § 26 ya da Alm. CK § 266, § 26’ya göre cezalandırılır (*cezası Alm. CK § 28/1’e göre indirilir*). Özel niteliği taşınamaması dolayısıyla failliğin tüm formları imkansız olan kişi, azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılabilir, ancak dolaylı faillik ya da müşterek faillik mümkün değildir. Suçun temel şeklinde suç süjesinin kamu görevlisi olmasının arandığı gerçek görev suçlarında azmettiren bu suça azmettirmekten cezalandırılır. Örneğin, A, kamu görevlisi B’yi görev başında sahte belge düzenlemeye ya da hakim C’yi hukuku kasten ihlal ederek karar vermeye azmettirirse, Alm. CK § 348 ya da Alm. CK § 339’a azmettirmekten cezalandırılabilir. Görev suçlarının ceza sınırları içerisinde ceza alır, ancak cezası Alm. CK § 28/1’e göre indirilir²⁵⁶.

Alm. CK § 28/1’den farklı olarak TCK m.40/2’de ise, gerçek özgü suç ve gerçek olmayan özgü suç arasında ayırım yapılmamakta, özgü suçta “*extraneus*”un suça ne tür bir katkısı ve hakimiyeti olursa olsun şerik olarak cezalandırılacağı düzenlenmekte ve cezasında indirim öngörülmemektedir. Gerçek özgü suçlarda şerik olan “*intraneus*” da “*extraneus*” da, Alm. CK § 28/1’deki düzenlemeden farklı olarak TCK m.40/2 düzenlemesine göre aynı şekilde cezalandırılmaktadır. Cezalandırma konusunda bir farklılık öngörülmemiştir. Türk doktrininde bir görüşe göre, bağlılık kuralının katı bir şekilde uygulanması gerçek özgü suçlar bakımından da sorun oluşturmaktadır. Şöyle ki; “*extraneus*”, “*intraneus*”u özgü suçu işlemeye azmettirdiğinde, “*extraneus*” özgü suça azmettiren olarak sorumlu olmaktadır. Tersî durumda, “*intraneus*” başka bir “*intraneus*”u özgü suçu işlemeye azmettirdiğinde,

²⁵⁴ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.736, kn.91.

²⁵⁵ Nagler, **a.g.e.**, s.157.

²⁵⁶ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.736, kn.92, 93.

azmettiren “*intraneus*”, özgü suça azmettiren olarak sorumlu olacaktır. Bu halde özgü suça azmettiren “*extraneus*” da “*intraneus*” da olsa aynı cezayı almaktadır²⁵⁷.

Gerçek özgü suçlarda “*intraneus*”un da “*extraneus*”un da aynı şekilde cezalandırılmasının cezalandırma bakımından herhangi bir ayrımın gözetilmemesinin adaletsiz sonuçlara yol açtığı düşüncesindeyiz. Suç tipinde faillik alanı sınırı içerisinde bulunan kişinin şerik olarak katkısı ile uygun muhatap alanı dışında olan kişinin şerik olarak katkısı hiç şüphesiz aynı derecede değildir. Bu sebeple suçun işlenişine katkı dereceleri farklılık arz eden “*intraneus*” ile “*extraneus*” arasında ceza bakımından da farklılık öngörülmesi gerekmektedir. Ayrıca, “*extraneus*”un özgü suçtan azmettiren olarak cezalandırılması gerektiğinde, azmettirmenin cezası faile verilen ceza ile aynı olduğundan “*intraneus*” ile arasında ceza adaleti bakımından gerekli olan farklılık sağlanamamaktadır. Kanunda “*intraneus*” ile “*extraneus*” arasında gerçek özgü suçlardan şerik olarak sorumlulukları bakımından cezalandırmada farklılık öngörülmesi gerektiği, bu anlamda “*extraneus*”un cezasında “*intraneus*”un cezasına göre belli oranda indirim yapılmasının ceza adaleti açısından daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Alm. CK § 28/2’de, gerçek olmayan özgü suç bakımından cezai sorumluluğun nasıl belirleneceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre, özgü suç sadece özel niteliği haiz olan fail ya da şerik hakkında uygulanmaktadır. Alm. CK § 28/2, “*intraneus*” ve “*extraneus*”un özel kişisel unsurun cezayı değiştiren halini birlikte işlemeleri halindeki daha eski ve daha kapsamlı düzenlemeleri içermektedir²⁵⁸. Eğer iştirak eden özel kişisel unsura sahip değilse, temel suça göre cezalandırılır ve sorumlu olduğu suç tipi değişmiş olur²⁵⁹. Alm. CK § 28/2 gereğince gerçek olmayan özgü suçta “*extraneus*” şerik, işlediği fiilin karşılığı olan genel suçtan şerik olarak cezalandırılır²⁶⁰. Örneğin, bir “*extraneus*” bir kamu görevlisine görevi sırasında yaralama suçunu işletirse, fail Alm. CK § 340 çerçevesinde sorumlu olur, ancak

²⁵⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s.719; Akbulut, **a.g.m.**, s.210, 211.

²⁵⁸ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.413, 414.

²⁵⁹ Heinrich, **a.g.e.**, s.598, § 1357; Weber, **a.g.e.**, kn.769; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.3, kn.1; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.62, kn.6.

²⁶⁰ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.412.

azmettiren temel suçtan, yani Alm. CK § 223'den sorumlu olur²⁶¹. Bu durumun aksi de mümkündür. Şöyle ki; şerik özel niteliği haiz, ancak fail haiz değil ise, şerik özel niteliğin öngörüldüğü özgü suçtan sorumlu olur.

5. “*Extraneus*”un İhmali Özgü Suçlarda Şerik Olarak Ceza Sorumluluğu

a. Genel Açıklamalar

Fail tarafından gerçekleştirilen fiil, icrai nitelikte olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilir. İcrai suçlara iştirak gibi ihmali suçlara iştirak de kabul edilmektedir²⁶². İhmali özgü suça şerik olarak iştirak eden kişi, “*intraneus*” olabileceği gibi “*extraneus*” da olabilir. “*Intraneus*”un ihmali özgü suça şerikliğinde özgü suça iştirake ilişkin genel kurallar uygulanacağından bu kısımda daha sorunlu bir alan olan “*extraneus*”un şerikliği incelenmektedir.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda yani ihmali özgü suçlarda, yalnızca suçun kanuni tanımında neticeyi önlemek ile yükümlü kılınmış garantör kişiler fail olabilir. Garantör olmayan kişiler, faillik alanı dışındadır ve bu kişiler ancak şerik olabilir. İhmali özgü suçta, fail ihmali bir hareket gerçekleştirmektedir. Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantör olmayan şerik yani “*extraneus*”, garantörün sorumlu olduğu suçtan şerik olarak sorumlu olmalıdır. Failin özgü suç niteliğindeki ihmali hareketine “*extraneus*” şerik olarak ihmali ya da icrai hareket ile iştirak edebilir.

Türk doktrininde bir görüşe göre, bir başkasının işlemekte olduğu suçu engellemeyi ihmal eden kişi, kimi durumlarda garantör yükümlülüğü altında olsa dahi bazı suçlarda ihmali suç faili olamamaktadır²⁶³. Bu görüşe göre örneğin, cezaevinden firar suçunda ihmali davranışı ile bu fiili önlemeyen kişi garantör dahi

²⁶¹ Roxin in: Jähne/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, s.3, kn.1.

²⁶² Akbulut, a.g.m., s.193.

²⁶³ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.148; Akbulut, a.g.e., s.685; Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s.288; Akbulut, a.g.m., s.193.

olsa bu suçun fail olamayacağı için ancak şerik olabilir²⁶⁴. Cezaevinde görevli bir yöneticinin bu konudaki ihmali, firar suçuna failliği oluşturmamakta, şerikliği oluşturmaktadır. Bu suç, TCK m. 292’de “*hükümlü veya tutuklunun kaçması*” madde başlığı ile düzenlenmiştir, bu suçun faillik alanı tutuklu ya da hükümlü kişiler ile sınırlıdır. Cezaevinde tutuklu ya da hükümlünün muhafazasından sorumlu kişinin tutuklu ya da hükümlünün kaçmasını engellememesi halinde TCK m.292’de yer alan suça şerik olarak sorumlu olabileceklerdir. Bununla birlikte firarı önlemeyen kişinin koşulları varsa TCK m.294’de yer alan “*kaçmaya imkan sağlama*” suçundan fail olarak sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, “*dosya içeriğinden olay tarihinde tapu müdürü olan sanık Ekrem’in katılana zarar vermek bilinç ve iradesiyle ve sahtecilik kastıyla hareket ettiğine dair somut delil elde edilemediğinden eyleminin 5237 sayılı Kanun’un 257.maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu oluşturduğu, özgü suçlardan olan görevi ihmal suçuna azmettirme veya yardım etme mümkün olmadığından yasal unsurları itibariyle oluşmayan müsnet suçtan sanık Ali’nin beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulması ...*” denilmek suretiyle hatalı bir şekilde görevi ihmal suçuna azmettirme ya da yardım etmenin mümkün olmadığına ilişkin karar verilmiştir²⁶⁵. İhmali özgü suça genel olarak tüm suçlarda olduğu gibi azmettirme ya da yardım etme şeklinde şerik olarak iştirak etmek mümkündür, dolayısıyla Yargıtay tarafından verilen bu karara katılmamaktayız. Türk doktrininde de kabul edilen

²⁶⁴ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.148; Akbulut, **a.g.e.**, s.685; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.288; Akbulut, **a.g.m.**, s.193.

Hakeri’ye göre, TCK m.292’de yer alan hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu, özgü suça örnektir (Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.146). Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin 2017/21526 E., 2018/122 K. sayılı kararında da, hükümlünün veya tutuklunun kaçması suçunun failin hakkında tutuklama kararı verilmiş veya kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunan bir kişi olması gerektiğinden bahisle özgü suç niteliğinde olduğu ifade edilmiştir (<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>, Çevrimiçi, 02.09.2018). Aynı yönde kararlar için bkz: Yargıtay 8.CD., 01.11.2018 tarih ve 2018/4576 E., 2018/12009 K. sayılı karar; Yargıtay 8.CD., 05.07.2018 tarih ve 2018/6064 E., 2018/8476 K. sayılı karar; Yargıtay 8.CD., 27.06.2018 tarih ve 2018/4515 E., 2018/7650 K. sayılı karar; Yargıtay 09.05.2018 tarih ve 2017/22106 E., 2018/5012 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 10.04.2019).

²⁶⁵ Yargıtay 11.CD., 15.12.2014 tarih ve 1171/21728 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.634).

görüŖe göre, ihmali suça azmettirme ya da yardım etme mümkündür²⁶⁶. Örneğın, doktorun hastasına müdahale etmemesi için azmettirilmesi ya da bir annenin çocuğunu aç bırakması için azmettirilmesi ya da kamu görevlisinin öğrendiğı suçu bildirmemesi için azmettirilmesi, kasten öldürmenin ya da kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçuna azmettirilmesi ya da işlenmesine yardım edilmesi gibi²⁶⁷.

Alm. CK'nın 28.paragrafı, cezalandırılabilirliğı özgü suça aktif iştirak eden “*extraneus*”u kapsayacak şekilde genişleten tek hükümdür²⁶⁸. 28.paragrafta aynı hukuki değere saldıran kişilerin tümünün ya sadece garantör ya da garantör olmayan kişilerin iştiraki ile olabileceğı anlaşılmaktadır²⁶⁹.

b. “*Extraneus*”un İhmali Özgü Suçlarda İcrai Hareket İle Şerikliğı

İhmali özgü suçlara icrai hareket ile iştirak edildiğinde, icrai suçlara ilişkin kuralların uygulanması gereklidir²⁷⁰.

İhmali özgü suçlarda, garantörün neticeyi önlememesi hususunda ikna edilmesi halinde azmettirme söz konusu olur²⁷¹. Burada azmettiren garantör olmamakta, azmettirilen kişi garantör olmaktadır. Örneğın, bir doktor hastasına müdahale etmek için acile doğru giderken hastanın düşmanı doktoru müdahale etmemesi konusunda ikna ederse ve doktorun da müdahale etmemesi neticesinde hasta ölürse, doktoru azmettiren “*extraneus*” icrai bir hareket ile ihmali özgü suça azmettirmek suretiyle şerik olarak iştirak etmiş olur. Ya da örneğın, oğlu denizde boğulmakta olan bir babayı kurtarmaması konusunda ikna eden kişi, ihmali özgü suça azmettirmek suretiyle şerik olarak iştirak etmiş olur. Her iki örnekte de kasten

²⁶⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s.684; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.672.

²⁶⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.672.

²⁶⁸ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.467.

²⁶⁹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.472.

²⁷⁰ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.286.

²⁷¹ Doktrinde gerçek ihmali suçlarda, pozitif bir fiil ile azmettirmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bir kişinin hukuki yükümlülüğünü yerine getirmemesi hususunda yönlendirilmesi mümkündür. Gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından da, garantörün azmettirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir (Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.896).

öldürmenin ihmali davranış ile işlenmesi suçu oluşmaktadır ve “*extraneus*” bu ihmali özgü suçlara icrai hareket ile azmettirmekten dolayı sorumlu olmalıdır.

Alman doktrinde bir görüşe göre, eğer azmettirme hareketi ile gözetimde bulunan kişilerin garantör yükümlülüğünün yerine getirilmesine engel olunur ise, o halde “*extraneus*”un Alm. CK § 26’ya göre azmettirmeden dolayı cezai sorumluluğu söz konusu olur²⁷².

Garantörün yükümlülüğünü ihmal etmesine maddi ya da manevi olarak destek olunmasında ise yardım etme söz konusu olur. Türk ve Alman ceza hukukunda hakim olan görüşe göre, ihmali suça icrai bir hareketle yardım etmek mümkün görülmektedir²⁷³. Örneğin çocuğunun acıdan bağırmasını duymak istemeyen babaya kulak tıkacı veren kişi ihmal suretiyle yaralama suçuna yani ihmali özgü suça icrai bir hareket ile yardım etmiş olmaktadır²⁷⁴.

c. “*Extraneus*”un İhmali Özgü Suçlarda İhmali Hareket İle Şerikliği

“*Extraneus*” ihmali özgü suça icrai hareket ile iştirak edebileceği gibi ihmali hareket ile de iştirak edebilir. İhmali özgü suçlarda “*extraneus*”un ihmali hareket ile şerikliği mümkündür. Doktrindeki hakim görüş de, ihmal suretiyle iştirakın mümkün olduğunu kabul etmektedir. İhmali hareket ile iştirak, hareketsiz kalmanın suça etki olarak görüldüğü ve fakat failliğin koşullarını gerçekleştirmediği hallerde söz konusu olur. Örneğin, garantör olmayan bir kişinin iştirak iradesiyle suç yerinde sadece bulunması gösterilebilir²⁷⁵. Örneğin, doktoru acil müdahale için hastaya yetiştirmesi gereken bir taksi şoförünün yolu gereksiz bir şekilde uzatması

²⁷² Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.75, kn.233.

²⁷³ RGSt 69, 349; 71, 176 (178); 73,53 (54); BGHSt 30,391 (393 f.) (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.744, kn.22); Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.288; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.920; Erdem, **a.g.m.**, s.213.

²⁷⁴ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.744, kn.23; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.288.

²⁷⁵ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.289, 290.

İhmali hareket ile iştirakın icrai hareket ile iştirakten farkı, ihmali hareket ile iştirakte olayın gelişimine gerçek bir etki etme durumunun bulunmamasıdır (Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.290).

sonucunda doktorun hastaya müdahalesi için geç kalması halinde taksi şoförü, ihmali hareket ile kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçuna şerik olarak iştirak etmektedir. Alman doktrinde bir görüşe göre ise, kanunilik ilkesinin gereği olarak yürürlükte olan Alm. CK. § 28’de garantörsel ihmali suçlarda ihmali hareket ile iştirak eden garantör olmayan kişinin cezalandırılabilirliği sorusu cevaplandırılmamıştır²⁷⁶.

Azmettirmenin ihmali hareket ile gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre, ihmali hareket ile azmettirme mümkün değildir²⁷⁷. İhmali hareket ile azmettirme, problemsiz olan ihmali suça azmettirmekten ayırt edilmelidir²⁷⁸. İhmali suça icrai bir hareket ile azmettirmenin mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte, ihmali suça ihmali hareket ile azmettirmenin olanaklı olmadığı, kanunda azmettirme için aranan koşulların ihmal suretiyle azmettirmede bulunmadığı, hiçbir şey yapmayarak azmettirmenin olanaklı olmadığı kabul edilmektedir²⁷⁹. Çünkü burada harekete geçirmeye yönelik bir fiil bulunmamaktadır²⁸⁰. İhmali hareket ile azmettirmenin mümkün olduğunun ifade edilmesine rağmen, sadece hareketsiz kalarak suç işleme kararına sebep olunmaz, olsa olsa suç işlenmesi engellenmez²⁸¹. İcraya eşdeğer ihmali hareket ile azmettirme, tamamen olanaksız değilse de, pratikte hiçbir şey yapmamanın açıklayıcı değerinin olmaması sebebi ile gerçekleştirilmesi oldukça zordur²⁸². İhmal ile azmettirme dogmatik sebeplerden dolayı kabul edilmemektedir²⁸³.

İhmal suretiyle yardımın mümkün olup olmadığına ilişkin olarak ise, Türk doktrinde yardım niteliği taşıyan hareketin icrai bir davranışla

²⁷⁶ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.472.

²⁷⁷ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.75, kn.233; Tofahrn, **SAT-II**, s.124, kn.167; Demirbaş, **a.g.e.**, s.518; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.672, 677; Aydın, **a.g.e.**, s.165; Birtek, **a.g.e.**, s.376, 377; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.553; Erdem, **a.g.m.**, s.211.

²⁷⁸ Tofahrn, **SAT-II**, s.124, kn.167.

²⁷⁹ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.730, 731, kn.67; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s.290; Aydın, **a.g.e.**, s.165; Birtek, **a.g.e.**, s.377; Erdem, **a.g.m.**, s.211.

²⁸⁰ Tofahrn, **SAT-II**, s.124, kn.167.

²⁸¹ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.730, 731, kn.67.

Alm. CK § 357’de yer alan “astını suç işlemeye yönlendirme” suçunun bu bağlamda ispat gücü bulunmamaktadır (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.730, kn.67).

²⁸² Freund, **a.g.e.**, s.410, kn.117.

²⁸³ Mosenheuer, **a.g.e.**, s.151.

gerçekleştirilebileceği gibi ihmali bir davranış ile de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir²⁸⁴. Yargıtay, hareketsiz kalarak da suça iştirak edilmesini mümkün görmektedir²⁸⁵. Alman doktrininde de, yardım etmenin ihmali hareket ile de mümkün olduğu ifade edilmektedir²⁸⁶. Garantör yükümlülüğünün bulunduğu hallerde ihmali hareket ile yardım etme mümkün olabilir²⁸⁷. İhmal ile yardım etme iştirak şekli olarak dogmatik açıdan mümkündür ve belli durumlarda da meselenin özüne uygundur. Tek tartışmalı nokta, uygulama alanının ihmali faillikten ne ölçüde sınırlandırılması gerektiğidir²⁸⁸.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda şerikin “*intraneus*” olup olmaması gerektiği, yani ihmali suça şerik sıfatı ile iştirak edebilmek için şerikin neticeyi önleme hususunda hukuki yükümlülüğünün bulunup bulunmaması gerektiği tartışmalıdır. Türk doktrininde bir görüşe göre, ihmali hareket ile yardım etme için yardım edenin garantör olması, “*intraneus*” olması gereklidir. Bu görüşe göre, “*extraneus*” ihmali hareket ile yardım eden konumunda olamaz²⁸⁹. Alman doktrininde de bir görüşe göre, garantör olmayan kişi, gerçek olmayan ihmali suçtan garantör yükümlülüğünün bulunmaması sebebi ile şerik olarak sorumlu

²⁸⁴ Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.920; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.581; Erdem, **a.g.m.**, s.213.

²⁸⁵ “*Kemalettin’in öldürme suçunu yapma hareketlerine katılmayan Cemalettin ve İhsan’ın, eylemin Kemalettin tarafından yapılması sırasında olay yerinde bulunma ve asıl yapan engellemekle suça fer’i olarak katıldıklarının göz önüne alınması gerekir*” (Yargıtay 1.CD., 05.02.1987 tarih ve 4303 E., 268 K. sayılı karar, Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.920, dipn.21).

“... Her ne kadar sanık Uğur sanık Adem’in eylemine katılmadığını, sadece arkadaşı olduğu için sanık Adem ile birlikte olay yerine geldiğini belirtmiş ise de, sanığın bu savunmaları kendisini suçtan ve cezadan kurtarmaya yöneliktir. Zira hayatın olağan akışına göre, suça katılma kastıyla olay yerine gelmediğini belirtmiş olan ve olay tarihi itibarıyla onsekiz yaşından küçük olan sanık Uğur’un sanık Adem’in Mehmet’e ateş etmesi sonrasında hemen olay yerinden kaçması beklenirken, olayın başından sonuna kadar olay yerinden kaçmamış, hatta Mehmet’in durumunu öğrenerek bu konuda sanık Adem’i bilgilendirmiş olup bu durum sanık Uğur’un sanık Adem’in suç işleme kararını kuvvetlendirmek amacıyla olay yerine geldiğini ve orada bulunduğunu göstermektedir”. (Yargıtay CGK., 25.12.2012 tarih ve 2012/1-406 E., 2012/1868 K. sayılı karar, Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.921, dipn.21).

²⁸⁶ Bock, **a.g.e.**, s.619.

²⁸⁷ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.744, kn.22.

²⁸⁸ Mosenheuer, **a.g.e.**, s.156.

²⁸⁹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.581; Erdem, **a.g.m.**, s.213; Demirbaş, **a.g.e.**, s.518.

olamadığından fiili cezasız kalır²⁹⁰. Düşüncemize göre, şerikin suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği haiz olması gerekmemektedir. Bu koşul, yalnızca fail olmak için gereklidir. Gerçek olmayan ihmali suçlar da özgü suç grubuna dahil olduğundan ve bu konuda istisna öngörülmediğinden “*extraneus*”un şerik olarak sorumlu olamamasına ilişkin görüşe katılmamaktayız.

B. Bağlılık Kuralı

1. Genel Açıklamalar

765 sayılı TCK’da bağlılık kuralına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kanunda nitelikli hallerin şeriklere sirayeti düzenlenmiş bulunmaktaydı.

5327 sayılı TCK m.40’da ise, bağlılık kuralı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “(1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. (2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım olarak sorumlu tutulur. (3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir”. Bu hüküm ile bağlılık kuralı dolayısı ile şeriklerin ceza sorumluluklarının belirlenmesi için gerekli olan şartlar ve özgü suça iştirakten dolayı fail ya da şerik olarak sorumluluk için gerekli olan koşullar öngörülmüştür²⁹¹.

Bağlılık kuralı (*Akzessorität*), suça iştirak eden kişilerde faillik için aranan koşulların bulunmaması (*fiil hakimiyeti ya da faillik için öngörülen belirli bir özellik*) halinde bu kişilerin işlenen suçtan sorumlu tutulabilmelerini sağlamaktadır

²⁹⁰ Örneğin, eğer bir çocuk suya düşer ve boğulursa, ancak babası V ile yoldan geçen P çocuğu kurtarmak için hiçbir şey yapmazlar ise, sadece V, Alm. CK § 212’ye göre fail olarak sorumlu olur. P için cezalandırılabilirlik, sadece Alm. CK § 323c’de yer alan “*yardım etmeme suçu*”na göre yardım etmeyi ihmal etmekten dolayı mümkündür. P’nin Alm. CK § 212 ve 27’ye göre ihmale yardım etmekten dolayı sorumluluğu söz konusu olmaz. Çünkü ihmalden dolayı şerikin cezalandırılabilirliği için garantör yükümlülüğünün olması gereklidir (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.673, 674, kn.15).

²⁹¹ Yurtcan’a göre, bu hükümde yer verilen hususlar birbirinden farklı olduklarından madde başlığının “*iştirakin özel kuralları*” olması daha uygun olurdu (Yurtcan, **a.g.e.**, s.968).

(*Doppelfunktion der Akzessorität*)²⁹². Bu fonksiyonların yerine getirilmesi için asıl fiilin kasten ve hukuka aykırı gerçekleştirilmesi ve asıl fiilin icrasına başlanmış olması gereklidir²⁹³. Bağlılık kuralı, şerikin cezalandırılabilirliğinin kasten ve hukuka aykırı ana fiile bağlılığı anlamına gelmektedir²⁹⁴. Bu kurala göre, fiili suçun kanuni tanımına uymamak ile birlikte failin işlediği fiile katkı sağlayan kişiler, failin fiili ile ilişkilendirilerek ve failin fiiline bağlı olarak cezalandırılmaktadır²⁹⁵. Bağlılık kuralı, şeriklerin sorumluluğu ile ilgili olduğundan faillerin ceza sorumluluğunu etkilemez. Şeriklerdeki kişisel bir durum ya da sebep, kendisi için sonuç doğurur, fail üzerinde etkisi olmaz²⁹⁶.

Bağlılık kuralı, ceza sorumluluğunu şeriklerin de sorumluluğunu belirlemek suretiyle genişleten kuraldır²⁹⁷. Bağlılık kuralı ile failin fiiline katkı sunan ancak fiil üzerinde hakimiyet kuramayanların sorumluluklarının belirlenmesi ve ikinci olarak

²⁹² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.564; Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.141; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.475; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1166; Zafer, **a.g.e.**, s.381; Taşkın, **a.g.e.**, s.83; Önok, **a.g.e.**, s.77; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.685; Birtek, **a.g.e.**, s.389; Malkoç, **a.g.e.**, s.596; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.954; Gökcan, Balci, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.179; Akbulut, **a.g.m.**, s.190; Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2489; Yeşil, **a.g.m.**, s.97; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.646.

Bkz: Yargıtay CGK., 11.04.2019 tarih ve 2018/189 E., 2019/350 K. sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 31.10.2019); Yargıtay 16.CD., 23.01.2019 tarih ve 2018/2519 E., 2019/323 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, 01.11.2019).

²⁹³ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.142; Demirbaş, **a.g.e.**, s.510; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.686; Birtek, **a.g.e.**, s.390; Özen, **a.g.e.**, s.540; Kaymaz, **a.g.m.**, s.123; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.332, 333, kn.17; Bock, **a.g.e.**, s.596.

²⁹⁴ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.264, kn.7; Bock, **a.g.e.**, s.596; Heinrich, **a.g.e.**, s.556, § 1278; Kasiske, **a.g.e.**, s.63, kn.171; Zieschang, **a.g.e.**, s.171, kn.640; Tofahrn, **SAT-II**, s.119, kn.159; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.173, kn.464; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.664, kn.38; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.143.

²⁹⁵ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.224, kn.595; Taşkın, **a.g.e.**, s.118, 120; Önok, **a.g.e.**, s.49; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.648; Birtek, **a.g.e.**, s.389; Malkoç, **a.g.e.**, s.595; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.520; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.880; Gökcan, Balci, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.179; Akbulut, **a.g.e.**, s.177; Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2489; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.645.

²⁹⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s.693.

²⁹⁷ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.142; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.520; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.475; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1167; Demirbaş, **a.g.e.**, s.493; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.482; Zafer, **a.g.e.**, s.381; Akbulut, **a.g.e.**, s.687; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.325; Önok, **a.g.e.**, s.77; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.664; Aydın, **a.g.e.**, s.51; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.861; Özen, **a.g.e.**, s.542, 545; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.550; Akbulut, **a.g.m.**, s.176; Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2488, 2489; Yeşil, **a.g.m.**, s.96; Gökcan, Balci, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.179; Özen, **a.g.m.**, s.251; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.645.

da “*extraneus*”un özgü suça iştirakinde sorumluluğunun belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bağlılık kuralı ile haksızlığın gerçekleştirilmesine katkı sunan kişilerin cezalandırılması sağlanmaktadır. Suçun kanuni tanımına uygun hareketi, suç tipinde yer alan haksızlığı kendisi gerçekleştirmemek ile birlikte suça katkı sunan suç ortakları şerik olarak bağlılık kuralı sayesinde sorumlu tutulabilmektedirler.

Şerikin fiili suçun kanuni tanımında yer alan haksızlığı gerçekleştirecek nitelikte olmasa dahi sorumlu tutulabilmesi illi değer taşıyan ihmali ya da icrai davranışta bulunmasına bağlıdır²⁹⁸. Şeriklerin çifte kastlarının (*doppelter Teilnehmervorsatz*) bulunması gerekmektedir, hem azmettirme ya da yardım etme kasten olmalı hem de fiile ilişkin kastları bulunmalıdır²⁹⁹.

Faillik, sadece pozitif olarak (*suçun kanuni tanımında yer alan haksızlığı fiil üzerinde hakimiyet kurarak gerçekleştirmek*) ifade edilirken, şeriklik bir eksikliğe işaret ederek (*suçun kanuni tanımında yer alan haksızlığı fiil üzerinde hakimiyet kurmaksızın gerçekleştirmek*) izah edilmektedir³⁰⁰. Fail, haksızlık ile doğrudan temas halinde iken, şerik fail aracılığı ile ilişki kurmaktadır ve bağlılık kuralı dolayısıyla sorumlu olmaktadır³⁰¹. Fail suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi iken, şerik ise failin fiilini gerçekleştirmesine katkı sunan kişidir³⁰². Doğrudan, müşterek ya da dolaylı failler kendi fiillerinden cezalandırılır iken, şerik yabancı bir kişinin fiiline iştirak etmekten cezalandırılır³⁰³.

²⁹⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.685; Gökçen, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.179.

²⁹⁹ Kasiske, **a.g.e.**, s.76, kn.206; Tofahrn, **SAT-II**, s.118, kn.158; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.745, kn.28; Akbulut, **a.g.e.**, s.671; Taşkın, **a.g.e.**, s.121; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.554; Akbulut, **a.g.m.**, s.177; Erdem, **a.g.m.**, s.211.

³⁰⁰ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.141.

³⁰¹ Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.141; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.476; Akbulut, **a.g.e.**, s.687; Malkoç, **a.g.e.**, s.595; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.520; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.880; Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2491; Yeşil, **a.g.m.**, s.97; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.645.

³⁰² Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.646; Kaymaz, **a.g.m.**, s.120.

³⁰³ Kasiske, **a.g.e.**, s.71, kn.195; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.209, kn.555; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.661, kn.25; s.666, kn.48; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.125.

Özgü suça ilişkin düzenleme, TCK'da bağlılık kuralı başlıklı 40.maddenin 2. fıkrası ile yapılmıştır³⁰⁴. Bu hükme göre, özgü suçlarda özel faillik niteliğini taşımayan kişi özgü suçtan ancak şerik (*azmettiren ya da yardım eden*) olarak sorumlu olabilir.

TCK m.40/1'de suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı fiil yeterli kabul edilmiştir. Alm. CK'da da aynı şekilde sadece kast ve hukuka aykırı fiil yeterli görülmüş, kusur dışarıda bırakılmıştır. İştirak eden her kişinin diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önüne alınmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağına ilişkin düzenlemeden de esas fiilin kusurlu olmasının aranmadığı ve sınırlı bağlılık kuralının (*limitierter Akzessorietät*) kabul edildiği anlaşılmaktadır. TCK m.40'da yer alan bu kabul, kusurluluğun suç unsuru olarak kabul edilmediği 5237 sayılı TCK anlayışı ile de uyumaktadır³⁰⁵. Suçun unsurları dışında kalan kusurluluk ve cezalandırılmayı önleyen kişisel nedenler, bu sebep kendisinde bulunmayan suç ortağını etkilememektedir. Sınırlı bağlılık kuralının koşulları; suçun en azından teşebbüs aşamasında kalması ile kasten ve hukuka aykırı fiilin varlığıdır. Sınırlı bağlılık kuralının iki önemli sonucu bulunmaktadır; ilki şerikin suça olan katkısının ancak failin fiilinin kasıtlı ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi ve en azından teşebbüs aşamasında kalması şartıyla cezalandırılabilmesi, ikincisi şerikin failin işlediği fiil çerçevesinde sorumlu tutulmasıdır³⁰⁶. Bağlılık kuralında, failin işlediği suça iştirak eden herkes için aynı

³⁰⁴ Özgü suça ilişkin kanun düzenlenmesine yönelik doktrinde çeşitli eleştiriler de bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kanundaki düzenleme ile beklenen amacın sağlanamadığı, bağlılık kuralının özgü suçlardaki uygulamasının doğru olmadığı ve şerikin haksızlığının kendisinin hukuki değer ihlalinin türetildiğini, sınırlı bağlılık kuralı çerçevesinde şeriklerin sorumluluğu tespit edilirken failin işlediği suça göre ceza tayin edilmek ile birlikte şerikliğin de göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmiştir (Akbulut, **a.g.e.**, s.720).

³⁰⁵ Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.956.

³⁰⁶ Zieschang, **a.g.e.**, s.189, kn.717; Akbulut, **a.g.m.**, s.191; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.649; Kaymaz, **a.g.m.**, s.123. Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İctihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.779; Demirel, **a.g.e.**, s.361; Taşkın, **a.g.e.**, s.102; Malkoç, **a.g.e.**, s.596.

Bağlılık kuralının niceliksel etkisi, TCK m.40/3'de yer alan şerikin işlediği suçun tamamlanmış ya da en azından teşebbüs aşamasında olmasıdır (Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1166; Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İctihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.781; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s.329; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.478, 479; Taşkın, **a.g.e.**, s.94; Önok, **a.g.e.**, s.78; Birtok, **a.g.e.**, s.392; Malkoç, **a.g.e.**, s.596; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.556; Akbulut, **a.g.m.**, s.192; Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2503; Yeşil, **a.g.m.**, s.98). A

olan suç işlenmiş olmalıdır³⁰⁷. Dolayısıyla anlaşılan suçtan başka bir suç işlendiği takdirde bu suçtan sorumlu tutulmazlar.

Bağlılık kuralından şerikin cezalandırılabilirliğinden önce failin cezalandırılabilirliğinin incelenmesi ve saptanması gerekliliği sonucuna ulaşılmaktadır³⁰⁸. Örneğin, intihara iştirak söz konusu olmaz, çünkü kişinin kendini

İman ceza hukukuna göre de, birden fazla kişi tarafından işlenen suç tamamlanmamış ise, iştirak edilen fiil en azından teşebbüs aşamasında kalmış olmalıdır (Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.666, kn.48). Böylece cezalandırılabilir şeriklik, asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasında olmasını koşul olarak belirlemektedir ve bu da şerikliğin failin fiilinin haksızlığına bağlı olduğunu bir kez daha göstermektedir (Akbulut, **a.g.e.**, s.688; Taşkın, **a.g.e.**, s.94; Önok, **a.g.e.**, s.78; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.565; Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2503). Henüz suçun icra hareketlerine başlanmamış ise, suça iştirak edenlerin cezalandırılması mümkün olmaz (Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.781; Taşkın, **a.g.e.**, s.94). Çünkü böyle bir durumda henüz haksızlık teşkil eden fiil ortaya çıkmamıştır.

TCK'dan farklı olarak Alm. CK § 30'da, suça katılmaya teşebbüs suç olarak düzenlenmiştir. Bu paragrafın birinci fıkrasına göre, bir kimse bir başkasını bir suç işlemeye azmettirmek için sevk etmeye teşebbüs ederse, suça teşebbüse ilişkin hükümler uygulanır, ancak cezasında indirim uygulanır. Bu düzenlemeye göre, asıl fiil icraya başlanmamış olsa dahi suç işleme iradesini ortaya koyan azmettiren cezalandırılmaktadır. Bu paragrafın ikinci fıkrasına göre, bir kimse suç işlemeye ya da azmettirmeye hazır olduğunu açıklar, bir başkasının önerisini kabul eder ya da başka birisi ile bunu yapmak için anlaşır ise aynı şekilde cezalandırılır.

Ancak Türk hukukunda akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilmesi düzenlenmemiştir. Azmettirenin suça iştiraktan sorumluluğu için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gereklidir. Akim kalmış azmettirmede ise, azmettirilmek istenen kişi henüz icra hareketlerine başlamadığından iştiraktan dolayı sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Türk doktrininde akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz: Demirel, **a.g.e.**, s.348; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.492, 493; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.556, 557; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.952. Bu görüşe göre, azmettirme halinde azmettirme başlı başına bir haksızlık ifade etmekte, suç işleme düşüncesi olmayan bir kişiye suç işleme yönünde karar aldırılmaktadır, bu eylemin haksızlık oluşturduğu gerekçesi ile cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, TCK teşebbüste objektif ceza hukuku anlayışını kabul ederek doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanılmasını öngördüğünden bundan vazgeçilerek subjektif ceza hukuku anlayışının benimsenmesi doğru değildir (Aydın, **a.g.e.**, s.172). Üçüncü yöndeki görüşe göre, TCK'da akim kalmış azmettirmenin cezalandırılıp cezalandırılmayacağının belirsiz olduğunu ve kanunilik ilkesi gereğince açık bir şekilde cezalandırılacağına düzenlenmediği ifade edilmiştir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.553).

Bağlılık kuralının niteliksel etkisi ise, failin fiilinin tipe uygun, kasten ve hukuka aykırı olmasıdır (Zieschang, **a.g.e.**, s.189, kn.717; Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.779; Demirel, **a.g.e.**, s.361; Taşkın, **a.g.e.**, s.102; Malkoç, **a.g.e.**, s.596; Akbulut, **a.g.m.**, s.192).

³⁰⁷ Özbek, **a.g.e.**, s.690; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.489; Akbulut, **a.g.e.**, s.670; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.647; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.564.

³⁰⁸ Kasiske, **a.g.e.**, s.72, kn.197; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.209, kn.555.

öldürmesi ceza gerektiren bir suç değildir, bu nedenle de iştirak için elverişli bir asıl fiil bulunmamaktadır³⁰⁹.

Şerikin cezai sorumluluğunun dayanağı olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Türk doktrininde bir görüşe göre şeriklik, kasıtlı ve hukuka aykırı fiile faillik niteliğinde olmayan katkı sağlamak suretiyle kasıtlı hukuki değer ihlalidir³¹⁰. Bu görüşe göre şeriklik, bağlı hukuki değere saldırı (*akzessorischen Rechtsgutsangriff*) olarak tanımlanmaktadır³¹¹. Şerik suçun kanuni tanımına uygun fiili gerçekleştirmese de, başkasının fail olarak gerçekleştirdiği fiile katkı sunarak, doğrudan değilse de failin fiiline katkı sunarak korunan hukuki değeri ihlal etmektedir³¹². İkinci görüşe göre, şerikin haksızlığı, önemli ölçüde ana fiilin

³⁰⁹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.209, kn.556.

³¹⁰ Akbulut, **a.g.e.**, s.687; Akbulut, **a.g.m.**, s.177; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.647; Kaymaz, **a.g.m.**, s.121.

³¹¹ Akbulut, **a.g.e.**, s.688; Akbulut, **a.g.m.**, s.177; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.647.

³¹² Akbulut, **a.g.e.**, s.688; Akbulut, **a.g.m.**, s.177; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.647; Kaymaz, **a.g.m.**, s.121.

Şerikin fiilinin hukuki değer ihlali niteliğinde olduğuna ilişkin görüşü değerlendirmeden evvel hukuki değer üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır. Davranış normları ile koruma altına alınan hukuki değer, bir şahıs ya da eşyanın içinde olan, bünyesinde bulunan bir husus olup, nesnel yönü bulunmamaktadır. Bu değerler, metafizik, manevi bir muhteviyatı haizdirler (Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.127). Ceza kanunlarında düzenlenen suç tipleri ile kişinin hukuk düzeni tarafından korunan hukuki değerinin belirli fiillerle ihlal edilmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Hukuki değer, “*kişiler ile soyut ve somut objeler arasında var olup, hukuk tarafından korunan soyut, objektif ve ideal yarar ilişkisi*” olarak tanımlanmaktadır (Erkan Sarıtaş, “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”, **İÜHF**, Cilt:LXXI, Sayı:1, 2013, s.1051-1108, s.1093).

Demirel, “*intranus*” ve “*extraneus*”un özgü suç ile korunan hukuki değeri doğrudan ve dolaylı olarak ihlal ettiğini kabul etmektedir. Her ne kadar özgü suçun ayırt edici unsurunun kanun koyucunun doğrudan belirttiği kişi tarafından ihlal edilebilmesi, diğer kişilerin ise (*extraneus*) dolaylı olarak ihlal edebilmesi olduğunu iddia etse de, korunan hukuki değerin doğrudan-dolaylı ihlal edilmesi şeklinde bir ayrımın doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Çünkü korunan hukuki değer, suçun kanuni tanımında öngörülen fail tarafından gerçekleştirilen fiil neticesinde ihlal edilir. Kanunda fail olarak öngörülmemen kişinin fiile iştirak etmesi neticesinde şerik olarak sorumlu tutulması ise, bağlılık kuralı ile ilgili olduğundan ve şerikin fiili tipik haksızlığı gerçekleştirmediğinden korunan hukuki değerin dolaylı ihlali olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Netice olarak hukuki değerin doğrudan ya da dolaylı ihlal edilmesi yönündeki görüşe katılmamaktayız.

Demirel’in şerikin suç ile korunan hukuki değeri ihlal ettiğine ilişkin görüşünün bağlılık kuralı ile ve diğer bağlantılı konularla ilişkisi bağlamında ortaya çıkarabileceği çelişkilere ilişkin eleştiri için ayrıca bkz: Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.475, dipn.1559).

Şerikin suç ile korunan hukuki değeri dolaylı olarak ihlal ettiğine ilişkin benzer yönde görüş için bkz: Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.951. *Mahmutoglu/Karadeniz*’e göre, şerikliğin hukuki esasına ilişkin tartışmanın akim kalmış azmettirmeye yansıyan bir yönü bulunmamaktadır. Çünkü bağlılık kuralı kabul edilse de, edilmese de şerikin cezalandırılması için bir suç işlenmesi zorunludur. Bu görüşe göre, şerikin hareketinin bağımsız bir haksızlık içeriğine sahip olup olmaması, şerikte bulunan ancak failde bulunmayan nitelikli halden dolayı sorumlu tutulabilmesi bakımından önemlidir. Bu görüş, ceza kanununda bağımsız şerikliğin kabul edilmediğini, ancak bu durumun şeriklerin hareketlerinin haksızlık içermediği anlamına gelmeyeceğini, azmettirme ve yardım etmenin davranış

haksızlığı ile belirlenir³¹³. Suç ortaklarının fail olmadan tek başına cezalandırılmamalarının sebebi, şerikin eyleminin suçun hukuki konusunu ihlal edecek boyutta olmamasıdır³¹⁴. Bu yönü ile bağıllık kuralı, fail ile şerik arasındaki ceza ilişkisinin kurulmasını sağlar³¹⁵. Üçüncü yöndeki görüşe göre, şerikin haksızlığının sadece bağıllık kuralı ile açıklanması doğru değildir ve esas fiilin haksızlığına dayandırılması doğru değildir. Çünkü fail cezalandırılabilir haksızlığı gerçekleştirir iken, şerik cezalandırılmayabilir. Diğer taraftan şerikin haksızlığı önemli ölçüde fiilin haksızlığı ile belirlenir, asıl fiilin teşebbüs aşamasında kalmış olmasının koşul olarak aranması da şerikliğin haksızlığının failin fiilinin haksızlığından tamamen bağımsız olmadığını gösterir³¹⁶. Bu görüşe göre, şerikin haksızlığı kısmen failin fiilinden, kısmen de şerikin hukuki değere yönelik saldırısından kaynaklanmaktadır³¹⁷. TCK m.38'in gerekçesinde, belli hallerde azmettirenin cezasında artırım öngörülmesinin hukuki dayanağının azmettirmenin tek başına haksızlık niteliği taşıması olduğu ifade edilmiştir. Dördüncü görüşe göre, şerikin cezalandırılmasının sebebi, suç teşkil eden fiile sebep olması, suçun oluşumuna nedensel katkı sunmasıdır³¹⁸.

Alman doktrinde bir görüşe göre, şerikin katkısının cezaya layık oluşunun temeli, hareketin değersizliği ve kusur açısından failin işlediği suç ile aynı olmasıdır. Fail gibi şerikin de suçu kendisine aittir, eğer ceza kanunu şerikin işlediği suçu büyük ölçüde işlenen ana fiile bağlıyor ise, o zaman şerikin hareketinin cezaya layık oluşu, çoğu durumda neticenin değersizliğini gerektirmektedir³¹⁹. Şerikin hareketi kendi başına hareketinin değersizliğini taşımasına rağmen, ana fiile iştirakin cezalandırılabilirliği, bağıllık kuralını fazlaca ön plana çıkarmaktadır³²⁰. Şerik,

normlarına aykırı hareketler içerdiği ve asıl fiili gerçekleştirmese dahi haksızlık barındıran hareket olduğu kabul edilmektedir (Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.950, 951).

³¹³ Akbulut, **a.g.e.**, s.688.

³¹⁴ Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2489.

³¹⁵ Birtek, **a.g.e.**, s.390.

³¹⁶ Akbulut, **a.g.m.**, s.177.

³¹⁷ Gökçen, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.179; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.685.

³¹⁸ Savaşçı Temiz, **a.g.m.**, s.2491; Kaymaz, **a.g.m.**, s.123.

³¹⁹ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.265, kn.9.

³²⁰ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.268, kn.17.

hukukun merkezi olan failin etrafında gruplandırılırsa ve istisnasız bir şekilde suçun hukuki niteliği faile göre belirlenirse, özgü suçun özel niteliğinin suça iştirak eden diğer kişilere etki edip etmediği ve etki ediyorsa ne tür bir etkisinin olduğu sorusunun bir çözüm noktası olmaz ve sorunu çözmek için bir çıkış noktası sunmaz³²¹. Benzer yönde başka bir görüşe göre, iştirakte sınırlı bağıllık kuralı, bağımsız suç olarak şerikin işlediği suçun karakterine bağlıdır. Ana fiil ile bağlantısı olmasına rağmen, şerikin işlediği suç, bağımsız olarak genel ve gerekirse olası özel suç koşullarını yerine getirmelidir. Şerik, yabancı bir haksızlıktan daha doğrusu kusurlu davranış ve sonuçlarından cezalandırılmaz, sadece kendi gerçekleştirdiği ihlalden cezalandırılabilir³²². Aksi yöndeki görüşe göre ise, iştirakın haksızlık içeriği, ana fiilin haksızlığından kaynaklanmaktadır³²³. Bugün hakim olan görüşe göre, suça iştirakın cezalandırılmasının temelinin şerikin bir başkasının suç işlemesine neden olması ya da işlenen suçu desteklemesi olduğu kabul edilmektedir. Şerik, hukuki değer ihlalini tek başına gerçekleştirmez, aksine iştirak hareketi ile dolaylı olarak ihlal eder³²⁴.

Düşüncemize göre, şerikin suça katkısında haksızlık bulunmaktadır, ancak bu haksızlık failin fiiline bağlı olarak ortaya çıkmaktadır, failin fiili olmaksızın şerikin fiile katkısının tek başına bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca suç ile korunan hukuki değer ancak faillik alanı içerisinde bulunan fail tarafından ihlal edilebilir. Bu sebeplerle hukuki değer suça uygun muhatap alanı dışındaki bir kişi tarafından ihlal edilemeyeceğini ve haliyle şerikin katkısının hukuki değeri ihlal niteliği taşımayacağını düşünmekteyiz.

2. Bağıllık Kuralı Kapsamında Alm. CK. § 28'in İçeriği

TCK m.40 iştirakte bağıllık kuralını, özgü suça ilişkin iştirak kuralını ve suçun nitelikli hallerinde ve kusura ilişkin kişisel sebeplerde sirayet konularını

³²¹ Nagler, **a.g.e.**, s.83.

³²² Freund, **a.g.e.**, s.371, kn.12.

³²³ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.67, kn.205; Kasiske, **a.g.e.**, s.72, kn.198; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.209, kn.555.

³²⁴ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.67, kn.205.

düzenlemiştir. Alm. CK § 28 ise, gerçek ve gerçek olmayan özgü suçta iştirak kuralını, nitelikli hallerde ve şahsi cezasızlık sebeplerinde sirayet meselesini ve § 29 ise, kusura ilişkin kişisel sebeplerin iştirak eden diğer kişilere etkilerini düzenlemiştir.

İştirakte bağıllık kuralına ilişkin düzenlemenin Alm. CK'daki karşılığını 28.paragraf oluşturmaktadır. Bu hükümde, hem iştirakın cezalandırılma sebebi hem de sınırlı bağıllık kuralı birlikte düzenlenmektedir³²⁵. Alm. CK § 28 ve § 29, suça iştirak eden birden fazla kişiden sadece birisinde özel haksızlık veya özel kusur unsurunun (*suçun temel sebebi, cezayı artıran, azaltan sebep ya da cezasızlık sebebi*) bulunmasına ve bu unsurları taşımayan bir diğerine tamamen isnat edilemeyeceğine ilişkin düzenlemelerdir³²⁶. Alm. CK § 28'e göre, şerikin cezalandırılabilirliği, unsurun sadece asıl failde değil, ayrıca kendisinde de bulunup bulunmamasına da bağılıdır³²⁷. “*Intraneus*” ve “*extraneus*”un özgü suçu birlikte işlemeleri halinde bu hükümde öngörülen kurallar uygulanır³²⁸. Bu hüküm, suça iştirak edenlerden birisinin özel kişisel unsura sahip olduğu, diğer iştirak edenin taşımadığı hallerde bu durumun suça iştirak edenin cezasını nasıl etkilediğini düzenlemektedir³²⁹. Bu hükümde, özel kişisel unsur taşıyanların iştirake farklı ölçülerde katılımı düzenlenmektedir³³⁰. Alm. CK § 28, suçun değil, suçlunun özelliklerine ilişkin olarak uygulanmaktadır. Failin özel kişisel unsura sahip olup olmamasına göre sorumluluğu farklılaşmaktadır³³¹. Suçun temel şeklini oluşturan unsurlar kusurun değil, fiilin belirli bir haksızlığına dayandıklarından, şerike yönelik bağıllık kuralına Alm. CK § 29'daki gibi istisna öngörülemez. Bu görüşe göre, bu hükümde şerikin kendi eyleminin değersizliğinden sorumlu olması şeklinde istisna getirilmelidir³³².

³²⁵ Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.6, kn.5.

³²⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.234, kn.1.

³²⁷ Kasiske, **a.g.e.**, s.78, kn. 208.

³²⁸ Langer, **Die Sonderstraftat**, s.392.

³²⁹ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.109, kn.334.

³³⁰ Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 28.

³³¹ Bohlander, **a.g.e.**, s.173, 174.

³³² Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.275, kn.38.

Bu, belgede sahtecilik suçu bakımından geçerli olmamalıdır. Çünkü burada belgeleme işlemi kamu görevlisi tarafından yapılmaktadır ve dışarıdaki kişi azmettiren ya da yardım eden olarak

Alm. CK § 28'de fiile ilişkin unsurların aksine faile ilişkin unsurlar karakterize edilmektedir ve faile ilişkin özellikler iki gruba ayrılarak incelenmektedir³³³. Alm. CK § 28'in her iki paragrafı da özel kişisel unsura ilişkindir. Alm. CK § 28/1'de failin cezalandırılmasına temel oluşturan, suçun kurucu unsuru niteliğinde özel kişisel unsurlar (*strafbegründende besondere persönliche Merkmale*) düzenlenmekte, Alm. CK § 28/2'de ise, özel kişisel unsurun cezayı ağırlaştırdığı, azalttığı haller veya cezasızlık sebepleri (*strafmodifizierenden besondere persönliche Merkmale*) düzenlemektedir³³⁴. Özgü yükümlülük, cezalandırmanın temel sebebi olan kişisel unsur olduğundan iştirak edende bunların eksikliği Alm. CK § 28/1'e göre cezada indirim yol açmaktadır. Gerçek olmayan

cezalandırılır. Ancak güveni kötüye kullanma suçu için şerik tam olarak özel yükümlülüğü bulunan fail ile ilişkisi olmaksızın eşyaya zarar verebildiği sürece geçerlidir (*şerik burada sadece mala zarar vermeden cezalandırılır, güveni kötüye kullanma suçundan değil*). Bu görüşe göre, asker olmayıp da bir askerin kaçışına iştirak edenlerin cezalandırılması için özel hüküm tesis edilmemeli midir? Böylece failin özgü yükümlülüğünü taşımayan şeriklere basmakalıp şekilde ceza sorumluluğunun genişletilmesine son verilecektir (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.276, kn.38).

³³³ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.225, kn.596; Heinrich, **a.g.e.**, s. 597, kn. 1354; Tofahrn, **SAT-II**, s.120, kn.160.

Alm. CK § 28 anlamında özel kişisel unsurlar, özel subjektif unsurlar değil, aksine sadece failin ya da şerikin yükümlülük durumuna ilişkin unsurlardır (Otto, **a.g.m.**, s.217).

Eğer aynı lafza rağmen, suçun temel unsurları, cezayı değiştiren unsurlardan farklı anlaşılırsa, Alm. CK § 28/1 ve 2'ye göre suçun temel unsurları ve cezayı değiştiren unsurların farklı incelemesi haklı görülebilir (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.8).

Alman doktrininde bir görüşe göre, suça iştirak eden A'da bulunan kişisel unsurun suça iştirak eden B'ye etki edip etmediği *-hakim olan görüşün aksine-* unsurun suçun temel şeklini mi, yoksa cezayı değiştiren şeklini mi oluşturduğundan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Sadece yapısal etkiye dayanan böyle bir ayırım, tamamen mantıksız sonuçlara yol açar, ne § 50'nin (*yürürlükte olan § 28'in karşılığı olan hüküm*) lafzı ile ne de kanun koyucunun iradesi ile uyumaz (Bambach, **a.g.e.**, s.92).

³³⁴ Weber, **a.g.e.**, kn.766; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 11. Neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, s.3, kn.1; Ingelfinger in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.347, kn.1; Jescheck, **a.g.e.**, s.266; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.60, kn.2; Bohlander, **a.g.e.**, s.173; Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.110, kn.337; Heinrich, **a.g.e.**, s. 597, kn. 1354; Kasiske, **a.g.e.**, s.78, kn. 208; Tofahrn, **SAT-II**, s.120, kn.161, 162; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.226, kn.599; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.758, kn.19; Radtke, **a.g.m.**, s.643; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.7.

Alman doktrininde özel kişisel unsurun suçun temel şekline mi, yoksa cezayı değiştiren şekline mi ilişkin olduğunu tespit için bir ölçüt önerilmiştir. Şöyle ki;

Eğer ilgili suçun kalan diğer unsurları suçun oluşumu için bir anlam ifade etmiyorsa, o zaman o unsur suçun temel şeklini oluşturur. Eğer o unsur olmadan suç zaten oluşuyor ve o unsurun eklenmesi sadece cezanın artmasına yol açıyor ise, cezayı değiştiren şeklini oluşturur (Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.75, kn.43). Böyle bir ceza değişikliği, ya cezanın artmasına veya cezanın azalmasına yahut cezasızlığa sebep olan unsurlar nedeni ile suçun oluşmasına rağmen cezalandırma yapılmamasına yol açmaktadır (Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.75, kn.44).

yükümlülük suçlarında ise, Alm. CK § 28/2'ye göre genel suçun ceza sınırlarına göre cezalandırılmasını sağlamaktadır. Böylece yükümlülük ihlali iştirak edenin cezalandırılmasında etkili olmaktadır³³⁵.

³³⁵ Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, kn.35, 52, 54; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.70, kn.32.

Bu iki hüküm, özgü yükümlülük suçlarında “*extraneus*”un iştirakının cezalandırılabilirliğini düzenlemektedir ve dolayısıyla bu hükümlerin sınırlandırılması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.417).

Doktrinde yaygın olan görüşe göre, bu hüküm iştirak edenlerin olası farklı yükümlülüklerini dikkate alma işlevine sahiptir. Buna göre, özel kişisel unsur özgü yükümlülük unsuru ile aynı olmalıdır. Bu görüşe karşılık, yürürlükte olan kanunda cezayı indiren ya da ortadan kaldıran özgü yükümlülüğün bulunmadığı ve dolayısıyla Alm. CK § 28/2'nin içeriğinin boş olduğuna yönelik itirazda bulunmaktadır (Kindhäuser, **a.g.e.**, s.334, 335, kn.29).

Özel kişisel yükümlülük örneği olarak Alm. CK § 283'de yer alan “*hileli veya taksirli iflas*” suçu ve Alm. CK § 288'de yer alan “*cebri icrayı engelleme suçu*” gösterilmektedir (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.67). Faillik unsurunun borçlunun hukuki değeri olarak gösterildiği bu suçların yükümlülük suçu olarak karakterize edildiğine ilişkin bir tartışma bulunmamaktadır (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.67). Bu suçların garantörsel özgü suç olduğuna ilişkin görüş için bkz: Chen, **a.g.e.**, s.280.

Roxin'e göre, yükümlülük suçlarındaki özgü yükümlülüklerin tümü § 28/1'e göre özel kişisel unsurdur (Grunst, **a.g.m.**, kn.549). Özgü suç, ona karşılık gelen genel suçtan sadece yükümlülük unsuru ile değil, aynı zamanda kamu görevlisinin yetkisini kötüye kullanılması ile de ayırt edilebilir, bu yüzden tüm özgü yükümlülük unsurları, Alm. CK § 28/1'e göre belirlenmelidir (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.54). Suç tipinde fail için ağırlaşan yükümlülük öngörülmüşse ve bu yükümlülük de özel fail niteliğini oluşturuyorsa, Alm. CK § 28 anlamında özel kişisel unsur oluşur (Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.70, kn.32). Eğer özgü suça benzeyen genel suç varsa, o zaman özgü yükümlülük unsuru, § 28/2'de yer alan özel kişisel unsur kapsamına girmez (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.54).

Alman Federal Yüksek Mahkemesi ceza hukukundan kaynaklanan yükümlülüğü, Alm. CK § 28/1 kapsamında özel kişisel unsur olarak kabul etmesine rağmen (BGHSt 41, 1 (2) (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch** Ingeborg in: Kindhäuser/Neumann/Päeffgen, **a.g.e.**, § 29, kn.69), Vergi Kanunu § 370 hükmünde öngörülen vergi yükümlülüklerinin açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğünü anlaşılamaz şekilde özel kişisel unsur olarak ele almamıştır (BGHSt 41, 1 (4) (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.69)). Yüksek Mahkeme, bu yükümlülüğün ihlalinin ceza hukukunda bir suç olmadığını, aksine vergi hukukuna dayandığını kabul etmiştir (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.69). Vergi Kanunu (AO) § 370/I/1'de yer alan suçun fail alanı sınırlandırılmıştır. Yüksek Mahkeme, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantör konumuna göre sadece icrai ve ihmali suçun tipik neticesini eşitleyen bir fonksiyona sahip olduğu ve böylece § 28/1'deki özel kişisel unsuru taşımadığına ilişkin görüşü kabul etmektedir. Mahkeme, açıkça bu fikir ayrılığında karar vermek zorunda olmadığı görüşündedir. Mahkeme, § 370/I/2 hükmünü cezai nitelikte herkese yönelik bir emir olduğunu ve fiile ilişkin unsur ile faile ilişkin unsur arasında sınırlandırmanın tanımına göre ceza hukuku dışından kaynaklanan özgü yükümlülük olmadığını kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre, bu suç bir gerçek olmayan ihmali suçtur (Grunst, **a.g.m.**, s.549). Vergi Kanunu (AO) § 370/I/1'e göre, her kim yanlış ya da eksik bilgi verir ve vergileri azaltırsa cezalandırılırken, § 370/I/2'ye göre yükümlülüğe aykırı olarak bilgisizlikten dolayı vergiyi azaltan kişi cezalandırılır. Bu nedenle § 370/I/2'nin faili yalnızca garantör yükümlüsü olabilir (Grunst, **a.g.m.**, s.551). Grunst'a göre, vergi yükümlüsü diğer gerçek

Suçta iştirak eden kişide özel kişisel unsur eksik olduğunda Alm. CK § 28/1 ve Alm. CK § 28/2’de şerikin cezalandırılmasının nasıl öngörüldüğü önemli bir tartışma konusudur³³⁶. Alm. CK § 28/1’de gerçek özgü suçlara ilişkin olarak düzenleme yapılmıştır. Bu hükme göre, suçun temel şeklinde özel kişisel unsurun öngörülmesi ve bu özel kişisel unsurun şerikte eksik olması halinde “*extraneus*” olan şerikin cezasında indirim öngörülebileceği düzenlenmiştir. Bu unsurlar, fiilin haksızlığı için kurucu nitelikte olan unsurlardır³³⁷. Bu hükümde cezalandırılabilirlik koşulu olarak özel kişisel unsurun suçun temel şeklini oluşturması düzenlenmektedir ve bu unsur yok ise suçun temel şekli de oluşmamaktadır³³⁸. Bu hüküm, uygulama alanını

olmayan ihmali suçlarda olduğu gibi ceza hukuku dışından kaynaklanan kişisel bir özgü yükümlülük ile karşı karşıya kalmaktadır (Grunst, **a.g.m.**, s.551). Ayrıca gerçek olmayan ihmali suçların yükümlülük suçu kapsamına girdiğine ilişkin görüş için bkz: Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.459-469; Chen, **a.g.e.**, s.35. Davranış biçimlerinin problematik sınırlandırılması, § 370’in bir bütün olarak özgü suç olarak yorumlanıp yorumlanmayacağı üzerinde düşünmeye sebep olur. Davranış biçimleri arasındaki bu farklılık, tüm yükümlülük suçlarında olduğu gibi sadece sınırlı bir öneme sahiptir (Roland Schmitz, Martin Wulf in: **Münchener Kommentar zum StGB**, 2. Auflage, 2015, kn.280).

Özgü yükümlülük unsurunu diğer fail unsurlarından ayrılmasında pozitif üstü bir kriter bulunmadığından özgü yükümlülüğün dayanağı pozitif hukukta aranmalıdır (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.61). Bu görüşe göre özgü yükümlülüğü taşıyan kişi, özgü suç tiplerinden bağımsız olarak kendisi tarafından ihlal edilen hukuki değere karşı henüz tipikleştirilmeden önce (*vorstrafrechtlich*) yükümlülük durumunu üstlenmiş olmalıdır (Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.61).

³³⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.238, 239, kn.16.

³³⁷ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.110, kn.337.

Gerçek özgü suçlarda “*extraneus*” şerikin cezalandırılabilirliği bir problemdir. Kanun koyucunun bu problem için bulduğu çözüm net değildir. Çünkü kanuni düzenlemenin avantaj ve dezavantajı § 28/1’den dolayı tam bir zıtlık içindedir. Bu hükmün olumlu yönü, özgü suça iştirak eden “*extraneus*” şerikin cezalandırılabilirliğine ilişkin eski bir tartışma konusunun kanun koyucunun kendisi tarafından karara bağlaması olarak değerlendirilmelidir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.427). Gerçek özgü suçlarda “*extraneus*” şerik, 1968’de kanuna § 50/2 yani § 28/1’e “*extraneus*” şerikin teşebbüs prensiplerine göre cezasında zorunlu bir indirim yapılması yönünde bir hüküm eklenmeden önce cezasız kalmaktaydı (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.412). 1968’de kanun koyucu, “*intraneus*” ve “*extraneus*”un özel kişisel unsurun suçun temel şeklinde yer aldığı özgü suçu birlikte işlemesine ilişkin düzenlemeyi tamamlamıştır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.424).

³³⁸ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.225, kn.598; Heinrich, **a.g.e.**, s.597, kn. 1354; Bohlander, **a.g.e.**, s.173; Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.150; Jescheck, **a.g.e.**, s.266.

Bu hükme göre özel kişisel unsur, cezalandırmanın temel sebebidir. Faillğe dayanan yükümlülük durumu, sadece cezayı artırmayan aynı zamanda cezalandırmanın temel sebebi olduğu sürece “*özel kişisel unsur*” olarak dikkate alınabilir (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.60). Kamu görevlisi tarafından işlenen görev suçları ve doktorun konumu buna örnektir (Alm. CK § 331, 332, 336, 344, 345, 348) (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.60; Schweinberger, **Strafrecht AT I**, s.8, kn.38; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.113, kn.285; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s.353; Jakobs, **a.g.e.**, s.175, kn.90; Welzel, **a.g.e.**, s.63, 64; Chen, **a.g.e.**, s.29;

suçun temel şeklinde yer alan özel kişisel unsurun şerikte bulunmaması ile sınırlar, böylece şerikin şahsında özel kişisel unsurun bulunabileceğinden hareket eder³³⁹. Eğer olmadığında herkes için cezalandırılabilirliğin temeli de olmuyorsa, hatta cezasızlığı sonuçluyorsa, o zaman cezalandırılabilirliğin kurucu unsuru, özel kişisel unsurdur. Özel kişisel unsur failde bulunmamakta, ancak şerikte bulunmakta ise, ana failde suçun temel şeklini oluşturan unsur eksik olduğundan şerikin suçun temel şeklinden cezalandırılabilirliği akim kalır³⁴⁰. İkinci fıkranın aksine, bu hükümde sadece şerikin cezalandırılması düzenlenmiştir, suç tipinde aranan koşulları yani özel kişisel unsuru taşımayan şerikin kendisinin suçu işlemesi mümkün değildir³⁴¹.

Özgü suça iştirak eden “*extraneus*”, azmettiren ya da yardım eden olmaktadır. Böylece bu hüküm, gerçek özgü suça iştirak eden “*extraneus*”un azmettiren ya da yardım eden olarak iştirakını ele alan bir düzenlemedir³⁴². Alm. CK § 28/1 sadece cezanın tayinine ilişkin kural öngörmektedir³⁴³. Bu hüküm, özel kişisel unsura sahip olmayan şerikin cezasında § 49/1 hükmüne göre indirim yapılması gerektiğini düzenlemektedir³⁴⁴. § 28/1’de öngörülen ceza indirimi, hükmün lafzından

Kindhäuser, **a.g.e.**, s.69, kn.15). Cezalandırmanın temel sebebi olan kişisel unsura örnek olarak askeri suçlarda asker olma özelliği; görev suçlarında görev sahibi olma özelliği gösterilmektedir (Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, § 28, kn.5).

Bu anlamda özel kişisel unsurun suçun temel şeklini oluşturduğu özgü suçlar, güveni kötüye kullanma suçu (§ 266), yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık suçu (§ 153), özel sırların ihlali suçu (§ 203), hukuku kasten ihlal ederek yapılan uygulama (§ 339) gibidir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.425, 426).

³³⁹ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.426.

³⁴⁰ Heinrich, **a.g.e.**, s.598, kn.1356.

³⁴¹ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.225.

³⁴² Langer, **Die Sonderstrafat**, s.425, 426; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.692, kn.91; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.334, kn.23; Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.275, kn.38; Kasiske, **a.g.e.**, s.78, kn. 209.

Özgü suça iştirak eden “*extraneus*”, yani azmettiren ya da yardım eden, özgü haksızlığın genel haksızlık esasını gerçekleştirmektedirler. Hukuki değere yönelik tipik saldırıyı iştirak şekillerine uygun gelen bir biçimde azmettiren ya da yardım eden olarak gerçekleştirirler ve onların “*extraneus*” olmalarına rağmen, özgü suçtan cezalandırılabilme sebepleri de budur. Örneğin, bir icra memuru taraflardan birisinin zararına hareket ederek karar verirse, hakim bağımsızlığına sahip olmadığından Alm. CK § 339’a göre elverişli süje değildir. Özel süje eksik olmasına rağmen, failin davranış yapısı tipik hukuki değere saldırıya sebep olabilir (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.426).

³⁴³ Tofahrn, **SAT-II**, s.120, kn.161.

Alm. CK § 28/1’de öngörülen cezanın tayinine ilişkin kural, kusura göre belirlenmelidir (Bock, **a.g.e.**, s.629).

³⁴⁴ Heinrich, **a.g.e.**, s.597, kn. 1355; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.353; Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, kn.2; Joecks, **a.g.e.**, § 28, kn.23; Weber, **a.g.e.**, kn.766, 769; Gerl, **a.g.e.**, s.53; Roxin in: **Jähne/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.3, kn.1, s.6, kn.5; Schwedtfeger, **a.g.e.**, s.150; Krause, **a.g.e.**, s.68; Jescheck, **a.g.e.**, s.266; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.60,

da anlaşılabilirdiği gibi sadece özel kişisel unsura sahip olmayan şerik için geçerlidir³⁴⁵. Bu halde şerik, özel kişisel unsurun farkında olmalıdır, ancak bu özelliğe sahip olmasına gerek yoktur³⁴⁶. Bu hükmün uygulanabilmesi, suç tipinin yorumlanmasına ve aralarındaki ilişkiye bağlıdır³⁴⁷. Bu hükme göre, suçun kanuni tanımında öngörülen kişisel unsuru haiz olmayan iştirak edenin cezasında indirim uygulanacak iken, bu özellikleri haiz olan iştirak edenin cezasında indirim uygulanmayacaktır. Örneğin, bir kişi bir hakimi “*hukuku kasten ihlal ederek yapılan uygulama*” suçunu işlemesi için azmettirirse, Alm. CK § 339 ve § 26’ya göre cezalandırılır ve cezası § 28/1 atfı ile § 49/1’e göre indirilir³⁴⁸.

Alm. CK § 28/2 hükmüne göre özel kişisel unsurlar, ancak kendisinde bu özellik bulunan kişi hakkında uygulanabilir. Faile ilişkin özel niteliğin aynı zamanda kişisel bir unsur olması halinde Alm. CK § 28/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır³⁴⁹. Bu hükümde, faile ilişkin özel kişisel unsurların cezayı artıran, azaltan ya da ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin olması halinde bu düzenlemenin bu özel niteliği

kn.2; Deichmann, **a.g.e.**, s.17; Langer, **a.g.m.**, s.243; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.225, kn.598; Radtke, **a.g.m.**, s.641; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.7.

Hakim olan anlayışa göre, Alm. CK § 28/1’in uygulama alanında şerik, failin sorumlu olduğu suç ile aynı suçtan cezalandırılmakta, ancak cezası Alm. CK § 49/1’e göre indirilmektedir (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.239, kn.16; Radtke, **a.g.m.**, s.641; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.7).

Bu hüküm, özel bir kanuni indirim sebebi öngörmektedir (Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, kn.7).

Örneğin; bir kamu görevlisinin eşinin İngilizce bilmemesi ve genel olarak finansı kimin idare ettiğini bilmemesi dolayısıyla bir banka hesabı açarak eşine rüşveti kabul etmesine yardımcı olması halinde, rüşvet suçuna iştirak eden olmaz. Çünkü § 28/1 anlamında sorumluluğa temel teşkil eden kamu görevlisi olma sıfatı eksiktir. Kamu görevlisinin eşi, suça iştirakın genel prensiplerine göre tam veya kısmi bir fonksiyonel hakimiyete sahip olsa dahi sadece § 27’ye göre yardım eden sıfatı ile sorumlu olabilir. Alm. CK § 28/1 hükmüne göre, kamu görevlisinin eşinin cezası, eşinin suçu ve desteği ile ilgili olarak kastı olduğu sürece § 49/1’e göre indirilir (Bohlander, **a.g.e.**, s.174).

³⁴⁵ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.761, kn.30.

³⁴⁶ Bohlander, **a.g.e.**, s.173.

³⁴⁷ Weber, **a.g.e.**, kn.770.

³⁴⁸ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.334, kn.23; Heinrich, **a.g.e.**, s. 598, kn. 1355.

Özel bir kişi bir hakimi hukuku kasten ihlal etmesi için yönlendirdiğinde, “*extraneus*” hatalı bir değerlendirmeye sebep olarak yargıya zarar verir ve Alm. CK § 339’a azmettirmekten cezalandırılır. Ancak failin hakimlik görevinden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal ederek gerçekleştirdiği özel haksızlığı “*extraneus*” gerçekleştiremez. Kanun koyucu onun lehine § 28/1’de cezada indirim öngörmüştür (Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.234, kn.2).

³⁴⁹ Heinrich, **a.g.e.**, s.61, kn. 175, dn.106.

taşıyan fail veya şerik hakkında uygulanacağı düzenlenmiştir³⁵⁰. Alm. CK § 28/2'ye göre cezanın artırılması, indirilmesi ya da ortadan kaldırılması, suçun kanuni tanımında özel kişisel unsurun bir nitelik, ayrıcalık ya da cezayı kaldıran bir sebebe ilişkin olması anlamına gelir³⁵¹. Bu hükme göre, failin şahsi cezasızlık ya da cezayı ortadan kaldıran sebebinin şerikin cezalandırılabilirliğine etkisi bulunmamaktadır³⁵². Bu hükmün asıl amacı, haksızlığı, kusuru ya da cezalandırmaya liyakatı belirleyen, ancak sadece kişiyi karakterize eden durumlar için genel kuralların geçerli olmasıdır. Ceza adaletinin gerekli kıldığı ölçüde bu kurallar, sadece bu koşulları sağlayan iştirak eden (*müşterek fail ya da şerik*) için uygulanabilir³⁵³. Alm. CK § 28/2'e göre fail ya da şerik, özel kişisel unsurun şahsında bulunmasına ya da bulunmamasına bağlı olarak daha ağır ya da daha hafif cezayı gerektiren suça göre cezalandırılmalıdır³⁵⁴.

Alm. CK § 28/2 hükmü, Alm. CK § 28/1'in aksine, hem fail hem de şeriki kapsayacak şekilde iştirak edenin özel kişisel unsurlara sahip olmaması halinde, suçun temel şekline göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir³⁵⁵. Bir diğer farklılık ise, Alm. CK § 28/2'de § 28/1'de olduğu gibi ceza sınırları § 49/1 indirimine göre değişmemekte, aksine şerik için failin cezalandırıldığı hükmün dışında bir hükümden cezalandırılma söz konusu olmaktadır³⁵⁶. Alm. CK § 28/1'den farklı olarak Alm. CK § 28/2'de failde eksik olan, ancak şerikte bulunan daha ağır cezayı gerektiren özel kişisel unsur gibi unsurlar söz konusu olmaktadır³⁵⁷. Yahut özel kişisel unsur,

³⁵⁰ Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.225, kn.597; Heinrich, **a.g.e.**, s.597, § 1354; s.598, § 1357; Bohlander, **a.g.e.**, s.173; Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 28, kn. 21; Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, kn.8; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.3, kn.1; Ingelfinger in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.347, kn.2; Krause, **a.g.e.**, s.68; Jescheck, **a.g.e.**, s.266; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.61, kn.3; Deichmann, **a.g.e.**, s.17; Langer, **a.g.m.**, s.243.

³⁵¹ Heinrich, **a.g.e.**, s.598, kn. 1357; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.61, kn.3.

Cezayı ağırlaştıran özel kişisel unsura örnek olarak Alm. CK § 244/1'de yer alan hırsızlık suçunun çete ile işlenmesi gösterilmiştir (Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.225, kn.597).

³⁵² Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.664, kn.40.

³⁵³ Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, § 28, kn.1.

³⁵⁴ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.239, kn.16.

³⁵⁵ Heinrich, **a.g.e.**, s.598, kn. 1357; Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 28, kn. 21; Weber, **a.g.e.**, kn.769; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.761, kn.32; Mosenheuer, **a.g.e.**, s.63.

³⁵⁶ Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.61, kn.3.

³⁵⁷ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.112, kn.346.

şerikte eksik olabilir, yani şerikte olmaksızın failde bulunabilir³⁵⁸. Daha ağır cezayı gerektiren özel kişisel unsuru taşımayan şerike bu suç isnat edilmez, şerik sadece suçun temel şekline göre sorumlu olur³⁵⁹. Alm. CK § 28/1'den gerçek kamu görevine ilişkin suçlarda nitelikli olmayan şerikin daha hafif cezalandırıldığı ortaya çıkmaktadır. Buna paralel olarak Alm. CK § 28/2'den gerçek olmayan kamu görevine ilişkin suçlarda şerikin daha hafif ceza miktarı olan genel suçtan cezalandırıldığı anlaşılmaktadır³⁶⁰. Alm. CK § 28/1 ve 2'deki unsurlar arasında maddi açıdan bir fark bulunmamaktadır. Örneğin, kamu görevlisi niteliği, gerçek özgü suçlarda (*Alm. CK § 339*) suçun temel şeklini oluşturur ve gerçek olmayan özgü suçlarda (*Alm. CK § 258a, 340*) suçun daha ağır cezayı gerektiren şeklini oluşturur³⁶¹. Bu nedenle Alm. CK § 28/1 ve 2'nin uygulanabilirliği ilgili unsurun niteliğine değil, aksine ilgili suçtaki işlevine bağlıdır³⁶².

Alm. CK § 28/2'ye göre, özel kişisel unsur bu özelliği haiz olmayan suç ortaklarına sirayet etmemektedir. Bu hüküm, bağlılık kuralının bir istisnasını oluşturmaktadır. Bu hükmün kapsamı, "*intraneus*"un fail ya da şerik olarak sorumluluğunun belirlenmesini içermektedir. Bu unsurlar, suçun temel şeklinin normun uygun muhatabı tarafından gerçekleştirilmesi temeline dayanmayan, ancak

³⁵⁸ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.392.

Özgü suçlarda "*extraneus*" yardım ederse, bu özgü suçun dayandığı genel haksızlığa şerikliği gerçekleştirmiş olur, ancak davranışı Alm. CK § 26 ve 27'yi kapsamaz ve böylece cezasız kalır. Alm. CK § 28/2, böyle bir şerikin kendi gerçekleştirdiği haksızlığa göre cezalandırılmasını öngörmektedir. Örneğin, bir milletvekili mecliste "*kötüleme*" (Alm. CK § 186) suçunu işlemesi için azmettirilirse, milletvekili Alm. CK § 36'ya göre cezalandırılmaz, azmettiren ise Alm. CK § 28/2 gereğince Alm. CK § 186'ya göre azmettiren olarak cezalandırılır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.418).

³⁵⁹ Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.7.

Daha ağır cezayı gerektiren özel kişisel unsurun öngörüldüğü özgü suç için örnek olarak görev sırasında yaralama suçu verilebilir. Örneğin, eşi tarafından azmettirilen bir polis görevini yerine getirdiği sırada basit yaralama suçunu işlerse, "görev sırasında yaralama" (*Alm. CK § 340/1*) suçundan cezalandırılır, buna karşılık eşi, "yaralama" (*Alm. CK § 223/1*) suçundan Alm. CK § 28/2'ye göre azmettiren olarak cezalandırılacaktır. Bu değerlendirmeye ilişkin olarak içtihat ve literatürde görüş birliği bulunmaktadır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.416, 417; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.334, kn.24; Zieschang, **a.g.e.**, s.188, kn.711; Heinrich, **a.g.e.**, s.599, kn.1357; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.759, kn.23). Alm. CK § 28/1 hükmünün yürürlükteki kanuna eklenmesi ile ortaya çıkmıştır. Kamu görevlisi niteliğini taşımayan azmettiren, kasten yaralama suçunun nitelikli hali olan § 340'a azmettirmekten değil, suçun temel şekli olan § 223'e azmettiren olarak cezalandırılmalıdır (Heinrich, **a.g.e.**, s.599, kn.1357; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.759, kn.24).

³⁶⁰ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.235, kn.6.

³⁶¹ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.335, kn.31; Radtke, **a.g.m.**, s.643.

³⁶² Kindhäuser, **a.g.e.**, s.335, kn.31.

cezaya etki eden nedenlere dayanan unsurlardır. Bu hükümde yer alan cezayı artıran ya da azaltan özel kişisel unsurdan suçun nitelikli halleri ve cezayı kaldıran özel kişisel unsurdan şahsi cezasızlık sebepleri anlaşılmalıdır. İkinci bölümde özgü suç ile şahsi cezasızlık sebepleri arasındaki ilişkide ifade ettiğimiz gibi özel kişisel unsur, şahsi cezasızlık sebebinde de tezahür edebilir. Bu anlamda şahsi cezasızlık sebepleri faile ilişkin olduğundan bu kapsamda olup, nitelikli unsurlardan da faile ilişkin olan unsurlar bu kapsamdadır.

Şerikin cezalandırılabilirliğinin ana failin cezalandırılabilirliğine bağlı olması ilkesi sınırsız bir şekilde geçerli değildir. Alm. CK § 28, sıkı iştirakte bağlılık kuralının gevşetilmesini sağlamaktadır³⁶³. Bu hüküm, sınırlı bağlılık kuralını kısmen delmekte ve bağlılık kuralını gevşetmektedir³⁶⁴. Alm. CK § 28/2’de yer alan özgü suçtan dolayı özel kişisel unsuru taşıyan kişinin niteliğine göre cezalandırılmasına ilişkin düzenleme ile iştirakte bağlılık kuralı delinmiştir³⁶⁵. Alm. CK § 28/2’ye göre, suça iştirak edenlerin cezalandırılmalarının farklı hükümlere dayandırılması kafa karıştırıcı olmamalıdır³⁶⁶. Bu düzenlemenin hukuki neticesi, suç tipinin

³⁶³ Weber, **a.g.e.**, kn.766; Ingelfinger in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.347, kn.1.

³⁶⁴ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.333, kn.22; Radtke, **a.g.m.**, s.641; Bock, **a.g.e.**, s.596; Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.234, kn.4; Tofahrn, **SAT-II**, s.120, kn.160; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.225, kn.596.

³⁶⁵ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.414; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.334, kn.24.

Bağlılık kuralı ve bu kuralın delinmesi, fail tarafından işlenen suçlara kıyasla şerik suçlarının özel bir problemidir. Suça iştirak, halen bu anlayışa göre ana fiilin esas parçası olarak görüldüğü için bağlılık kuralı, tam olarak yasal düzenlemedeki delinme göz önünde bulundurularak açıklanmalıdır (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.273, kn.29). Bağlılık kuralının delinmesi, münferit suçların münferit unsurları ile ilgilidir. Faile hasredilmiş olan ve münferit suçlarda bulunan özel kişisel nitelik, ilişki ya da koşullar kendilerine hasredilmemiş olan şeriklerde aynı şekilde cezai sorumluluğa yol açar mı? (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.273, kn.32). Şimdi artık bu noktadaki gelişme ile ilgilenilmektedir. Bu ise, Prusya Ceza Kanunu’nu, yani 1851, 1969 ve 1975’de geçerli olan ceza kanunlarını kapsamaktadır. Bu gelişme, istisnasız bir şekilde uygulanan bağlılık kuralının birden fazla kez delinmesi ile gerçekleşmiştir. İlk olarak bağlılık kuralından daha ağır cezayı gerektiren ve daha hafif cezayı gerektiren unsurlar çıkarılmıştır, daha sonra cezasızlık sebepleri çıkarılmış ve son olarak suçun temel şeklinde yer alan unsurlar ile ilgili olarak şerikin cezasının indirilmesi öngörülmüştür. Tüm bunlar, Alm. CK § 28’de yer alan düzenlemeden anlaşılmaktadır (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.274, kn.32).

Alm. CK § 28/2 bağlılık kuralını deldiği sürece, § 29 suçun kusur ve haksızlıktaki değersizliğine dayanan bir materyal olarak gereksiz kalmaktadır. Bu anlayış, sadece yasama tarihi açısından değil, aynı zamanda düzenlemenin içeriği açısından da suça iştirak eden herkesin kendi kusuruna göre cezalandırıldığı Alm. CK § 29’un § 28/2 gibi görülmesine sebep olur (Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.274, kn.34).

³⁶⁶ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.761, kn.35.

kaymasıdır³⁶⁷. Alm. CK § 28/2'nin bağıllık kuralını gevşetmesinin etkisi, cezanın tayinini sınırlandıran § 28/1'e göre daha fazladır³⁶⁸.

Alm. CK § 14'de, § 28'de yer alan bağıllık kuralına istisna öngörülmektedir³⁶⁹. Alm. CK § 28/1'de § 14'e açıkça atıf yapılmaktadır, § 28'in atfı ile 14.paragrafta özel kişisel unsur tanımlanmıştır.

³⁶⁷ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.112, kn.344; Tofahrn, **SAT-II**, s.120, kn.162; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.227, kn.601; Radtke, **a.g.m.**, s.641.

Alm. CK § 28/2'nin suç tipi kayması, gerek suçun temel şeklinden nitelikli şekline, gerekse de suçun nitelikli şeklinden temel şekli yönünde çalışmaktadır (Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.113, kn.347).

Alm. CK § 28/2'nin hukuki neticesi tartışmalıdır. İçtihat (*BGH B. v. 14.07.2010 - 2 StR 104/10 - BGHSt 55, 229 (231)*) ve doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, cezanın sınırlarında değişiklik yoktur, aksine suç tipinde değişiklik bulunmaktadır (Bock, **a.g.e.**, s.630; Heinrich, **a.g.e.**, s.598, kn.1357; Radtke, **a.g.m.**, s.641). Ancak doktrinde aksi yöndeki görüşe göre, Alm. CK § 28'de bağıllık kuralının delinmesi, ceza çerçevesinin kaydırılması ile gerçekleşmektedir (Kindhäuser, **a.g.e.**, s.334, kn.23).

³⁶⁸ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.761, kn.35.

³⁶⁹ Kasiske, **a.g.e.**, s.78, kn. 208.

Alm. CK § 14'de yer alan “*özel kişisel unsur*”a ilişkin olarak bugüne kadar hüküm süren bir fikir birliği bulunmamaktadır (Schünemann in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.118; Krause, **a.g.e.**, s.69; Hoyer, **a.g.e.**, s.13, kn.24). Bu durum, bu kavramın Alm. CK § 28 çerçevesinde yapılan yorumunun çok sayıda problemi ortaya çıkardığı anlamına gelmemelidir. Şüphe uyandıran ilk soru, “*özel kişisel unsur*” kavramının § 14 ve § 28'de yer alan düzenlemelerinin birbiriyle bağdaşıp bağdaşmadığıdır. Burada birbirinden farklı anlayışlar bulunmaktadır (Schünemann in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.118; Hoyer, **a.g.e.**, s.13, kn.24). Şöyle ki;

İlk görüşe göre, Alm. CK § 14 hükmü, özel kişisel unsuru temsilciye (*üçüncü kişiye*) isnat ederken, Alm. CK § 28 iştirak edenin (*üçüncü kişinin*, “*extraneus*”un) bağıllık kuralını gevşetmekte, iştiraki hafifletmektedir (Joecks, **a.g.e.**, § 28, kn.19; Jähnke, Laufhütte, Odersky, **a.g.e.**, s.98; Hoyer, **a.g.e.**, s.13., kn.24; Martin, **a.g.e.**, s.23; Perron in: **Schönke/Schröder Strafrechtsgesetzbuch**, § 14, kn.8). Alm. CK § 14'de suç tipinin elverişli fail alanını genişletmesi gerekir iken, “*özel kişisel unsur*” ile sınırlandırılmıştır. Alm. CK § 28'in amacı ise, özel kişisel unsur kullanılan suç tiplerini etkilerini bu unsurları taşıyan belirli bir kişi alanı ile sınırlandırmaktır (Krause, **a.g.e.**, s.69; Hoyer, **a.g.e.**, s.13., kn.25). Alm. CK § 14'de yer alan cezalandırmanın temel sebebine dayanan özel kişisel unsur ifadesi, aynı kavram olarak § 28'de de yer almasına rağmen, içerik olarak § 28'e uymamaktadır, karşıt/farklı işlevlere sahiptirler, her iki hükümde özel kişisel unsurun farklı işlevi bulunmaktadır (Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.49; Jähnke, Laufhütte, Odersky, **a.g.e.**, s.98; Krause, **a.g.e.**, s.69; Hoyer, **a.g.e.**, s.13, kn.24; Martin, **a.g.e.**, s.23; Perron in: **Schönke/Schröder Strafrechtsgesetzbuch**, § 14, kn.8; Kudlich in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 28, kn. 2). Özel kişisel unsur içerik açısından § 14 hükmünün ilgili unsurları ile uyumamaktadır (Kühl in: **Lackner/Kühl Strafrechtsgesetzbuch**, § 28, kn.3; Jähnke, Laufhütte, Odersky, **a.g.e.**, s.98). Alm. CK § 14 hükmü anlamında özel kişisel unsur, § 28'den farklı olarak sadece faile ilişkin objektif unsurları kapsamaktadır (Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.185; Martin, **a.g.e.**, s.25). Örneğin, § 288'de yer alan cebri icrayı engelleme suçunda borçlu olmak gibi (Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.185; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.64, kn.3). Bu suçun garantörsel özgü suç olduğuna ilişkin görüş için bkz: Chen, **a.g.e.**, s.280.

İkinci görüşe göre, Alm. CK § 14 hükmünün anlaşılması için Alm. CK § 28'deki aynı ifadenin yorumlanmasına dönüşün etkili olmadığı görülmüştür (Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.48). “*Özel kişisel unsurlar*” kavramı ve dolayısıyla Alm. CK § 28'in uygulama alanı tam olarak aydınlatılmamıştır (Radtke, **a.g.m.**, s.642). “*Özel kişisel unsurlar*” ifadesi, Alm. CK §

Alm. CK § 14'e göre, özel kişisel unsurun dayanağı kanun olmalıdır, temsil ya da görev ilişkisi olmalıdır ve organ, temsilci ya da vekil adına hareket edilmelidir³⁷⁰. Kanunen bir kişi, diğer kişinin temsilcisi olmalıdır³⁷¹ ve özel kişisel unsurun dayanağı kanun olmalıdır. Bir özgü suçta hukuki değere yönelik saldırı ve süje niteliği aynı kişi tarafından gerçekleştirilmediğinde, cezalandırılabilirlik boşluğu ortaya çıkmaktadır³⁷². § 14'ün kapsamında cezalandırılabilirliğin temel sebebi olan özel kişisel unsurları içeren hükümler olmaktadır³⁷³. Bu hükmün cezalandırmanın temel sebebi olan özel kişisel unsuru taşımayan belli kişilere yönelik uygulanabilmesi için ilgili kişilerin organ, temsilci ya da görevli olarak başkası adına

14'ün uygulama alanının yorumlanmasına daraltıcı sınırlar koymamıştır (Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.48). Bu her iki hükümde yer alan “*özel kişisel unsurlar*” arasında uzlaşma ya da ayrışma ile neticeye ulaşılmaz, aksine lafzi yorumun sınırları içinde cezalandırmanın sebebi olan organ ve temsilci sorumluluğunun yorumu yoluyla neticeye ulaşılır. Aynı şekilde Alm. CK § 14'deki suçlar, sadece özel kişisel unsur ile düzenlenmiş temsilci suçlarına dönüştürülemez (Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.49).

Doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre ise, bahse konu bu iki hüküm birbirini tamamen dışlamamaktadır, yani birisinin kapsamına girip de diğerinin kapsamına girmemesi gibi bir durum söz konusu değildir. Her iki hükmün kapsamı birbirinden bağımsızdır, kendi fonksiyonlarına göre belirlemek gereklidir. Bu her iki suç unsuru grubu arasındaki ilişki, adeta “*kesişen iki dairenin resmi*” olarak açıklanabilir (Hoyer, **a.g.e.**, s.13, kn.25). Bir görüşe göre de, her iki hükümde aynı ifadelerin kullanılması, Alm. CK § 28'de Alm. CK § 14'e açıkça atıfta bulunulmuş olması kanun koyucunun her iki hükümdeki düzenlemenin de eş anlamlı olarak değerlendirdiğini göstermektedir (Schünemann in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.98, 118). Yazarlar kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu belirtmek ile birlikte Alm. CK § 28'de sadece failin cezalandırılması için belirleyici olan unsurların şeriki etkilemediğinin öngörüldüğünü kabul ederken, Alm. CK § 14'de ise temsiliye isnat edilebilirliğin ve onların yerine geçebildiklerini öngörüldüğünü kabul ederler. Böylece bu kavramı her iki hükümde farklı şekilde sınırlandırmak gerekmede, ancak her iki hükümde de aynı lafız kullanıldığı için net bir şekilde ortaya çıkmamaktadır. Bu her iki hükümde de yer alan özel kişisel unsurlar, temsilcinin sorumluluğu ile ilgili özel kişisel unsurlar, şerik hakkındaki özel kişisel unsurlar, belirli durumlarda birbirleri ile kesişimleri hariç olmak üzere karşılıklı ilişki içerisinde diler (Schünemann in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.98, 118). Bir görüşe göre de, Alm. CK § 14'de öngörülen koşullar, Alm. CK § 28 hükmünde özel kişisel unsurların bir kısmını sınırlandırmakta, ancak bu unsurların yapısını ve Alm. CK § 28'in kavramsal kimliğini değiştirmemektedir (Langer, **a.g.m.**, s.255).

³⁷⁰ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.354-363; Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.202; Krause, **a.g.e.**, s.56; Hoyer, **a.g.e.**, s.4, kn.1; s.19, kn.42; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.63, kn.2. Bockelmann, Volk, **a.g.e.**, s.185; Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, §14, kn.44, 48; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.360; Jähnke, Laufhütte, Odersky, **a.g.e.**, s.98.

“*Hareket etme (handeln)*”, ceza hukukunun koruması altında bir hukuki değere yönelik insan davranışı anlamına gelir, yani irade ile dış dünyada değişiklik meydana getirme, örneğin; şirkete ait olan kamyon aracı ve ruhsatının yönetici tarafından ehliyeti olmayan bir şoföre verilmesi (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.360).

³⁷¹ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.63, kn.2; Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.202; Krause, **a.g.e.**, s.56.

³⁷² Langer, **Die Sonderstrafat**, s.354; Krause, **a.g.e.**, s.56; Kindhäuser, **a.g.e.**, s.63, kn.2.

³⁷³ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.354, 355; Jähnke, Laufhütte, Odersky, **a.g.e.**, s.98; Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.201, kn.3.

hareket etmeleri gerekir³⁷⁴. Alm. CK § 14 hükmünün neticesi olarak organ, temsilci veya görevli, özel süje olarak cezalandırılabilirler; dolaylı fail ya da müşterek fail olarak da cezalandırılabilirler; teşebbüs cezalandırıldığı sürece özgü suça teşebbüsten de cezalandırılabilirler. “*Intraneus*” azmettiren ya da yardım eden genel iştirak kurallarına göre cezalandırılmalılardır. “*Extraneus*” azmettiren ya da yardım edenin cezalandırılabilirliği, Alm. CK § 28 hükmüne göre gerçekleştirilmelidir³⁷⁵. Özel kişisel unsurlara kendi kişiliklerinde sahip olmayan kişiler “*extraneus*”lardır ve hareket eden olarak kalırlar. Bu halde § 14’de yer alan açık hüküm gereğince özgü suç hükmünden cezalandırılabilirler, buna uygun olarak iştirak eden “*extraneus*” gibi cezalandırılabilirliği kanunda açıkça belirli olan özgü suçtan Alm. CK § 28/1 hükmüne göre cezalandırılabilir hale gelebilirler³⁷⁶. Bu hükme göre, cezalandırılabilirlik özel kişisel unsura dayandığına göre, bu unsurları taşımayan organ, temsilci ya da görevliye yönelik olarak uygulama, temsil edilen kişinin bu unsurları taşıması koşulu ile gerçekleşmelidir³⁷⁷. Temsilcinin sorumluluğu gerektiğinde temsil edilenin sorumluluğu yerine geçer, bu sorumluluklar birbirine bağlı değil, aksine birbirinden bağımsızdır³⁷⁸.

3. Özgü Suç İle Bağlılık Kuralı Arasındaki İlişki

Özgü suçta faillik alanında yer almayan kişilerin fail olarak sorumlu olabilmeleri mümkün değilse de, bu kişilerin suça katkı sunmaları, iştirak etmeleri mümkündür. Özgü suça iştirakin söz konusu olması için iştirak koşulları gerçekleşmiş olmalıdır³⁷⁹. “*Extraneus*”un özgü suça ilişkin eylemi gerçekleştirdiğinde sorumlu tutulup tutulamayacağı veya sorumlu tutulacak ise ne şekilde olacağı özgü suçta iştirake ilişkin belirlenecek kurallara bağlıdır.

³⁷⁴ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.360; Radtke in: *Münchener Kommentar zum StGB*, § 14, kn.44, 48; Bockelmann, Volk, *a.g.e.*, s.185; Jähnke, Laufhütte, Odersky, *a.g.e.*, s.98; Hoyer, *a.g.e.*, s.14, kn.28; Kindhäuser, *a.g.e.*, s.63, kn.3.

³⁷⁵ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.366, 367.

³⁷⁶ Hoyer, *a.g.e.*, s.19, kn.42; Langer, *Die Sonderstrafat*, s.363.

³⁷⁷ Langer, *Die Sonderstrafat*, s.363; Radtke in: *Münchener Kommentar zum StGB*, § 14, kn.44; Bockelmann, Volk, *a.g.e.*, s.185; Jähnke, Laufhütte, Odersky, *a.g.e.*, s.98; Krause, *a.g.e.*, s.56; Hoyer, *a.g.e.*, s.14, kn.28; Kindhäuser, *a.g.e.*, s.63, kn.3.

³⁷⁸ Hoyer, *a.g.e.*, § 14, s.4, kn.1.

³⁷⁹ Zafer, *a.g.e.*, s.404; Toroslu, Toroslu, *a.g.e.*, s.349.

Bağlılık kuralının özgü suçlarda iştirak bakımından bir etkisinin olup olmaması yönünden farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bağlılık kuralının özgü suçlarda özel faillik niteliğini haiz olmayan kimseler yönünden bir etkisi bulunmamaktadır, “*extraneus*”un özgü suçtan fail olarak sorumlu tutulmaması, bu kişilerin ancak şerik olarak sorumlu tutulması bağlılık kuralının bir işlevi olmayıp özgü suçun doğal yapısının bir sonucudur. Bu suçlara katılan şerikler genel suçlarda olduğu gibi bağlılık kuralı gereğince failin fiiline göre sorumlu olacaklardır³⁸⁰. Bir başka görüşe göre ise, bu konu bağlılık kuralının yanı sıra nitelikli halin sireyeti ile ilgilidir. Çünkü özgü suçta “*extraneus*”, fail olarak sorumlu tutulmasa dahi nitelikli hale şeriklikten dolayı sorumlu tutulmaktadır ki, bu da nitelikli halin “*extraneus*”a sirayet ettiğini göstermektedir³⁸¹. Ancak bu tespit, faile ilişkin özel niteliğin suçun nitelikli halinde yer aldığı gerçek olmayan özgü suçlar ile sınırlıdır. Alman doktrininde bir görüşe göre, bağlılık kuralı gerekli olmakla birlikte yeterli koşul değildir. Çünkü “*extraneus*” özel süje niteliğini haiz olmadığından ne fail olarak ne de şerik olarak özgü suçu işleyemez, iştirakte bağlılık kuralına ilişkin Alm. CK § 26 ve 27.paragraflar “*extraneus*”a doğrudan uygulanmaz³⁸². Bağlılık kuralı ile özgü suç arasındaki ilişkiye yönelik olarak *Langer*, özgü suça iştirak eden “*extraneus*”un cezalandırılabilirliğinin iştirakte bağlılık kuralı ile gerekçelendirilemediğini, bağlılık kuralının şerikin cezalandırılabilirliğini oluşturmadığını, aksine sadece sınırladığını ifade etmiştir³⁸³. Bu görüşlerin aksi yönündeki ağırlıklı görüşe göre ise, özgü suçta faile ilişkin özel niteliği haiz olmayan kişinin şerik olarak sorumlu tutulabilmesi bağlılık kuralının bir gereğidir³⁸⁴.

Özgü suçlarda özel faillik niteliğini haiz olmayan kimsenin şerik olarak sorumlu tutulmasının bağlılık kuralının bir neticesi olmadığına ilişkin görüşe katılmamaktayız. Düşüncemize göre, özgü suçlarda “*extraneus*”un fail olamaması,

³⁸⁰ Taşkın, **a.g.e.**, s.118, 119, 141.

³⁸¹ Demirel, **a.g.e.**, s.504.

³⁸² Langer, **Die Sonderstrafat**, s.415.

³⁸³ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.238.

³⁸⁴ Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s.142; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.475; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.685; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1166; Zafer, **a.g.e.**, s.381; Taşkın, **a.g.e.**, s.83; Önok, **a.g.e.**, s.77.

özgü suçun yapısı gereğidir, ancak “*extraneus*”un özgü suçtan şerik olarak sorumlu tutulmasına ilişkin kural özgü suçun yapısından kaynaklanmayıp bağıllık kuralının bir neticesidir. Bağıllık kuralı olmasa idi, “*extraneus*” özgü suçtan yine fail olarak sorumlu tutulamazdı, ancak bununla birlikte ya cezasız kalırdı ya da şerik olarak da ne şekilde sorumlu tutulacağı belirsiz kalmış olurdu. Daha evvel de ifade ettiğimiz gibi bağıllık kuralının bir fonksiyonu da suçun kanuni tanımında yer alan özelliği haiz olmayan kişinin şerik olarak ceza sorumluluğunu belirlemesidir. Dolayısıyla “*extraneus*”un şerik olarak sorumlu tutulması, bağıllık kuralının bir neticesi olarak tezahür etmekte ve aynı zamanda hukuki dayanağını da bağıllık kuralı oluşturmaktadır. “*Extraneus*”un “*intraneus*”un işlediği özgü suça iştirakinden dolayı şerik olarak sorumlu tutulması, bağıllık kuralının çifte fonksiyonun bir neticesidir. Bağıllık kuralının çifte fonksiyonu gereğince “*extraneus*”, “*intraneus*”un işlediği özgü suça iştirak etmesi halinde şerik olarak sorumlu tutulmaktadır.

Özgü suçlarda iştirakte bağıllık kuralı gereğince şerikin sorumlu olabilmesi için failin suçun kanuni tanımında öngörülen belirli özelliği haiz olması, yani “*intraneus*” olması gereklidir. Şerik, özgü suçta failin niteliğini bildiği takdirde cezai sorumluluğu söz konusu olur, bilmemesi halinde hata hükümleri gereğince sorumluluğu olmaz.

4. Özgü Suçlarda Fail Olabilme Koşulunun ve Bağıllık Kuralının İstisnası

Özgü suçlarda bağıllık kuralının istisnası, TCK m.94’de yer alan “*işkence suçu*”nu düzenleyen hükmün 4.fıkrasında yer almaktadır³⁸⁵. Bu hükme göre, suçun işlenişine iştirak eden kamu görevlisi olmayan diğer kişiler, kamu görevlisi gibi yani “*intraneus*” gibi cezalandırılacaklardır. Böylece suçun kanuni tanımında öngörülen

³⁸⁵ Kanun gerekçesinde, “*Bu suçun faili bir kamu görevlisi olabilir. İşkence, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmektedir. Ancak suçun işlenişine kamu görevlisinin yanı sıra diğer kişiler de iştirak etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle yardım eden olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçebilmek amacıyla maddenin dördüncü fıkrasına bir hüküm koyulmuştur. Buna göre, bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de, kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır*” şeklinde ifade edilmektedir.

kamu görevlisi niteliğini haiz olmayıp işkence suçuna iştirak edenler şerik olarak daha az ceza almak yerine fail ile aynı cezayı alacaklardır.

Bu düzenleme, “*extraneus*”un müşterek fail olamayacağına yönelik normatif bir istisna niteliğindedir. Böylece işkence suçuna iştirak eden herkes müşterek fail gibi cezalandırılacaktır³⁸⁶. Bu istisna olmasa idi, “*extraneus*” işkence suçundan şerik olarak sorumlu olacak idi. Bu hüküm ile kanun koyucunun amacı, işkence suçuna iştirak edenleri kamu görevlisi saymak değil, onları da kamu görevlisi gibi cezalandırmaktır³⁸⁷. Doktrinde bir görüşe göre, bu hükümden özgü suça iştirakten farklı bir iştirak şekli mi benimsendiği, kamu görevlisi olmayan kişilerin müşterek fail olarak mı kabul edildiklerinin anlaşılması gerektiği, yoksa sadece ceza miktarının belirlenmesi olarak mı anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu görüşe göre, amaçsal yorum yolu ile bu düzenlemenin ceza bakımından bir eşitlik getirildiği şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu fıkra, “*cezai sorumluluk bakımından kamu görevlisinin alacağı ceza ile aynı cezaya mahkum olur*” ifadesinin daha anlamlı olacağı ifade edilmektedir³⁸⁸.

Esasen bu düzenlemeye yönelik olarak doktrinde “*bağlılık kuralının istisnası*” adlandırması yapılmakta, Yargıtay kararlarında “*özgü suçlarda bağlılık kuralının istisnasını oluşturan özel düzenleme*” ifadesi kullanılmaktadır³⁸⁹. Düşüncemize göre, “*özgü suçlarda fail olabilme koşulunun ve bağlılık kuralının istisnası*” olarak adlandırılması daha uygun olacaktır. Çünkü bu düzenleme ile hem bağlılık kuralına hem de özgü suçtan fail olarak sorumlu olabilme koşuluna istisna öngörülmektedir. Bağlılık kuralı, suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği haiz olmayan failin şerik olarak sorumlu tutulabilmesine ilişkindir ve bu düzenleme ile bu özelliği haiz olmayan kişinin şerik olarak değil, fail olarak sorumlu tutulabilmesi öngörülmektedir. Aynı zamanda özgü suçun unsurlarından birisi olan ve özgü suçtan

³⁸⁶ İsa Başbüyük, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:12, Özel Sayı, 2010, s.1443-1485, s.1478.

³⁸⁷ Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.665.

³⁸⁸ Özen, **a.g.m.**, s.250.

³⁸⁹ Yargıtay CGK., 25.06.2019 tarih ve 2017/753 E., 2019/497 K. sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, Çevrimiçi, 01.11.2019).

fail olarak sorumlu tutulabilmek için gerekli olan “suç tipinde öngörülen faile ilişkin belirli bir özellik ya da yükümlülük” unsurunun işkence suçu bakımından aranmamasının öngörülmesi ile özgü suçtan fail olarak sorumlu olmak için de istisna öngörülmüş olmaktadır.

II. ÖZGÜ SUÇA İŞTİRAKTE KİŞİSEL SEBEPLERİN SİRAYETİ VE ÖZGÜ SUÇA İLİŞKİN NORMATİF DÜZENLEME ÖNERİMİZ

A. Özgü Suça İştirakte Kişisel Sebeplerin Sirayeti

1. Genel Açıklamalar

İştirak halinde işlenen suçlarda kişisel sebeplerin suç ortaklarına sirayeti konusu, önemli ve sorunlu bir alandır. Bu kişisel sebepler, cezaya etki eden sebeplerden ya da suçun nitelikli hallerinden kaynaklanabilir.

TCK m.40/1/c.2’ye göre, suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel sebepler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. Bu hükümde yer alan cezalandırmayı önleyen kişisel sebeplerden ne anlaşılması gerektiği ve bu kavramın kapsamının belirlenmesi önemlidir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Özgenç’e göre, kişisel sebepler haksızlık muhtevasına etki edip etmemesine göre ayrılmalıdır. Haksızlık muhtevasına etki etmeyen kişisel sebepler (*şahsi cezasızlık sebebi ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler*), TCK m.40/1/c.2’ye göre sadece bu özelliği haiz olan suç ortağını ilgilendirmektedir; haksızlık muhtevasına etki eden kişisel sebepler ise suçun temel şekline göre daha ağır ya da daha hafif cezayı gerektiren nitelikli unsurlardır³⁹⁰.

Kaymaz’a göre, TCK m.40/1/c.2’de yer alan hüküm, yalnızca şahsi cezasızlık sebebi ile ilgili gibi görünse de daha ağır ya da daha hafif nitelikli haller

³⁹⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.577.

bakımından da geçerlidir³⁹¹. Yazara göre, suçu etkileyen nedenler ile kişisel hafifletici nedenlerin, şahsi cezasızlık sebeplerinin veya cezayı ortadan kaldıran kişisel sebeplerin karıştırılmaması gerekir. Şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı kaldıran şahsi sebepler, suça etki etmeyip, faile ceza verilmemesini ya da cezasında indirim yapılmasını gerektiren sebeplerdir³⁹².

Demirbaş, ceza sorumluluğunu etkileyen halleri, gerçek ve gerçek olmayan olarak ayırmış, gerçek halleri daha ağır ve daha hafif cezayı gerektiren haller olarak, gerçek olmayan halleri ise cezasızlık sebepleri olarak belirlemiştir. Bu görüşe göre, ceza sorumluluğunu etkileyen haller, suç vasfını değiştirmeyip, suçun daha ağır ya da daha hafif sayılmasını gerektiren durumlardır³⁹³.

Özbek'e göre, şahsi cezasızlık sebepleri şeriklere sirayet etmez iken, daha ağır ya da daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hal şeriklere etki etmektedir³⁹⁴.

Demirel'e göre, suçun nitelikli halleri, sadece haksızlığa ya da hem haksızlığa hem de kusura etki eden sebeplerdir. Faile ilişkin nitelikli unsurlar, haksızlığın yanında kusura da etki etmektedir ve bu halde ilgili sebep, haksızlığa ve kusura ilişkin olmak üzere çift taraflı etkiyi haizdir³⁹⁵. Faile ilişkin şahsa bağlı nedenler, sadece nitelikli unsurlar kapsamındaki unsurlara ilişkin olmayıp kusuru kaldıran ya da azaltan hallere, etkin pişmanlık ya da şahsi cezasızlık sebeplerine de ilişkindir³⁹⁶. Bu görüşe göre, cezaya etki eden sebepler, hukuka uygunluk nedenleri, kusuru kaldıran ya da azaltan haller, şahsi cezasızlık sebebi ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren haller ve suçun nitelikli halleridir³⁹⁷.

³⁹¹ Kaymaz, **a.g.m.**, s.151.

³⁹² Kaymaz, **a.g.m.**, s.129, 130.

³⁹³ Demirbaş, **a.g.e.**, s.528, 529.

³⁹⁴ Özbek, **a.g.e.**, s.691.

Özbek'e göre, bağlılık kuralı tüm şerikler için aynı olan suçun işlenmesi olduğuna göre hafifletici sebebi bilmesi de şerikler faydalanacak iken, ağırlatıcı sebebin bilinmesi halinde şeriklere de uygulanacaktır (Özbek, **a.g.e.**, s.691). Ağırlatıcı sebebin bilinmesi gerektiğine ilişkin benzer yönde görüş için bkz: Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1169.

³⁹⁵ Demirel, **a.g.e.**, s.479, 483.

³⁹⁶ Demirel, **a.g.e.**, s.501.

³⁹⁷ Demirel, **a.g.e.**, s.480.

Aydın'a göre, suça etki eden nedenler, suçun daha ağır ya da daha hafif cezalandırılmasını gerektiren sebeplerdir. Yazara göre, TCK'da suça etki eden nedenler olarak, olası kast, bilinçli taksir, haksız tahrik, kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanmak, üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirmek ya da çocukların azmettirilmesi, bilinmeyen azmettireni ortaya çıkarmak ve hakimın takdiri indirim yetkisi, suçun belli sayıda kişi tarafından işlenmesi sayılmıştır³⁹⁸.

Ekici Şahin'e göre, TCK m.61/4'de suça etki eden nedenler, “*nitelikli hal*” olarak adlandırılmıştır ve suçun temel şeklini değiştirmeyen ancak daha ağır ya da daha hafif ceza verilmesini gerektiren sebeplerdir³⁹⁹. Bu görüşe göre, suça etki eden ve cezayı etkileyen nedenler ayrılmalı ve cezayı etkileyen tüm nedenlerin suça etki etmediği kabul edilmelidir⁴⁰⁰.

Sancar'a göre, “*suça etki eden nedenler*” olarak da isimlendirilen sebepler, ceza sorumluluğunu etkileyen, suçun daha ağır ya da daha hafif cezalandırılmasına sebep olan ve suçun unsurları dışında kalan sebeplerdir⁴⁰¹.

Centel/Zafer/Çakmut'a göre, cezalandırmayı önleyen kişisel sebepler, cezayı kaldıran, azaltan ya da ağırlaştıran sebeplerdir⁴⁰². Bu görüşe göre cezaya etki eden bu sebepler, suça iştirak edenlerin şahsından kaynaklanan kişisel sebepler veya işlenen suçtan kaynaklanan fiili sebepler olabilir⁴⁰³. Bu görüşe göre, cezayı kaldıran kişisel sebep olarak etkin pişmanlık hali ve uzlaşma bu kapsamdadır⁴⁰⁴.

Özgü suça iştirakte kişisel sebeplerin sirayeti meselesinde, sirayet eden ve etmeyen hususların açık bir şekilde belirlenmesi önem taşımaktadır. TCK m.40/1/c.2'de, şerike sirayet etmeyecek olan unsurlar düzenlenmiştir. Bu hükme

³⁹⁸ Aydın, **a.g.e.**, s.221, 222.

³⁹⁹ Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.652.

⁴⁰⁰ Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.652; Kaymaz, **a.g.m.**, s.129.

⁴⁰¹ Türkan Yalçın Sancar, **Çok Failli Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s.256; Soyaslan, **a.g.e.**, s.496.

⁴⁰² Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.508; Zafer, **a.g.e.**, s.401.

⁴⁰³ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.508; Zafer, **a.g.e.**, s.401; Sancar, **a.g.e.**, s.257.

⁴⁰⁴ Zafer, **a.g.e.**, s.401, 403.

göre, cezalandırılmayı önleyen kişisel sebepler suça iştirak eden diğer kişilere sirayet etmemektedir. Bu düzenleme ile esasen sirayetin sınırı çizilmiştir, yani cezalandırmayı önleyen kişisel sebepler dışındaki sebepler şerike sirayet edebilmektedir. Bu sebepler ise, haksızlık üzerinde etkisi olan suçun nitelikli halleridir. Özgü suça iştirakte kişisel sebeplerin sirayeti meselesi kapsamında, öncelikle bağıllık kuralı ile arasındaki ilişki ve devamında suçun nitelikli hallerinin sirayeti ve suçun nitelikli halleri dışında kalan ve diğer suç ortaklarına sirayet etmeyen kişisel sebepleri iki ayrı grupta incelenecektir.

2. Kişisel Sebeplerin Sirayeti İle Bağıllık Kuralı Arasındaki İlişki

Özgü suça iştirakte kişisel sebeplerin sirayeti ile bağıllık kuralı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.

TCK m.40/1/c.2'ye göre, suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel sebepler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. TCK'nın 40.maddesinin gerekçesine göre, bağıllık kuralına yer verildiğinden dolayı nitelikli hallerin sirayeti ile ilgili ayrıca hükme ihtiyaç duyulmamıştır. Doktrinde sirayet meselesine ilişkin olarak bilinçli bir şekilde düzenleme yapılmamasını yerinde gören görüş ya da bu durumu eksiklik olarak değerlendiren görüş olmak üzere iki ayrı görüş bulunmaktadır. Şöyle ki;

Doktrinde nitelikli hallerin sirayetine ilişkin olarak kanunda düzenleme yapılmamasını eksiklik olarak değerlendiren görüşe göre, belirsizlik daha başka sorunlara yol açmakta ve mevcut düzenlemeyi eksik duruma getirmektedir⁴⁰⁵. Bu yöndeki bir görüşe göre de, TCK'da bağıllık kuralı düzenlemesi, bağıllık kuralını yansıtmamakta, bu kural ile ilgisi olmayan hükümler taşımaktadır ve kanunda bu hükme yer verilmesi, nitelikli hallerin sirayetine ilişkin sorunları çözmemekte, bu

⁴⁰⁵ Akbulut, **a.g.e.**, s.719; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.337; Aydın, **a.g.e.**, s.231, 232; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.567; Akbulut, **a.g.m.**, s.205; Kaymaz, **a.g.m.**, s.126, 135. *Hafizoğulları/Özen'e* göre, hakim bu halde kast kuralını uygulayarak sorunu çözmelidir. Bu durum kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmez (Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.338).

hususla ilişkin bir düzenleme içermemektedir⁴⁰⁶. Bağlılık kuralının nitelikli hallerin sirayeti hususunda bir yardımı bulunmamaktadır, bağlılık kuralına dayanılarak açıklama yapılamamaktadır⁴⁰⁷. Benzer bir başka görüşe göre, TCK m.40/1/c.2’de cezalandırmayı önleyen kişisel sebeplerin diğer suç ortaklarına sirayet etmeyeceğinin düzenlendiği ve bu hükmün nitelikli hallerin sirayeti meselesini çözmediği ifade edilmektedir⁴⁰⁸. Bu düzenleme yeterli olmamak ile birlikte, karşıt anlamından sadece nitelikli hallerin şeriklere sirayet edeceği, cezalandırılmayı önleyen kişisel sebeplerin şeriklere sirayet etmeyeceği anlaşılmaktadır⁴⁰⁹. Bağlılık kuralının nitelikli hallerin sirayeti konusundaki sorunları çözmeye muktedir olup olmadığına ilişkin olarak doktrinde bir görüşe göre de, bağlılık kuralının katı bir şekilde uygulanması amaca hizmet etmemektedir⁴¹⁰.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, TCK’nın genel hükümleri iştirak ve bilhassa bağlılık kuralına ilişkin hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde nitelikli hallerin sirayeti bakımından bir sorunun olmadığı görülecektir⁴¹¹. Bu yöndeki görüşe göre, bağlılık kuralına dayalı iştirak sisteminde nitelikli hallerin sirayetinin ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur⁴¹². Nitelikli unsurların failden şerike sirayet etmesinde bağlılık kuralının belirleyici bir önemi bulunmaktadır⁴¹³. Bu yöndeki görüşe göre, 765 sayılı TCK’da yer alan hükümler günümüz suç genel teorisinin iştirake ilişkin prensipleri ile uyusmamaktadır, bu sebeple Tasarı’da yer alan aynı içerikteki hükümler metinden çıkarılmıştır⁴¹⁴. TCK m.40/1/c.2 hükmünü bağlılık kuralı olarak değerlendiren görüşe göre, TCK’da şeriklerin failin işlediği suçtan sorumlu tutulmasının koşulları bağlılık kuralı ile belirlendiğinden nitelikli hallerin şeriklere

⁴⁰⁶ Aydın, **a.g.e.**, s.231, 232; Kaymaz, **a.g.m.**, s.126, 135; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.666.

⁴⁰⁷ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.338; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.564.

⁴⁰⁸ Kaymaz, **a.g.m.**, s.148, 149; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.567.

⁴⁰⁹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.565; 567.

⁴¹⁰ Akbulut, **a.g.m.**, s.211.

⁴¹¹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.689; Gökçen, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.181.

⁴¹² Taşkın, **a.g.e.**, s.136.

⁴¹³ Demirel, **a.g.e.**, s.503.

⁴¹⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.568.

Kaymaz, kişisel ve fiili sebep ayrımı yapmasına rağmen, kanun koyucunun kişisel ve fiili sebeplerin duraksamalara neden olduğu şeklindeki tespitini doğru bulmaktadır (Kaymaz, **a.g.m.**, s.126).

sirayeti konusunda ayrıca bir hükme yer verilmemiştir⁴¹⁵. Şeriklerin sorumluluğu, failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık göstermektedir. Buradaki koşul, şerikin bilgisi ve iradesidir, şerikler kasten katıldıkları fiile göre sorumlu olurlar⁴¹⁶. Bu görüşe göre, nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayetinin bağlılık kuralı başlığı altında incelenmesi uygundur⁴¹⁷.

Yargıtay da nitelikli hallerin şeriklere sirayeti hususunda bağlılık kuralını esas almaktadır. Örneğin, Yargıtay tarafından verilen bir kararda, şeriklerin bildiği failin işlediği fiilden ya da şahıstan kaynaklanan nitelikli halden etkileneceği ifade edilmiştir⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.479; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1169.

Nitelikli hallerin şeriklere sirayeti konusunda sadece bağlılık kuralının esas alınması, doktrinde “*bağlılık kuralıyla sınırlı uygulama*” şeklinde adlandırılmaktadır (Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.479).

⁴¹⁶ Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.480.

⁴¹⁷ Gökcan, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.180.

⁴¹⁸ Yargıtay 1.CD., 25.06.2014 tarih ve 1428/3654 K. sayılı karar (Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.475; Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.590-593).

Karara konu olan olayda, miras paylaşımından kaynaklanan uyuşmazlık sebebiyle Güler kardeşi Ali Kemal’i öldürmesi için tüfeği kızı Cemile’ye vermiş, Cemile de dayısı Ali Kemal’e ateş etmiş ve dayısı ölmüştür. Güler ile annesi Halime arasında kavga çıkmış, Güler, Cemile’den av tüfeğini alarak annesi Halime’nin kafasına dipçığı ile defalarca vurmuş ve Halime ölmüştür (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.570; Demirel, **a.g.e.**, s.524).

Bu olayda iki ayrı kişiye karşı kasten öldürme suçu işlenmiştir.

Ali Kemal’e karşı işlenen kasten öldürme suçunda, Güler azmettiren, Cemile faildir. Kasten öldürme suçunun nitelikli halleri arasında dayı-yeğen ilişkisi olmadığından yerel mahkeme Cemile hakkında kasten öldürme suçunun temel şekli halden hüküm kurmuş ve Yargıtay da onamıştır. Güler ise azmettirenidir. Yerel mahkeme, Güler’i kasten öldürme suçunun nitelikli şekline azmettirmekten cezalandırmıştır. Yargıtay ise, Güler’in kasten öldürme suçunun temel şekli halden sorumlu olması gerektiğinden bahisle kararı bozmuştur.

Halime’ye karşı işlenen kasten öldürme suçunda ise, fail Güler olup, Güler’i kasten öldürme suçunun nitelikli halinden dolayı cezalandırmıştır. Yargıtay da bu hususu bozma sebebi yapmamıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin Güler hakkında kasten öldürme suçunun temel şekli halden hüküm kurulması gerektiğine yönelik kararına itiraz etmiş, Yargıtay CGK itirazı usulden reddetmiştir (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.570-575).

Özgenç, itiraz gerekçesine katılmamaktadır ve şu şekilde ifade etmektedir:

İlk olarak Alm. CK’da bağlılık kuralı ile ilgili olarak TCK m.40’da düzenlenen mahiyette bir hüküm bulunmamaktadır. Alm. CK’da yer alan hükümler, 765 sayılı TCK’nın 66 ve 67.maddeleri ile benzerlik arz etmektedir. Alm. CK § 28/2’de yer alan “*cezanın artırılmasını, cezada indirim yapılmasını veya ceza verilmemesini gerektiren özel kişisel özellikler*” ibaresi kapsamında, suçun temel şeklinde yer alan özel faillik niteliği, nitelikli unsurlar, şahsi cezasızlık sebepleri ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler değerlendirme konusu yapılmış ise de, bu kavramların içerikleri birbirinden farklıdır. TCK ile Alm. CK düzenlemeleri arasındaki farklar göz ardı edilmektedir. Şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler, işlenen fiilin haksızlık muhtevasına etki etmediği için sadece ilgili suç ortağı bakımından dikkate

Düşüncemize göre, mevcut düzenleme göz önüne alındığında TCK m.40/1/c.2 ile failden şerike sirayet edemeyecek unsurlar belirlenmiş olduğundan ayrıca sirayet edecek unsurların düzenlenmesine ihtiyaç bulunmamakta, bağlılık kuralı ile sirayet meselesi arasında doğrudan ilişki olduğundan dolayı bağlılık kuralının yasada düzenlenmesi ile birlikte sirayet meselesi de belirliliğe kavuşmuş olmaktadır.

3. Suçun Nitelikli Hallerinin Sirayeti

a. Nitelikli Halin Fiile ya da Faile Yönelik Olmasına İlişkin Ayrım ve Bu Ayrımın Gerekli Olup Olmadığı Meselesi

Türk doktrininde de, Alman doktrininde de nitelikli halin sirayeti hususunda nitelikli halde yer alan sebebin fiile ya da faile ilişkin olup olmamasına ilişkin ayrım yapıldığını görmekteyiz. Bu ayrım amaçlandığı gibi yapılabilmekte midir ve böyle

alınabilir. TCK m.40/1/c.2’de de suçun işlenişine iştirak edenlerin diğerlerin cezalandırılmasını engelleyen kişisel sebepler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiilerine göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Haksızlık muhtevasına etki etmeyen kişisel sebepler sadece ilgili suç ortağını ilgilendirir iken, haksızlık muhtevasına etki eden kişisel sebebin bulunması halinde ise, daha ağır ya da daha hafif cezayı gerektiren nitelikli unsur söz konusu olmaktadır.

İkinci olarak karara konu olayda, kasten öldürme suçunun faili Cemile’dir, Güler ise hem azmettiren hem de yardım edendir. Ancak Güler, suçun işleniş sürecinde olay mahallini terk etmemiş ve Cemile’nin fiili üzerinde hakimiyet kurmuştur, dolayısıyla müşterek fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Cemile, kasten öldürme suçunun temel şeklinden ve Güler ise, kasten öldürme suçunun nitelikli şeklinden sorumlu olmalıdır. Cemile’nin suçun işleniş üzerinde müşterek hakimiyet kurmamış olması halinde ise, Cemile, kasten öldürme suçunun temel şeklinden ve dolayısıyla Güler’in de bu suç esas olarak cezalandırılması gerekir. Bu sebeplerle *Özgenç*, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itirazına katılmamaktadır (*Özgenç*, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.575-579).

Demirel, bahse konu karara ilişkin değerlendirmesinde, yerel mahkemenin kararının görüşüne uygun olduğunu, bu karara göre özel kişisel unsuru haiz olmayan failin suçun temel şeklinden sorumlu olduğu, özel kişisel unsuru haiz olan şerikin ise suçun nitelikli haline azmettiren olarak sorumlu tutulduğunu ifade etmiştir. Yargıtay ise, şerikin suçun nitelikli halinden azmettiren olarak sorumlu tutulmasını, suçun failin fiiline göre belirlendiği ve şerike bu halin sirayet ettiğine ilişkin bağlılık kuralına aykırı bularak kararı bozmuştur (*Demirel*, **a.g.e.**, s.524, 525).

Düşüncemize göre, iştirakte bağlılık kuralına ilişkin mevcut düzenleme göz önüne alındığında Yargıtay kararı yerindedir. Değerlendirme yapılırken, olması gereken hukuk ile olan hukuk birbirine karıştırılmamalıdır. Olan hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirmemize konu olan bağlılık kuralına göre, şerik failin fiiline göre sorumlu tutulmalıdır ve bu duruma istisna teşkil edecek bir düzenleme de bulunmamaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itirazı ve *Demirel*’in görüşü, Alm. CK § 28/2 düzenlemesi kanunumuzda olsa idi, hukuki dayanağı bulunacak ve yerinde olacak idi. Ancak Alm. CK § 28/2’nin karşılığı bir düzenlemeye benzer bir hüküm mevzuatımızda bulunmadığından bu görüşün hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

bir ayrıma gerek var mıdır? Suçun nitelikli hallerinin sirayeti meselesinde, öncelikle bu sorular yanıtlanmalıdır.

Nitelikli hallerin sirayeti hususu, 765 sayılı TCK'da açıkça düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da daha ağır cezayı gerektiren haller ve daha hafif cezayı gerektiren haller, faile bağlı ve fiile bağlı olarak ayrıma tabi tutulmuştur. Ancak 5237 sayılı TCK'da nitelikli hallerin faile ya da fiile bağlı olması şeklinde bir ayırım yapılmamıştır. Hükümet Tasarısının 43 ve 44.maddeleri Adalet Alt Komisyonu'nda çıkarılmış ve 5237 sayılı TCK'da bu hükümlere yer verilmemiştir⁴¹⁹. 765 sayılı TCK döneminde daha ağır cezayı gerektiren sebepler, kişisel ve fiili olarak ikiye ayrılmaktaydı. 765 sayılı TCK m.66'da cezayı artıran kişisel sebeplerin, 67.maddesinde cezayı artıran fiili sebeplerin, bu sebepleri bilen suça iştirak edene sirayet edeceği kabul edilmişti. Şahsi cezasızlık sebepleri ve kişisel hafifletici sebeplerin şeriklere geçmesine ilişkin olarak olarak kanunda düzenleme yapılmamıştı. 765 sayılı TCK'da yer alan düzenlemeye göre, kişisel nitelikli cezayı ağırlaştıran sebepler, iştirak iradelerinin açıklandığı anda bilme koşulu ile suça iştirak eden diğer kişilere sirayet etmekteydi. Cezayı ağırlaştıran fiili nedenler ise, fiilin işlendiği anda bilme koşulu ile suça iştirak eden diğer kişilere sirayet etmekteydi⁴²⁰. Kişisel sebebi haiz olmayan ancak bu sebebi bilen suç ortaklarına sirayet etse dahi cezada indirim yapılabileceği düzenlenmiştir⁴²¹. Ancak daha ağır cezayı gerektiren kişisel sebeplerde kabul edilen indirim, daha ağır cezayı gerektiren fiili sebepler bakımından kabul edilmemiştir.

Doktrinde bir görüşe göre, 5237 sayılı TCK'da kişisel ya da fiili sebep ayırımına yer verilmemiş olması eksikliktir, ayırımın bilimsel olmadığını ifade etmek

⁴¹⁹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.565; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1169; Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.779; Akbulut, **a.g.e.**, s.717; Taşkın, **a.g.e.**, s.134; Aydın, **a.g.e.**, s.231.

5237 sayılı TCK 40. maddesinin gerekçesinde, cezayı ağırlaştıran sebeplerin kişisel veya fiili olarak bir ayrıma tabi tutulmasının bilimsel olmaması ve uygulamada çelişkili kararların verilmesine yol açtığı ifade edilmektedir.

⁴²⁰ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.508, 509; Zafer, **a.g.e.**, s.401, dn.26; Sancar, **a.g.e.**, s.258.

⁴²¹ *Dönmezer/Erman*'a göre, azmettirenin failin kişisel sebebinin bulunduğunu bilip bilmemesi önemli değildir. Çünkü bir şeyi bilmek bir fiilden sorumluluk için aranır, daha az sorumlu tutmak için bilgiye ihtiyaç yoktur (*Dönmezer, Erman, a.g.e.*, Cilt:2, s.647).

için gerekçeleri ortaya konulmalıdır ve ayrıca iştirak kurallarının me hazı olan Alm. CK'da da bu ayırım bulunmaktadır⁴²².

Doktrinde başka bir görüş, 5237 sayılı TCK'da fiili ve kişisel sebep ayırımı yapılmamış olmasına rağmen, 765 sayılı TCK'nın etkisi ile bu ayırımı devam ettirmekte ve suçun nitelikli hallerinin sirayetini de buna dayandırmaktadır. Bu görüşe göre, TCK m.40'ın gerekçesinde her ne kadar bu ayırımın kabul edilmediği ifade edilse de, "*cezayı hafifleten kişisel nedenler*"den söz edilmesi, kanun koyucunun da bu terminolojiden tamamen ayrıldığını göstermektedir ve yazar incelemesini bu ayırma dayandırmaktadır⁴²³. Bu görüş, nitelikli hallerin geçişini kişisel ve fiili nedenler olarak ayırım yaparak incelemektedir⁴²⁴. Bu görüşe göre, daha ağır ya da daha hafif cezayı gerektiren nedenler, fiilden ya da failden kaynaklanabilir⁴²⁵. Kişisel hafifletici nedenler, cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran şahsi nedenlerin failin şahsından ya da mağdur ile olan ilişkisinden kaynaklanan nedenlerdir⁴²⁶. Bu görüşe göre, suçu hafifleten nedenlerin kişisel sebep olduğu haller suç ortaklarına sirayet etmez⁴²⁷. Daha hafif cezayı gerektiren kişisel sebep, failin kişiliği dikkate alınarak kabul edildiğinden cezayı azaltma yoluna gidilmişse bundan sadece ilgili fail yararlanabilir⁴²⁸. Fiile ilişkin hafifletici sebepler,

⁴²² Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.568.

⁴²³ Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.642.

⁴²⁴ Kaymaz, **a.g.m.**, s.126; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.666.

⁴²⁵ Aydın, **a.g.e.**, s.231; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.666.

⁴²⁶ Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.668.

⁴²⁷ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.341, 342; Aydın, **a.g.e.**, s.232.

⁴²⁸ Aydın, **a.g.e.**, s.232; Kaymaz, **a.g.m.**, s.161.

Bu görüşe göre, örneğin haksız tahrikin varlığı halinde iştirak halinde işlenen bir suçta sadece haksız tahrikten faydalanma hakkı olan kişi bu indirimden istifade edebilir (Aydın, **a.g.e.**, s.232, 233).

Bu görüşe göre, şahsi hafifletici nedenlerin sirayeti konusunda kanunda açık bir düzenleme yapılmadığından sübjektif nitelikteki bu nedenlerin şahsında böyle bir neden bulunmayan kişiye uygulanmaması gerekir. Aksi halde yani uygulaması durumunda, TCK m.61/10'da yer alan kanunda açıkça yazmadığı sürece cezaların artırılıp azaltılamayacağına ilişkin hükme aykırı olup, ayrıca fiili hafifletici nedenlerde olduğu gibi bağlılık kuralını uygulayarak kendisinde hafifletici neden bulunmayan suç ortağını faydalandırmak mümkün değildir (Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.669; Kaymaz, **a.g.m.**, s.152). Ayrıca bu görüşe dayanak olarak TCK m.40 gerekçesinde yer aldığı ifade edilen cezayı hafifleten ya da ortadan kaldıran kişisel nedenlerin ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğurması gösterilmiştir (Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.669). Bu görüşe göre, nitelikli hallerin sirayetinin mümkün olup olmamasına ilişkin olarak şu hususlar göz önünde bulundurulmalıdır: Kusursuz ceza olmaz ilkesi uyarınca kişi ancak kendi fiilinden sorumlu tutulabilir, fiile ilişkin olmayan kişisel sebeple cezanın ağırlaşmasını neticeleyen bir nitelikli halin diğer suç ortaklarına yüklenebilmesi için kanunilik ilkesi gereğince kanunda açıkça yazılı olması gereklidir. Fiili nedenler,

objektif nitelikte olduğundan bunların varlığının ya da yokluğunun bilinmesinin önemi bulunmamaktadır, iştirak edenler bilmeseler de faydalanırlar⁴²⁹. Daha ağır cezayı gerektiren kişisel sebepler bakımından ise, TCK'da daha ağır cezayı gerektiren kişisel sebeplerin diğer suç ortaklarına geçişine ilişkin hüküm bulunmadığına göre bu sebeplerin sadece ilgili kişi hakkında uygulanacağı ifade edilmektedir⁴³⁰.

Doktrinde başka bir görüşe göre ise, daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hal şerikler bilse de bilmeseyse de sirayet edecek, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal ise iştirak iradesinin varlığı koşulundan dolayı ancak bilme halinde şeriklere sirayet edecektir⁴³¹.

Doktrinde bir görüşe göre de, suçun nitelikli halinin haksızlığa ya da kusura ilişkin olup olmamasının büyük bir önemi olduğundan unsurun fiile ilişkin mi yoksa faile ilişkin mi olduğu belirlenmelidir⁴³². Ayrıca bu görüşe göre, fiile ya da faile ilişkin olsun tüm nitelikli unsurlar, haksızlığa ilişkin olduğundan ve bu unsurların bir

fiilin işlenişinden kaynaklanan objektif sebepler olup, kişisel nedenler bir kişinin kişiliği ve mağdur ile ilişkisi dikkate alınarak kabul edilen nedenlerdir (Kaymaz, **a.g.m.**, s.149, 150). Benzer yönde bir görüşe göre de, ancak mevcut düzenlemeden bu sonuçlara ulaşmak yeterli olmayıp, kanunilik ilkesi gereği kanunda açıkça öngörülmediği sürece cezalar ne artırılabilir ne de azaltılabilir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.567, 568).

Bu görüş, birçok yönden eleştirilebilir. İlk olarak, kişisel hafifletici nedenler kapsamında cezalandırmayı önleyen kişisel sebeplerin anlaşılması, nitelikli haller ile cezalandırmayı önleyen kişisel nedenlerin ayırt edilmediğini göstermektedir. İkinci olarak, kişisel hafifletici sebeplerin sirayet edememesinin gerekçesi TCK m.61/10 olmamalıdır. Çünkü bu mesele bağlılık kuralı ile çözümlenmektedir. Suçun nitelikli halinin failden şerike sirayet etmesinin hukuki dayanağı bağlılık kuralıdır ve bu kural da kanuna dayanmaktadır, dolayısıyla kanunilik ilkesine uygundur. Üçüncü olarak, TCK m.40'da yer almayan ancak gerekçede yer aldığı ifade edilen husus, kanunun madde metninde TCK m.40/1/c.2'de yer almaktadır ve bu husus "*cezalandırmayı önleyen kişisel sebepler*" olarak ifade edilmektedir. Son olarak, suçun nitelikli halleri kapsamında olan fiili nedenler ve kişisel nedenler de tipiklikte yer alan unsurlardır, her ikisi de kast kapsamına dahildir. Fiili nedenlerin objektif, kişisel nedenlerin ise subjektif nitelikte olmaları dışında aralarında fark bulunmamaktadır ve faile ilişkin sebepler-fiile ilişkin sebepler ayrımı objektif açıdan belirlilik sağlayamayacaktır ve bu ayrım gerekli de değildir.

⁴²⁹ Aydın, **a.g.e.**, s.233; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.341, 342; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.666; Kaymaz, **a.g.m.**, s.155.

⁴³⁰ Kaymaz, **a.g.m.**, s.150; Soyaslan, **a.g.e.**, s.496.

Kişisel ve fiili sebep ayrımını yapan bir başka görüşe göre ise, daha ağır cezayı gerektiren kişisel sebeplerin sirayeti için kişisel sebebin suç ortağı tarafından bilinmesi ve suçun işlenmesini kolaylaştırması gereklidir. Daha ağır cezayı gerektiren fiili sebeplerin sirayeti için ise, sebebin suç ortağı tarafından bilinmesi gereklidir (Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.341, 342; Aydın, **a.g.e.**, s.234).

⁴³¹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.567.

⁴³² Demirel, **a.g.e.**, s.489.

kısmı haksızlığın yanında kusura da ilişkin olduğundan nitelikli halin şahsa bağlı olması cezalandırma bakımından önem taşımaktadır⁴³³. Düşüncemize göre, suçun nitelikli halleri haksızlığa ilişkin olduğundan bu ayrıma gerek kalmamakla birlikte, bu görüşün kabulü halinde dahi hem haksızlık hem de kusura ilişkin olarak kabul edilen nitelikli unsur, failin şahsına bağlı olduğundan ve kusur ilkesi gereğince sadece ilgili kişiyi ilgilendirdiğinden sirayete engel bir durum oluşturmaktadır. Yazara göre, fiile ilişkin olmayıp failin şahsına ilişkin olan nitelikli unsurun ve böylece haksızlığın yanında kusura da etki eden nitelikli unsurun diğer suç ortaklarına sirayet etmesi engellenmelidir. Yazar, nitelikli unsurun failin ya da şerikin şahsına ilişkin olması şeklinde ayırım yapılmasını önermektedir⁴³⁴. Düşüncemize göre, nitelikli halin kusura etki ettiğini kabul ettiğimizde dahi, zaten halihazırdaki düzenleme gereğince suç ortaklarına sirayet etmeyecek, dolayısıyla bir problem teşkil etmeyecektir. Yazar, esas olarak fiile ilişkin sebeplerin sadece haksızlığı etkilediğini, faile ilişkin sebeplerin ise sadece haksızlık ya da sadece kusuru etkilemediğini, dolayısıyla nitelikli unsurun fiile ilişkin mi yoksa faile ilişkin mi olduğu hususundaki zorluğu doğru bulmadığını ifade etmektedir. Ayrıca Alman hukukundaki unsurun haksızlığa mı yoksa kusura mı ilişkin olduğu hususundaki tartışmanın da bu görüşle birlikte anlamı kalmayacağını savunmaktadır⁴³⁵. Yazarın anlayışına göre, aynı zamanda kusura da ilişkin olan faile ilişkin nitelikli unsurun şerike sirayet etmemesi ve haksızlık boyutuyla da şeriki etkilemesi gerekir.

Doktrinde başka bir görüşe göre, fiili nedenlerin sirayeti, kast ve bağlılık kuralı ile çözülebilirken, şahsa ilişkin nedenlerin sirayeti, genel kurallar ile çözümlenebilecek bir mesele olmayıp TCK'da da Alm. CK § 28/2'de olduğu gibi açık düzenleme yapılmalıdır⁴³⁶.

Doktrinde nitelikli halleri fiili ve kişisel olarak ikiye ayıran görüşe göre, nitelikli hal fiili bir sebepten kaynaklanmakta ise diğer faillere de uygulanır, ancak nitelikli halin diğer failler tarafından bilinmesi ve sebebin suçun işlenişini

⁴³³ Demirel, **a.g.e.**, s.494.

⁴³⁴ Demirel, **a.g.e.**, s.516.

⁴³⁵ Demirel, **a.g.e.**, s.502, 503.

⁴³⁶ Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.682.

kolaylaştırması gerekir; nitelikli hal kişisel bir sebepten kaynaklanmakta ise sadece bu sebebi taşıyan kişi bakımından uygulanır, diğer faillere uygulanmaz⁴³⁷. Ancak bu görüşe katılmadığımızı belirtmeliyiz. Nitelikli hallerin sirayeti, nitelikli halin failden şerike etkisi bakımından önem taşımaktadır, failden faile sirayetine sebep olmamaktadır. Her fail kendi işlediği fiile göre sorumlu olmalıdır.

Doktrinde suça etki eden nedenleri kişisel ve fiili olarak ayıran bir başka görüşe göre, suça etki eden fiili nedenler, suçun daha ağır ya da daha hafif sayılmasına yol açan, suçun işleniş şekli, zamanı, neticesi, suçta kullanılan araçlar, eşyanın yapısı, cinsi, konu, zaman, yer, fiilin işleniş tarzı, zarar ya da tehlikenin ciddiyeti, mağdurun vasfına ilişkin nedenler, fiil ile netice arasındaki illiyet bağından kaynaklanan nedenler iken, suça etki eden kişisel nedenler, failin ve şerikin şahsından, onları suç işlemeye sevk eden özel amaç ya da saiklerden, kastın şiddeti, taksirin derecesi, faille mağdur ya da şerikle mağdur arasındaki özel ilişkiden kaynaklanır⁴³⁸. Kişisel sebepler, sübjektif nitelikte olup, bir kişinin kişiliği, mağdur ile ilişkisi dikkate alınarak kabul edilen sebepler iken, fiili sebepler fiilin işlenişinden kaynaklanan nedenler olup, objektif niteliktedir⁴³⁹.

5237 sayılı TCK'da kişisel ve fiili sebep ayrımına yer verilmemiş iken, Yargıtay bazı kararlarında 765 sayılı TCK'da yer alan kişisel ve fiili sebep ayrımını kullanmaktadır⁴⁴⁰. Yargıtay'ın failde bulunan şahsa bağlı nitelikli halin şerike sirayet etmemesi yönünde kararları bulunmaktadır⁴⁴¹. Aksi yönde Yargıtay'ın faildeki şahsa bağlı nitelikli halin şerike sirayet ettirilmesi yönünde kararları da bulunmaktadır⁴⁴².

⁴³⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.569.

⁴³⁸ Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.654; Kaymaz, **a.g.m.**, s.127; Soyaslan, **a.g.e.**, s.496; Aydın, **a.g.e.**, s.235; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.568.

⁴³⁹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.568, 569.

⁴⁴⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.690; Gökçen, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.182.

⁴⁴¹ “... sanığın kardeşinin öldürülmesi üzerine karşı taraftan birinin öldürülmesi için diğer failleri azmettirdiği olayda; diğer faillerin tasarlayarak öldürme suçunu işledikleri anlaşılacakla, şerik olan sanığın 5237 sayılı TCK'nın 40.maddesi uyarınca bağlılık kuralı gereği TCK'nın 38/1 maddesi yollamasıyla 82/1-a uyarınca cezalandırılması gerektiği, ayrıca kan gütmeye saikinden sorumlu tutulamayacağı” belirtilmiştir (Yargıtay 1.CD., 24.09.2014 tarih ve 1769/4149 K. sayılı karar, Demirel, **a.g.e.**, s.519).

⁴⁴² “... Buna göre somut olayda Murat ve Kenan'ın maktule ile sanık Muhammet'in evli olduklarını bildikleri halde sanık Muhammet'in 'eşini kasten öldürme' suçuna yardım ettikleri anlaşılacakla

Yargıtay bazı kararlarında ise, kan gütme saiki, töre saiki, tasarlama gibi sebeplerin şeriklerden faillere sirayet edebileceğini kabul etmiştir⁴⁴³. Şerikte bulunan nitelikli hal bağıllık kuralı gereğince faile sirayet edemeyeceğinden Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına katılmamaktayız. Birinci bölümde de ifade ettiğimiz gibi amaç veya saik, tipikliğin subjektif unsurlarından olup, özgü suç kapsamında özel bir nitelik ya da özel kişisel sebep olmadığından nitelikli halin şerike sirayetine ilişkin genel kurallar uygulanmalıdır⁴⁴⁴.

Suçun nitelikli hallerinin sirayeti konusunda, nitelikli halin failden ya da fiilden kaynaklanmasının bir önemi olup olmadığı, bir diğer deyişle failden ya da fiilden kaynaklanan sebep şeklinde bir ayırım yapılmasına gerek olup olmadığı hususu, bu konunun problemlili kısmını oluşturmaktadır. İnceleme alanımızdaki bu problemin kapsamını, suçun nitelikli halindeki sebebinin faile ilişkin olması, gerçek olmayan özgü suç olması oluşturmaktadır. Gerçek olmayan özgü suçlarda nitelikli unsurun failden şerike sirayeti meselesi odak noktamız olmaktadır.

5237 sayılı TCK'da nitelikli hallerin fiili ya da kişisel sebep olarak ayrıma tabi tutulmamasını, 765 sayılı TCK dönemindeki belirsizliklerin ve halihazırda Alm.

TCK'nın 82/1-d ve 39.maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine bağıllık kuralına yanlış anlam vermek suretiyle kasten öldürme suçuna yardımdan ... hüküm kurulması, ... yasaya aykırıdır" (Yargıtay 1.CD., 25.06.2014 tarih ve 2013/3531 E., 2014/3655 K. sayılı karar, Demirel, **a.g.e.**, s.520). Demirel, nitelikli halin şerike sirayet etmesini yerinde görse de, nitelikli halin şerikte bulunmaması halinin de dikkate alınması gerekeceğini belirtmektedir. Ancak kanunda düzenlenmemiş bu konunun mahkeme tarafından uygulanması kanunilik ilkesini zedeler nitelikte olacaktır.

⁴⁴³ Şerikten kaynaklanan fiile bağlı nitelikli halin sirayeti hakkında Yargıtay, kasten öldürme suçlarında kan gütme ve töre saikini fiile bağlı bir nitelikli hal olarak görmekte ve şerikten kaynaklanan nitelikli halin failer hakkında uygulanmasına karar vermektedir (Yargıtay 1.CD., 01.07.2009 tarih ve 5808/4145 K. sayılı karar (Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.964, dipn.70; Kaymaz, **a.g.m.**, s.145; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.483). Bu kararda, azmettiren kaynaklanan töre saiki nitelikli halinin, hem fail hem de azmettiren hakkında uygulanması hukuka aykırı görülmemiştir. Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 1.CD., 01.02.2010 tarih ve 2010/438 E., 2010/493 K. sayılı karar; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.964, dipn.70; Gökçen, Balcı, **"Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)"**, s.182; Kaymaz, **a.g.m.**, s.146).

⁴⁴⁴ *Akbulut*'a göre, amaç veya saikin öngörüldüğü suçlarda şerik bu durumu bildiği takdirde kendisine uygulanacaktır. Yazara göre, örneğin A, töre saiki ile hareket eden B'nin fiiline yardım ettiğinde m.82'ye yardım etmekten sorumlu olacaktır. A töre saiki ile hareket eden B ile birlikte suç işlediğinde m.81'den fail olarak sorumlu olacaktır. Yazara göre, bu doğru değildir ve Alm. CK § 28'deki gibi özel niteliği haiz olmayan şerik bakımından indirim hükmüne yer verilmelidir. Ancak Alm. CK § 28/1'de öngörülen indirim, gerçek özgü suçlar bakımından geçerlidir. Yazarın örnek verdiği suç ise, bir özgü suç olmayıp suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halidir. Bir an için özgü suç olarak kabul edilse dahi gerçek olmayan özgü suç kategorisine dahil olacağından Alm. CK § 28/2 kapsamında değerlendirilmelidir.

CK § 28’de bu sebepten dolayı ortaya çıkan derin tartışmaların benzerlerinin yaşanmaması açısından doğru bulmaktayız. Fiile bağlı sebepler ve faile bağlı sebepler ayrımının teorik bir dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca bu ayrımın kabul edildiği Alman ceza hukukunda da aşağıda detaylı bir şekilde izah edileceği gibi doktrinde yoğun tartışmalar bulunmaktadır. TCK’da kabul edilen iştirakte bağlılık kuralı kapsamında kusur bulunmadığından ve TCK m.40/1/c.2’de yer alan hükümden dolayı haksızlığa ilişkin olan hususlar failden şerike sirayet edebilecek, ancak kusura ilişkin olan sebepler sirayet etmeyecektir. Dolayısıyla suçun nitelikli halinde yer alan sebep haksızlığa ilişkin olduğundan sirayet edecek, bunun dışındaki kusura ilişkin kişisel sebepler ise, sirayet etmeyecektir. Nitelikli hal, faildeki özel niteliğe bağlı olarak gerçek olmayan özgü suçta tezahür edebileceği gibi (*inceleme konumuzu oluşturan*) failin özel niteliğinden bağımsız da olabilir. Suçun nitelikli halinde yer alan sebebin faile ilişkin bir özellik ya da yükümlülük olması halinde bu sebep kişisel bir sebep olmaktadır ve özgü suçun özel kişisel unsurunu oluşturmaktadır ve bu anlamda önem taşımaktadır. Her iki durumda da, TCK m.40 düzenlemesine göre bilme koşulu ile nitelikli halin failden şerike sirayeti kabul edilerek tartışmalara son vermek amaçlanmaktadır. Çünkü sebeplerin faile bağlı yahut fiile bağlı olmasına dayanan bir ayrım, hangi kriter önerilirse önerilsin objektif açıdan belirlilik sağlayamayacak ve özellikle uygulamada 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi tartışmalı yargı kararlarının verilmesine yol açacaktır. Bu hususların yanı sıra, bu ayrımın gerçekten gerekli olup olmadığı sorusu da yanıtlanmaya muhtaçtır. Düşüncemize göre, şerikin failin fiilinden dolayı bilme koşulu ile sorumlu olmasına ilişkin bağlılık kuralından ve kusura ilişkin sebeplerin sirayetin kapsamı dışında bırakılmış olmasından dolayı günümüzde böyle bir ayrıma ihtiyaç kalmamıştır.

Alman doktrininde de Türk doktrininde olduğu gibi suçun unsurunun fiilden mi yoksa failden mi kaynaklandığına ilişkin ayrım konusu tartışmalıdır. Günümüzde sıklıkla kullanılan fiil ve faile ilişkiler ayrım, dili basitleştirse de, sınırlandırmayı neredeyse hiç hafifletmemektedir. Hangi unsurların fiile, hangi unsurların faile

ilişkin olduğu sorusu halen devam etmektedir⁴⁴⁵. Alm. CK § 28.paragrafında faile ilişkin ve fiile ilişkin unsurların ayrımı yaygındır⁴⁴⁶. Literatürde, bazı görüş ayrılıkları ile birlikte, genellikle § 28'in uygulanabilirliği ya da uygulanamazlığı için kriter olarak fiile ilişkin ya da faile ilişkin unsur arasındaki ayrım kullanılmaktadır. Ancak bu anlayışa karşılık, daha fazla açıklamaya gereksinim olduğunu düşünen ve fiile ve faile ilişkin unsurların sınırlandırılmasına ilişkin mantıklı bir bakış açısı olmadığını savunan görüşlerin sayısı artmaktadır⁴⁴⁷. Bu yönde bir görüşe göre de,

⁴⁴⁵ Gerl, **a.g.e.**, s.6.

Alman doktrinde fiile ilişkin-faile ilişkin ayrımının belirlenmesine yönelik pek çok farklı görüş bulunmaktadır. Şöyle ki;

Bir görüşe göre, faile ilişkin unsurların faili, fiile ilişkin unsurların fiili karakterize etmesi gibi sınır, değerlendirmeye yardımcı olmaktadır (Langer, **a.g.m.**, s.251). Ancak aksi yöndeki görüşe göre, literatürde genellikle rastlanan fiile ilişkin unsurların fiili tanımladığı, faile ilişkin unsurların ise faili tanımladığı şeklindeki tanım, yardımcı olmaktan çok yanıltıcıdır. Örneğin “*mahpusların ayaklanması*” suçunda “*mahpuslar*”, esas itibarıyla failin şahsını tanımlamaktadır, ancak mahpusların ayaklanmasına iştirak edenlerin Alm. CK § 28/1 kapsamında faillik alanı içerisinde olup olmadıkları sorusu varlığını sürdürmektedir (Gerl, **a.g.e.**, s.6). Bu görüşe göre, suçun unsurları içerisinde, doğrudan fiilin süjesini tanımlayan unsurlar, fiili tanımlayan unsurlardan ayırt edilebilir ve ayrıca fiili tanımlayan unsurlar da, dış dünyaya yansıyan durumlarla ilgili olmayan, aksine iç dünyaya yansıyan tipikliğin subjektif unsurlarından da ayırt edilebilir (Gerl, **a.g.e.**, s.52).

Bir başka görüşe göre, eğer unsur, failin kişiliğine ilişkin bir unsur ise, kişiliğe yönelik böyle bir unsura sahip olunup olunmadığı her suç için açıkça ifade edilemez. Şüphe halinde, söz konusu bu unsurun failin kişiliğine yönelik olarak daha güçlü olup olmadığı veya daha ziyade suçun işlenişine bağlı olup olmadığı belirleyici olmalıdır (Radtko, **a.g.m.**, s.645).

Bir diğer görüşe göre, eğer unsur fiile ilişkin unsur ise, fiilin işlenme şeklini, suçun icra türünü, niteliğini, fiilin gidişatını, tipikliğe uygun neticeyi, failin hareketinin özel tehlikeliliğini, suçun özel koşullarını tanımlamaktadır ve esasen suçun objektif unsurlarıyla özdeştir (Heinrich, **a.g.e.**, s. 595, kn. 1350; Schäfer/Sander/van Gemmeren, **a.g.e.**, kn.1063; Weber, **a.g.e.**, kn.769). Aynı yönde Alman Federal Yargıtayı tarafından verilen karar için bkz: BGHSt 39, 326, Weber, **a.g.e.**, kn.769. Fiile ilişkin unsurlar, objektif haksızlık içeriğini karakterize eder (Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, § 28, kn.4; Heinrich, **a.g.e.**, s. 595, kn. 1350). Örneğin, uyuşturucu madde ticareti ile birlikte ateşli silah taşımak gibi fiile ilişkin unsurlar, 28. paragrafın uygulama alanı dışındadır (Schäfer/Sander/van Gemmeren, **a.g.e.**, kn.1063; Weber, **a.g.e.**, kn.769). Benzer yönde bir görüşe göre de, faile ilişkin unsurlar, özellikle suça iştirak edenin kişiliği ile bağlantılı olan ve kişisel haksızlık, kusur ya da cezalandırılabilirliği belirleyen nitelik, ilişki ya da koşullardır (*örneğin, saik, eğilim ya da şahsi yükümlülük durumu*). Fiile ilişkin unsurlar, fiilin maddi haksızlığına ilişkindir (*örneğin, netice, fiilde kullanılan araçlar, kast ve amaç*) (Bock, **a.g.e.**, s.632; Heinrich, **a.g.e.**, s.595, kn. 1350; Schäfer/Sander/van Gemmeren, **a.g.e.**, kn.1063; Hoffmann-Holland, **a.g.e.**, s.225, kn.596).

Doktrinde başka bir görüşe göre, eğer özel kişisel unsurlar fiilin neticesinin haksızlığını ve böylece hukuki değerler ile ilgili koşulları karakterize ederlerse, o zaman kişisel unsurlar fiile ilişkin olur. Örneğin, tanıklık suçlarında tanık olma durumu (§ 153); akrabalar arasında cinsel ilişki suçunda akraba olma (§ 173) gibi. Eğer unsurlar failin kişisel haksızlığını özellikle de failin kişiliğini, özel yükümlülük durumunu, saik ve sebeplerini karakterize etmekteyse, Alm. CK § 28 anlamında faile ilişkin özel kişisel unsurlar bulunmaktadır. Örneğin, kamu görevlerine ilişkin suçlarda kamu görevlisi olmak (Alm. CK § 258a, 331, 332, 340), güveni kötüye kullanma suçunda güven ilişkisi (Alm. CK § 266) gibi. (Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.108, 109, kn.332-334).

⁴⁴⁶ Bock, **a.g.e.**, s.632.

⁴⁴⁷ Roxin in: **Jähne/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.14, 15, kn.27.

“faile ilişkin” terimi, bir kategori olarak anlam ifade etmemektedir. Çünkü geçerli bir kriter ortaya çıkarılmamış ve dogmatik görevini yerine getirmemiştir. Kanuna yabancı olan “faile ilişkin”- “fiile ilişkin” kavram çiftini kanuna yerleştirmek, “özel kişisel unsur” kavramı için uygun değildir⁴⁴⁸. Faile ilişkin özel kişisel unsurların fiile ilişkin unsurlardan sınırlandırılması hiçbir şekilde açık ve net değildir⁴⁴⁹.

Fiile ve faile ilişkin ayrım konusunda Alman yargı kararlarının tutarlı olduğu ve bunun literatürde de hakim olduğu biçiminde değerlendirmeler bulunmakta⁴⁵⁰ ise de, içtihatlar incelendiğinde tutarlılık ve belirliliğin sağlanmamış olduğu anlaşılmaktadır.

Alm. CK § 28.paragrafta yer alan “*kişisel*” ifadesinden dolayı faile ilişkin unsurlar (*täterbezogenen Merkmalen*) özel kişisel unsurlara dahil olur ve böylece

⁴⁴⁸ Langer, **a.g.m.**, s.251.

⁴⁴⁹ Schäfer/Sander/van Gemmeren, **a.g.e.**, kn.1063.

⁴⁵⁰ Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.60; Krause, **a.g.e.**, s.70.

Alman İmparatorluk Mahkemesi 1. Ceza Kurulu tarafından verilen kararda, mesleki ve alışkanlık ya da tekerrürün fiile ilişkin objektif biçimlere dokunmadığı ve dolayısıyla 50.paragraf (28.paragrafın karşılığı olan eski hüküm) kapsamında özel kişisel nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Bkz: RGSt 09.01.1893 tarih ve 23, 378 sayılı karar (Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.60). 2. Ceza Kurulu tarafından verilen kararda da, mesleki olarak hareket etmeyip, yardım edenin hareketinin mesleki faaliyetin ilgili suçun objektif biçimine ait olmayıp, kişisel nitelikler içerisinde olduğu ifade edilmiştir (RGSt 22.06.1894 tarih ve 26, 3 sayılı karar (Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.60).

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Alm. CK § 28 hükmünün uygulama alanını belirlerken görünürde, ilk farklılaşma aşamasından yani suçun objektif ve subjektif unsurlarından hareket etmektedir (Radtke, **a.g.m.**, s.8).

Genellikle § 28’in uygulanabilirliği için kuşku unsurun daha yoğun olarak fiile bağlı olup olmadığı, eğer öyleyse fiile ilişkin unsur olduğu ve § 28’in uygulama alanı dışında kaldığı veya daha ziyade failin kişiliğine bağlı tanımlanmış ise faile ilişkin unsur olduğu kabul edilmiştir. Bu soru, suç ile korunan amaç göz önüne alınarak doğru bir şekilde yanıtlanabilir (BGHSt 41, 1=NJW 1995, 1764 (1765); BGHSt 58, 115 (118)=NJW 2013, 949) (Radtke, **a.g.m.**, s.8).

Alman Federal Yüksek Mahkemesi verdiği bir kararda, cezayı ağırlaştıran sebeplerin failin özel kişisel ilişkilerine uygun olmadığını, aksine fiilin işlenme şekline ilişkin özel bir unsura dayanmakta olduğunu kabul etmiştir ve bu tür cezayı ağırlaştıran sebeplerin § 50/2 kapsamında olmadığını ifade etmiştir. Bkz: BGHSt 6, 260, 262 (Roxin in: Jähnke/Laufhütte/Odersky **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.13, kn.23).

Alman içtihatlarına göre, § 28 hükmünün uygulama alanı kapsamında olmayan fiile ilişkin unsurlar şu şekildedir: § 173’de yer alan akrabalar arasındaki cinsel ilişkide akrabalık özelliği, § 211’de yer alan cinayet suçunda canavarca hisle ya da toplum için genel tehlike yaratan araçlarla işlenmesi, § 242 ve § 249’da mal edinme amacı (Gerhard Schäfer, Günther Sander, Gerhard van Gemmeren, **Praxis der Strafzumessung**, 6. Auflage, 2017, kn.1064).

fiile ilişkin unsurlardan (*tatbezogenen Merkmalen*) ayrılır⁴⁵¹. Kişisel unsurlar, failin kişiliğinden ziyade fiile ağırlık veren fiile ilişkin unsurlar değildir⁴⁵². Bu hüküm, fiile ilişkin unsurlara değil, yalnızca faile ilişkin unsurlara uygulanır⁴⁵³. Fiile ilişkin unsurlar, fiilin maddi haksızlık içeriğini tanımlayan haksızlığın objektif unsurlarıdır, bu durumlarda, Alm. CK § 28 uygulanmaz⁴⁵⁴. Faile ilişkin subjektif unsur, Alm. CK § 28'in ana uygulama alanını oluşturmaktadır. Çünkü, bir insanın ruhsal alanından daha fazla kişisel olabilecek bir unsur bulunmamaktadır⁴⁵⁵. Alm. CK § 26 ve § 27 kapsamında, sıkı bağıllık kuralı olarak ele alınan fiile ilişkin kişisel unsurlar bulunmaktadır⁴⁵⁶.

Alman doktrininde bir görüşe göre, özel kişisel unsurlar suçun unsurları içerisinde şu şekilde sınıflandırılmıştır: Suçun unsurları, tipikliğe ilişkin unsurlar ve kusura ilişkin unsurlar olarak ikiye ayrılmış, tipikliğe ilişkin unsurlar şahsa ilişkin unsurlar, şahsa ilişkin olmayan unsurlar ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardaki unsurlar olarak üçe ayrılmıştır. Şahsa ilişkin unsurlar, fiil ile ilgili olanlar ve fail ile ilgili olanlar olarak ikiye ayrılmış, faile ilişkin olanlar (*Alm. CK § 28*) da suçun temel şeklinde yer alanlar (*Alm. CK § 28/1*) ve suçun nitelikli şeklinde yer alanlar (*Alm. CK § 28/2*) olarak ikiye ayrılmıştır⁴⁵⁷.

Alm. CK § 28 ve § 29'un uygulama alanı kapsamında faile ilişkin özel kişisel unsurlar bulunmaktadır⁴⁵⁸. Alm. CK § 28 ve § 29.paragrafları arasında özel kişisel unsurun haksızlık ile mi yoksa kusur ile mi ilişkili olduğu hususunda ayırım yapılması gereklidir. Bu iki paragrafın uygulama alanının belirliliği için bu ayırım

⁴⁵¹ Heinrich, *a.g.e.*, s. 595, kn. 1350; Carsten Momsen, Sebastian Laudien in: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, § 14, kn. 29; Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, § 28, kn.4; Krause, *a.g.e.*, s.69; Hoyer, *a.g.e.*, § 28, s.67, kn.22; Tofahrn, **SAT-II**, s.122, kn.164.

⁴⁵² Weber, *a.g.e.*, kn.769.

⁴⁵³ Bohlander, *a.g.e.*, s.174; Radtke, *a.g.m.*, s.7; Kühl in: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, § 28, kn.4; Schäfer/Sander/van Gemmeren, kn.1063; Weber, *a.g.e.*, kn.769; Krause, *a.g.e.*, s.69; Hoyer, *a.g.e.*, § 28, s.67, kn.21, 22; Langer, *a.g.m.*, s.247; Tofahrn, **SAT-II**, s.122, kn.164.

⁴⁵⁴ Tofahrn, **SAT-II**, s.122, kn.164.

“*Kişisel*” unsur gerekliliğinden dolayı, suç tipinde yer alan fiile ilişkin tüm unsurlar, Alm. CK § 14'ün de düzenleme alanı dışındadır (Radtke in: **Münchener Kommentar zum StGB**, § 14, kn.49; Tag in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.201, kn.3).

⁴⁵⁵ Gerl, *a.g.e.*, s.176.

⁴⁵⁶ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.108, kn.331.

⁴⁵⁷ Kindhäuser, *a.g.e.*, s.335, kn.32.

⁴⁵⁸ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.108, kn.331.

gereklidir. TCK m.40/1/c.2’de yer alan kusura ilişkin kişisel sebeplerin failden şerike sirayet etmemesine ilişkin düzenleme Alm. CK § 29 ile benzerdir.

Görüldüğü üzere Alman doktrin ve uygulamasında da özel kişisel unsurun fiile ilişkin mi yoksa faile ilişkin mi olduğu hususunda kesin bir ayrım yapılamamıştır. Aslında Alman hukukunda Alm. CK § 28 hükmünde sadece faile ilişkin sebepler düzenlendiğinden fiile ve faile ilişkin sebep ayrımının yapılması gerekmektedir. Fiile ilişkin sebepler, Alm. CK § 26 ve § 27 hükümleri kapsamında şeriklere sirayet edeceğinden ayrıca düzenlenmemiştir. Bu hüküm, sadece faile ilişkin sebepler bakımından uygulanmakta olup, iştirakte bağlılık kuralının istisnasını faile ilişkin olan özel kişisel unsurlar oluşturmaktadır.

b. Nitelikli Hallerin Sirayetinin Kapsam ve Koşulları

İştirak halinde işlenen suçlarda suçun daha ağır ya da daha hafif cezayı gerektiren nitelikli şekilleri gerçekleştiğinde, bu hallerin suç ortaklarına sirayet edip etmeyeceği, sirayetinin kapsam ve koşulları, önemli ve sorunlu bir alandır. Suçun nitelikli hallerinin sirayeti konusunda özgü suç bağlamında incelenecek olan kısım, gerçek olmayan özgü suçlarda yani suçun nitelikli halinde faile ilişkin özel niteliğin öngörüldüğü hallerde bu halin şerike sirayet edip etmeyeceği ya da şerikte bulunan özel niteliğin şerik bakımından uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin sorundur.

Özgü suça iştirakte kişisel sebeplerin sirayeti meselesinin bağlılık kuralı ile çözüldüğüne ilişkin görüşe yukarıda yer vermiştik. Bu görüş, nitelikli hallerin sirayetinin kapsamını şu örnekler ile somutlaştırmaktadır. Örneğin, A eşi B’yi öldürmeyi düşünen C’ye yardım ederse, bağlılık kuralı gereğince şerikin sorumluluğu esas fiile göre belirleneceğinden A, C’nin gerçekleştirdiği fiile göre sorumlu olur, bu sebeple nitelikli kasten öldürme suçuna yardım etmekten sorumlu olmaz⁴⁵⁹. Böylece bağlılık kuralı gereğince failden kaynaklanan sebep şerike sirayet

⁴⁵⁹ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler.**, s.481; Gökçen, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.181; Akbulut, **a.g.m.**, s.210.

Örneğin, A’nın bir suçun delillerini gizlemek için işlediği kasten öldürme suçuna B, silah tedarik etmek suretiyle yardım etmiş ise, B, A tarafından işlenen kasten öldürme suçunun nitelikli halinden şerik olarak sorumlu olmalıdır. Eğer, B nitelikli unsuru bilmiyor ise, kasten öldürme suçunun temel

etmektedir. Bu görüşe göre, bir kimsenin eşini öldürmesi için başka bir kimseyi azmettirdiği durumda, öldüren kişi özel faillik niteliğini haiz olmadığından suçun temel şeklinden sorumlu olmalı, azmettiren kişi de TCK m.38 gereği işlenen suçun cezasından sorumlu olacağından suçun temel şeklinden sorumlu olacaktır⁴⁶⁰. Katı bağıllık kuralı nedeniyle bir kimsenin altsoy, üstsoy ya da eşini öldürmesi hususunda bir kimseyi azmettirmesi halinde fail kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olacağından azmettirenin de ceza sorumluluğu bu şekilde belirlenecektir⁴⁶¹.

Görüldüğü gibi bir kimse kendi eşinin ölümüne yardım ettiğinde, başkasının eşinin ölümüne yardım etmekten daha az ceza almaktadır⁴⁶². Bu durum ise, bir kimsenin yakınına kendisinin öldürmesinden başkasını azmettirmesinin daha az ceza ile karşılık bulması dolayısıyla daha cazip görülmesine yol açmaktadır.

Şerikten kaynaklanan kişisel sebeplerin diğer suç ortaklarına sirayeti meselesi üzerinde de durmak gereklidir. Şerikten faile nitelikli halin sirayeti bağıllık kuralı gereğince mümkün değildir. Ancak Yargıtay'ın bu konuda her iki yönde de kararı bulunmaktadır; bir kararında azmettiren kaynaklanan daha ağır cezayı gerektiren nedenin faile sirayeti kabul edilerek kasten öldürme suçunun eşe karşı işlenmesi nitelikli halinden sorumlu tutulmamasında isabetsizlik görülmemiştir⁴⁶³,

şeklinden şerik olarak sorumlu olmalıdır. Örneğin, babasını öldürmeye karar vermiş olan bir kişiye zehir tedarik eden kişi, fail ile mağdur arasında mevcut olan altsoy-üstsoy ilişkisini haiz değil ise de, kasten öldürme suçunun nitelikli şekline iştirak ettiğinden nitelikli halinden şerik olarak sorumlu tutulmalıdır (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.568).

Demirel'e göre, failin şahsında bulunan nitelikli hal şerike uygulanmalıdır, ancak şahsa bağlı nitelikli hal hem haksızlığa hem de kusura etki edeceğinden şerikin cezasında belli oranda indirim yapılmalıdır (Demirel, **a.g.e.**, s.528).

⁴⁶⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.689; Gökçen, Balcı, **“Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”**, s.181.

Soyaslan ise, bir kişinin babasını öldürmek için başkasını azmettirmesi durumunda, failin suçun temel şeklinden sorumlu olacağını ve azmettirenin tehlikeliliğinden dolayı cezasının artırılacağını ifade etmektedir (Soyaslan, **a.g.e.**, s.497).

⁴⁶¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s.530; Akbulut, **a.g.e.**, s.718; Akbulut, **a.g.m.**, s.209.

⁴⁶² Akbulut, **a.g.e.**, s.718; Akbulut, **a.g.m.**, s.210.

⁴⁶³ *“Sanık Halil İbrahim’in eşi olan maktuleye fuhuş yaptırdığı, maktulenin buna karşı çıktığı ve sanığı şikayet ettiği, daha sonra müşterek evi terk ederek başkasıyla yaşamaya başladığı, olay günü boşanma konusunu konuşmak üzere sanıkların oturduğu eve geldiği, burada sanıklarla tartıştığı, evi terk edip gitmek istemesi üzerine, sanık Halil İbrahim’in yaşı küçük kardeşi olan sanık Adem’i azmettirmesi sonucu sanık Adem’in tabanca ile yanında sanık Halil İbrahim olduğu halde maktuleyi kovalayarak sığındığı marangoz dükkanında tabanca ile ateş ederek öldürdüğü olayda, sanık Halil İbrahim’in eşi olan maktuleyi öldürmesi için sanık Adem’i azmettirdiği, sanık Adem’in de maktulenin*

bir başka kararında ise, azmettiren kaynaklanan daha ağır cezayı gerektiren nedenin diğer suç ortaklarına sirayet etmeyeceği içtihat edilmiştir⁴⁶⁴. Esasen buradaki mesele, doğru ifade edilmemektedir. Buradaki problem, suçun nitelikli halinin şerikten faile sirayet etmesi değil (*çünkü bağlılık kuralına tamamen aykırılık teşkil etmektedir*)⁴⁶⁵, şerikin sorumluluğunun faile bağlı olarak belirlenmemesi yani

sanık Halil İbrahim'in eşi olduğunu bildiği anlaşılmakla, azmettiren kaynaklanan şahsi ağırlatıcı sebebin sirayetinin kabulü ile sanık Adem hakkında öldürme suçundan 5237 sayılı TCK'nın 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulmasında isabetsizlik bulunmadığından ..." (Yargıtay 1.CD., 01.02.2010 tarih ve 2010/438 E., 2010/493 K. sayılı karar, bkz: Demirbaş, **a.g.e.**, s.531; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.689; Gökçen, Balcı, **"Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)"**, s.182; Kaymaz, **a.g.m.**, s.146).

⁴⁶⁴ *"Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktule Besime'nin, sanık Orkide'nin babaannesi olduğu, olay tarihinde sanıklar Gökhan ve Orkide'nin maktule Besime'nin evinde buluştukları, birlikte esrar içtikten sonra maktulenin sanıkları uygunsuz vaziyette gördüğü, maktule tarafından olayın ailesine anlatılacağı endişesi ile sanık Orkide'nin korktuğu ve sanık Gökhan'ı, maktuleyi öldürmesi için azmettirdiği, bunun üzerine her iki sanığın birlikte maktuleyi öldürdüğü olayda; 5237 sayılı TCK'nın 40/1-2.maddesi göz önüne alındığında, sanık Orkide'den kaynaklanan şahsi ağırlatıcı nedenin suçun faili olan sanık Gökhan'a sirayet etmeyeceği düşünülmeksizin, sanığın kasten öldürme suçundan 5237 sayılı TCK'nın 81/1.maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken, TCK'nın 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulması ..."* (Yargıtay 1.CD., 10.02.2010 tarih ve 2009/2844 E., 2010/758 K. sayılı karar (Demirbaş, **a.g.e.**, s.531; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.690; Gökçen, Balcı, **"Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)"**, s.182, dipn.190; Yeşil, **a.g.m.**, s.100; Kaymaz, **a.g.m.**, s.147, 148).

"Sanık Saim M.'in öz babasını tasarlayarak öldürmeye azmettirme, sanık Semai B'nin tasarlayarak öldürme, sanıklar Yakup ve Nurdoğan'ın tasarlayarak öz babanın öldürülmesi suçuna yardımcı fail olarak katılma suçlarından mahkumiyetlerine dair hükümler, şahsa bağlı ağırlatıcı nedenler müşterek faile sirayet edemeyeceğinden sanık Semai B'nin hüküm fıkrasında m.82/1-d'nin çıkartılmasına" (Yargıtay 1.CD., 12.06.2008 tarih ve 489/4996 K. sayılı karar, Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.482).

Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 1.CD., 25.06.2014 tarih ve 2014/1428 E., 2014/3654 K. sayılı karar; Yargıtay 1.CD., 25.06.2014 tarih ve 2014/1428 E., 2014/3654 K. sayılı karar (Akbulut, **a.g.e.**, s.722, 723).

⁴⁶⁵ Doktrindeki aksi yöndeki bir görüşe göre, kasten öldürme suçunun eşe karşı, bir başka kişiyi azmettirerek işletilmesi halinde, failin kasten öldürmenin eşe karşı işlenmesi nitelikli halinden ve azmettirenin de bu suça azmettirmekten sorumlu olması gereklidir (Demirbaş, **a.g.e.**, s.530). Doktrinde benzer yönde bir başka görüşe göre, failler ve şerikler arasında nitelikli hallerin geçişi hususunda failden kaynaklanan nitelikli halin şerike sirayeti ya da şerikten kaynaklanan nitelikli halden şerikin sorumlu olup olamayacağı ve sorumlu olacak ise bu nitelikli halin faile nasıl geçeceği tartışılmalıdır. Yazarlara göre, şerikten kaynaklanan nitelikli halden şerikin sorumlu olmaması, bu nitelikli halin faile sirayet etmemesi adalet duygusunu zedelemektedir (Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.964; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.681). Bu yönde bir başka görüşe göre, bağlılık kuralı gereğince suçun nitelikli halinin failden şerike sirayetinin kabul edilmesi, şerikten faile sirayetinin kabul edilmemesi adil değildir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.568). Bu nedenle, failde bulunmayan ancak şerikte bulunan nitelikli durumdan dolayı şerikin ve bunu bilmesi koşulu ile failin sorumlu olması gerektiğine ilişkin özel düzenleme yapılmalıdır. Yazarlara göre, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal söz konusu ise, bunun sirayet edebilmesi için diğer suç ortaklarının bu durumu bilmeleri gerekir. Kusurluluk prensibi gereği bilmeleri halinde sorumlulukları mümkün olmalıdır (Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.967). Bu görüşe göre, şerikin nitelikli halinin failin bilmesi koşulu ile faile de sirayet edeceğini kabul etmektedir (Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.953; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.681). Akbulut'a göre, şerikin ceza sorumluluğu belirlenirken failin fiilinin yanı sıra şerikin

kendisinin özel niteliği taşıdığı hükme göre cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Şerikin kendi sahip olduğu özelliğe göre sorumlu tutulmasına yönelik bir uygulama, mevcut düzenlemede benimsenen bağlılık kuralı anlayışı ile uyuşmamaktadır⁴⁶⁶. Suçun nitelikli halinin tanımında yer alan faile ilişkin unsurun failde bulunmayıp, şerikte bulunması halinde TCK'nın düzenlenmesine göre bu halin şerikin cezalandırılmasında dikkate alınması mümkün değildir. Örneğin, abi, kardeş ya da babanın şerik olduğu, yani özel niteliği haiz kişinin şerik olduğu, özel niteliği haiz olmayan kişinin fail olduğu hallerde, şerikin failin fiiline bağlı olarak cezalandırılması gerekmektedir. Bu durum ise, ceza bakımından adaletsiz neticelere yol açtığından bu yönde düzenleme yapılması ihtiyacı bulunmaktadır⁴⁶⁷.

Gerçekten de özgü suça iştirakte nitelikli hallerin sirayeti meselesindeki asıl sorun, şerikin sahip olduğu nitelikli halden dolayı cezalandırılmamasından kaynaklanmakta ve bu durum cezalandırma bakımından adaletsiz neticelere yol açmaktadır. Doktrinde mevcut düzenleme gereğince öngörülen kuralların gereği ile olması gereken birbirine karıştırılmakta ve dolayısı ile bu durum mevcut düzenleme ile bağdaşmayan iştirak kurallarının uygulanmasının önerilmesine varan hatalı değerlendirmelere yol açmaktadır. Bu sebeple olan ile olması gereken hukuk arasında ayırım yapmak suretiyle değerlendirme yapılmasının daha doğru olduğu düşüncesindeyiz. TCK m.40/1/c.2'ye göre, sirayet meselesinin diğer suç ortaklarına sınırı, “*cezalandırılmayı önleyen kişisel sebep*”tir ve bu sebep, sadece bu sebebi

durumunun da dikkate alınması gereklidir. Örneğin, babasını öldürmesi için bir kişiyi azmettiren, fail TCK m.81'den sorumlu olsa da, TCK m.82'den sorumlu olmalıdır (Akbulut, **a.g.e.**, s.720).

⁴⁶⁶ Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre, “*hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik*” öğretisinin kabul edilmesi halinde, şeriklerin failden bağımsız olarak kendi davranışlarının haksızlığına da önem atfetmek suretiyle şerikler açısından geçerli olan nitelikli halin dikkate alınması gerekecektir (Demirel, **a.g.e.**, s.521, 522). Yazara göre, örneğin, C'nin babası B'yi öldürmesi hususunda A'yı azmettirmesi halinde A'nın nitelikli unsuru haiz olmaması dolayısıyla C'nin de suçun temel şekline azmettirmekten dolayı sorumlu tutulması, herhangi bir kişinin öldürülmesi için azmettirmek ile kendi babasını öldürtmek için azmettirmesi arasında haksızlık ve kusur bakımından olan farkı ortadan kaldırmaktadır, kaldı ki azmettirenin nitelikli halden, failin suçun temel şeklinden sorumlu olmasının bağlılık kuralına aykırı bir yönü bulunmamaktadır (Demirel, **a.g.e.**, s.522).

⁴⁶⁷ Doktrinde bir görüşe göre, şerikten kaynaklanan ve failde bulunmayan nitelikli halden dolayı şeriklerin sorumlu olması gerektiğine ilişkin düzenleme yapılmalıdır. Katı bağlılık kuralını esas alarak şerikin sadece failin fiilinden kaynaklanan nitelikli halden sorumlu olacağını kabul etmek, adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır (Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.953; Akbulut, **a.g.m.**, s.209; Ekici Şahin, **a.g.m.**, s.681).

taşıyan kişiyi etkilemekte, suça iştirak eden diğer kişilere sirayet etmemektedir. Düşüncemize göre, TCK m.40'da yer alan düzenlemeden nitelikli halin fiili ya da kişisel sebebe dayalı olarak ayrılmadığı, cezalandırmayı önleyen kişisel sebebin sadece kişisel sebebi taşıyan kişi hakkında uygulanması gerektiğinden bahisle bağıllık kuralına bu husus itibari ile sınır getirildiği, dolayısı ile nitelikli hallerin herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın şeriklere sirayet edilmesinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeplerle cezalandırılmayı önleyen kişisel sebep dışındaki sebepler, yani haksızlık unsurları olan suçun nitelikli unsurları suça iştirak eden diğer kişilere sirayet etmektedir. Bu sirayet, bağıllık kuralı gereğince failden şerike yönelik olmaktadır. Bununla birlikte şerikin failin fiilinden sorumlu olmasına ilişkin kural, failin nitelikli unsuru haiz olmadığı, ancak şerikin nitelikli unsuru haiz olduğu hallerde yukarıda da ifade edildiği gibi cezalandırma bakımından adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Mevcut düzenlemeye göre aksinin uygulanmasını önermek kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla burada öncelikle olan hukuk gereğince şerikte bulunan suçun nitelikli halinin sirayeti meselesi ele alınmıştır.

Problemlili kısmına ilişkin çözüm önerimiz ise, normatif düzenlemede değişiklik yapılmasını gerektirmektedir. Şerikin özel niteliği haiz olduğu, ancak failin özel niteliği haiz olmadığı hallerde, şerikin kendi haiz olduğu özel niteliğin yer aldığı suçtan sorumlu olması ile sınırlı kalmak suretiyle normatif düzenlemede değişiklik yapılmasını önermekteyiz. Önerdiğimiz bu düzenleme ile birlikte yukarıda izah ettiğimiz ceza adaletsizliğine sebep olan durumun da ortadan kalkacağını düşünmekteyiz.

Bahse konu tartışmalı olan bu hususun Alman ceza hukuku bakımından karşılığı, Alm. CK § 28/2'de bulunmaktadır. Alm. CK § 28/2'de, gerçek olmayan özgü suçlarda suçun nitelikli halinden dolayı fail ve şerikin sorumluluğunun nasıl belirleneceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre, daha ağır ya da daha az ceza verilmesinin ya da ceza verilmemesinin öngörüldüğü hallerde, bu düzenleme yalnızca özel niteliği haiz olan fail ya da şerik hakkında uygulanmakta, sirayet söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla Türk ceza hukuku açısından yukarıda ele aldığımız sorun, Alman ceza hukuku bakımından geçerli değildir. Özel kişisel

unsuru şahsında taşıyan fail ya da şerik açısından söz konusu unsurun yer aldığı suç uygulanmaktadır. Bu hükme göre, özel kişisel unsur olan faile ilişkin nitelikli hallerin sirayeti kabul edilmemiştir. Böylece bağlılık kuralı yumuşatılmakta, istisna getirilmektedir. Bu hükümde şerikin haiz olduğu nitelikli halden dolayı sorumlu tutulabilmesi bağlılık kuralının bir istisnasıdır.

Nitelikli hallerin failden şerike sirayet etmesinin koşulu, şerik tarafından bu sebebin bilinmesidir⁴⁶⁸. Mevcut düzenlemeye göre bağlılık kuralı gereğince şerik bildiği failin nitelikli unsurundan failin işlediği suça bağlı olarak sorumlu olmaktadır. Bağlılık kuralı kapsamında suçun nitelikli hali şerikin bilmesi koşulu ile failden şerike sirayet etmektedir. Tipikliğin objektif unsurları kast kapsamında olduğundan ve nitelikli unsurlar da bu kapsamda olduğundan dolayı suçun nitelikli unsurunu bilmeyen kişiye bu unsurun sirayet etmemesi gerekir⁴⁶⁹. Suçun daha ağır ya da daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hallerin sirayeti için haksızlığa etki eden boyutuna yönelik olarak kast bulunmalıdır. Nitelikli unsurun bilinmesi halinde failden şerike sirayet söz konusu olmalı, bilinmemesi halinde ise hata hükümleri gereğince şerik bakımından nitelikli unsurun uygulanmaması gereklidir⁴⁷⁰. Hem azmettirme hem de yardım etmede, kastın şerikliğe yönelik ve suçun unsurlarına yönelik olması gerekir⁴⁷¹. Örneğin, yerine getirdiği kamu görevi dolayısıyla onu yaralamak isteyen kişiye bu durumu bilerek yardım eden kişi, nitelikli yaralama suçuna yardım etmekten (m.86/3) sorumlu tutulurken, bilmemesi halinde ise, suçun nitelikli şeklinden sorumlu tutulamaz. Örneğin, cinsel saldırı suçunun baba tarafından

⁴⁶⁸ Doktrinde bir görüşe göre de, suçun nitelikli hallerinin sirayetinin koşulları; işlenen suçun tüm suç ortakları bakımından aynı olması, bilme koşulu, suçun işlenmesini kolaylaştırma koşuludur (Kaymaz, **a.g.m.**, s.130-133).

⁴⁶⁹ Akbulut, **a.g.e.**, s.717.

⁴⁷⁰ Akbulut, **a.g.m.**, s.209.

Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır'e göre, fiile ilişkin nitelikli hal söz konusu olduğunda, bu durumu bilen suç ortağı hakkında nitelikli hal uygulanmalıdır. TCK m.30/2'ye göre, bir suçun daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren hallerin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi bu hatasından faydalanır. Bu sebeple bu durumu bilen suç ortağı hakkında nitelikli hal uygulanacak iken, bu durumu bilmeyen suç ortağı hakkında nitelikli hal uygulanmaz (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.690, 691; Gökçen, Balcı, **“Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”**, s.183). Bu görüşte, *“fiile ilişkin nitelikli hal”* ifadesinden dolayı kişisel sebeplerde sirayet bağlılık kuralına göre çözümlerken eleştirildiği gibi kişisel ve fiili sebep ayrımı yapılmıştır. Ancak nitelikli halin fiile ilişkin olmasına yönelik bu görüşün nitelikli halin faile ilişkin olmasında da geçerli olmaması için bir sebep bulunmamaktadır.

⁴⁷¹ Akbulut, **a.g.e.**, s.718; Özen, **a.g.e.**, s.592; Malkoç, **a.g.e.**, s.597.

çocuğuna karşı işlenmesi nitelikli hali, bir gerçek olmayan özgü suçtur (TCK m.102/3/(c)). Babanın işlediği fiile başka kişiler de iştirak etmişse ve iştirak eden diğer kişiler şerik olarak suça katılmış iseler, çocuk ile baba arasındaki ilişkiyi bildikleri sürece suçun nitelikli haline şerik olarak sorumlu tutulurlar. Şerik olarak suça iştirak eden kişiler, nitelikli hal kapsamında failin niteliğini bildikleri sürece aynı suça şerik olarak cezalandırılırlar.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda şerikin sorumluluğunun failin fiiline bağlı olarak belirleneceği içtihat edilmiştir⁴⁷². Yargıtay kararlarında, şerikin sorumluluğunun bağıllık kuralı gereğince failin fiiline ya da şahsına bağıllık arz ettiği, kendileri tarafından bilinen failin işlediği fiilden ya da şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilendikleri ifade edilmektedir⁴⁷³ ve ilgili nedenin failden şerike sirayeti için bilme koşulu yeterli kabul edilmektedir⁴⁷⁴.

⁴⁷² “Buna karşılık, şeriklerin sorumluluğu doğrudan değildir, şerikler, suçtan bağıllık kuralı gereğince sorumlu tutulurlar. Başka bir anlatımla şeriklerin suça irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağıllık arz etmektedir. Bu nedenle, şerikler kendilerince bilinen ve failin işlediği fiilden veya şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenirler” (Yargıtay 1.CD., 25.06.2014 tarih ve 2013/3531 E., 2014/3655 K. sayılı karar). Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 1. CD., 25.06.2014 tarih ve 2014/1428 E., 2014/3654 K. sayılı karar, Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.964, dipn.70).

⁴⁷³ Failden kaynaklanan kişisel nitelikli halin şerikler hakkında uygulanmasına ilişkin olarak Yargıtay, “Sanık Faysal’ın babaannesini öldürmeye azmettirme, sanık Kemal’in babaannesini öldürme, sanıklar Ömer ve Serkan’ın bu suça yardım suçlarından kurulan hükümlerde; sanıkların eylemi olay tarihinden haftalar önce kararlaştırdıkları, yaptıkları planı sebat ve ısrarla uygulamaya koydukları, tasarlanan eylem ile icrası arasında geçen sürede kararlarından vazgeçmedikleri anlaşılmakla, suç vasfında kazanılmış hak olmayacağı da gözetilerek, eylemlerine uyan “5237 sayılı TCK’nın 82/1-d” maddesine aynı maddenin “a” bendinin de eklenmesine karar verilmesi suretiyle” hükmün düzeltilerek onanmasına karar vererek failden kaynaklanan nitelikli halin şerikler hakkında da uygulanması yönünde içtihat oluşturmuştur (Yargıtay 1.CD., 21.10.2009 tarih ve 2009/6225 E., 2009/6198 K. sayılı karar (Kaymaz, **a.g.m.**, s.144)).

Yargıtay’ın bir başka kararında da;

“İster fiilden, isterse failin veya mağdurun şahsından ya da özelliklerinden kaynaklanmış olsun, eylemin “nitelikli kasten öldürme” suçunu oluşturup oluşturmadığı faile göre belirlenir ve bu hal şeriklere sirayet ettirilir. Bu durum, TCK’nın 82.maddesinde sayılan tüm nitelikli haller için geçerlidir. Örneğin (A) kendi kardeşini öldürmesi için (F)’ye yardım ettiğinde, suçun gerçekleşmesi halinde, her ikisi de 81.madde uyarınca sorumlu olurlar. Çünkü failin işlediği suç, “basit kasten öldürme” suçudur. Aksine (F)’nin (A)’nın kendi kardeşine öldürmesine yardım ettiği durumda ise, hem (A)’nın hem de (F)’nin 82/1-d maddesi uyarınca nitelikli hallerden olan “yakın akrabayı kasten öldürme suçundan” sorumlu tutulması gerekir. Zira, failin işlediği suç “nitelikli öldürme”dir. Yardım eden ise, yardım ederken failin bu suçu işleyeceğini bilmektedir. (A)’nın kardeşini, (A) ile (F)’nin birlikte öldürmeleri haline gelince; “bağıllık kuralı uyarınca değil” bizzat 37.madde uyarınca her ikisi de müsterek fail olacaklarından (A) nitelikli kasten öldürmeden, (F) basit kasten öldürmeden cezalandırılmalıdır.

Müşterek faillik bakımından, faillerden birisine ilişkin daha ağır cezayı gerektiren sebep, diğer failler bu durumu bilseler bile kendilerine uygulanmamalıdır⁴⁷⁵. Nitelikli hal, her bir fail için ayrı ayrı uygulanmalıdır. Örneğin bir kamu görevlisi, bir de kamu görevlisi olmayan kişi resmi belgede sahtecilik suçunu birlikte işliyor iseler, kamu görevlisi suçun nitelikli halinden, kamu görevlisi olmayan kişi ise suçun temel şeklinden sorumlu olmalıdır⁴⁷⁶. Cinsel saldırı suçunun baba ve diğer birkaç kişi ile çocuğa karşı işlenmesi halinde eğer müşterek faillik söz

Bu açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde,

*Sanıklar Serdar ve Adem'in maktül Fatih ile sanık Mehmet Ali'nin kardeş olduğunu bildikleri halde sanık Mehmet Ali'nin "kardeşini kasten öldürme" suçuna yardım ettikleri anlaşılmakla, TCK'nın 82/1-d, 39, 62, 53.maddeleri uyarınca cezalandırılmalarında bozma nedeni dışında isabetsizlik görülmediğinden Serdar ve Adem hakkında "maktül ile sanık Mehmet Ali arasındaki akrabalık ilişkisinden kaynaklanan cezayı nitelikli hale getiren kişisel nedenin uygulanamayacağı" gerekçesiyle sanıklar Serdar ve Adem'in TCK'nın 81/1, 35/2 maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerektiğine ilişkin tebliğnamedeki bozma düşüncesi benimsenmemiştir" şeklinde içtihat edilmiştir. Bkz: Yargıtay 1.CD., 06.07.2015 tarih ve 1426/4313 K. sayılı karar (Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.624, 625).*

⁴⁷⁴ *"Sanıklar Murat ve Kenan'ın maktule ile sanık Muhammet'in evli olduğunu bildikleri halde sanık Muhammet'in eşini kasten öldürme suçuna yardım ettikleri anlaşılmakla, TCK'nın 82/1-d, 39 maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine bağlılık kuralına yanlış anlam vermek suretiyle TCK'nın 81, 39 maddeleri uyarınca hüküm kurulması" yasaya aykırı bulunmuştur (Yargıtay 1.CD., 25.06.2014 tarih ve 2013/3531 E., 2014/3655 K. sayılı karar, Demirel, **a.g.e.**, 512-514).*

⁴⁷⁵ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.482; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1170; Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.690.

⁴⁷⁶ Örneğin, bir kimse, diğerinin babasını öldürmesi suçunu birlikte işler ise, babasını öldüren kişi kasten öldürme suçunun nitelikli halinden (*m.82/1/d*) sorumlu olur iken, bu kişisel sebebi taşımayan müşterek fail bu nitelikli hale şerik olarak ve suçun temel şekline fail olarak sorumlu olup, failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesi gereği kasten öldürme suçunun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur. Aynı şekilde A, eşi B'yi öldürmeyi düşünen C ile birlikte hareket ederek neticeyi gerçekleştirirlerse, A, nitelikli kasten öldürmeden, C ise kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olur (Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.482, 483; Gökcan, Balcı, **"Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)"**, s.182).

Doktrinde bir görüşe göre, nitelikli hal kendisinde bulunmayan kişi müşterek fail olarak suçun temel şeklinden sorumlu tutulurken, haksızlık içeriği daha az olan yardım etmeye yönelik hareketleri gerçekleştirirse nitelikli halden sorumlu tutulmaktadır ve bu durum ceza adaleti bakımından haksız sonuçlara yol açmaktadır (Kaymaz, **a.g.m.**, s.139, 140). Bu görüşe üç sebep ile katılmamaktayız. Öncelikle ilk durumda kişi fail olarak sorumlu tutulmakta iken, ikinci durumda şerik olarak sorumlu tutulmakta ve cezasında belli oranda indirim yapıldığından haksızlık ölçüsüne göre ceza farklılaştırılmış olmaktadır. Bu nedenle burada suçun temel şeklinden ya da daha ağır şeklinden sorumlu olmaktan daha önemli olan fail ya da şerik olarak cezalandırılarak ceza miktarında haksızlığa göre farklılık sağlanmış olmaktadır. Kaldı ki bağlılık kuralı gereğince şerik failin işlediği fiile bağlı olarak sorumlu olacağından fail suçun nitelikli halini işlemiş ise, bu durumu bilen şerik de bu suçta göre sorumlu tutulmaktadır. İkinci olarak, burada bağlılık kuralından kaynaklanan bir sorun bulunmamaktadır. Cezalandırma bakımından adaletsiz olarak değerlendirilen husus, bağlılık kuralı ile ilişkili değildir. Üçüncü olarak, burada "*extraneus*" olan fail ve şerik arasında cezalandırma bakımından adaletsizlik bulunmamaktadır. Buradaki sorun, "*extraneus*" şerik ile "*intraneus*" şerikin cezasının aynı olmasından kaynaklanmaktadır. "*Extraneus*" şerikin cezasında "*intraneus*" şerikin cezasına göre belli miktarda indirim yapılmasına yönelik normatif düzenleme önerimiz bu soruna da çözüm sunabilecek mahiyettedir.

konusu ise, baba suçun nitelikli halinden, diğer failler ise suçun temel şeklinden sorumlu olacak, failden faile nitelikli unsur sirayet etmeyecektir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da nitelikli halin failden faile sirayet etmeyeceği kabul edilmektedir⁴⁷⁷.

4. Suçun Nitelikli Hallerinin Dışında Kalan ve Diğer Suç Ortaklarına Sirayet Etmeyen Kişisel Sebepler

Özgü suça iştirakte suçun nitelikli halleri dışında kalan ve failden şerike sirayet etmeyen kişisel sebeplerin belirlenmesi de önem taşımaktadır. Her ne kadar failden şerike sirayet edebilen alanın sınırları çizilmiş ve değerlendirilmiş olsa da, sirayet etmeyen kısmın da tartışılması ve değerlendirilmesi gereklidir.

TCK m.40/1/c.2'ye göre, suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel sebepler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. Bu hükme göre, suçun işlenişine iştirak eden her suç ortağı kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılmalıdır. Cezalandırmayı önleyen

⁴⁷⁷ “Suça iştirak ile ilgili olarak; uygulamada ortaya çıkan sorunların en önemlilerinden birisi şeriklerin sorumluluklarının kapsamının belirlenmesi ile ilgilidir. Müşterek fail işlediği haksızlıkla doğrudan muhatap olduğundan başka bir kurala ihtiyaç yoktur. Bu nedenle suçu birlikte işleyen failler, kendi fiillerine göre cezalandırılırlar. Zira müşterek faillerin her birinin fiili haksızlık niteliğini kendi fiilinden alır ve diğerine bağlılık arz etmez. Bu nedenle, müşterek faillerden birisinde bulunan nitelikli hal, diğerleri tarafından bilinse de onu etkilemez” (Yargıtay 1.CD., 25.06.2014 tarih ve 1428/3654 K. sayılı karar, Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.482; Otacı, Öztek, Özyayın, **a.g.e.**, s.590-593). Müşterek fail işlediği haksızlıkla doğrudan muhatap olduğundan, onun cezalandırılabilmesi için başka bir kurala ihtiyaç yoktur. Bu nedenle suçu birlikte işleyen failler, kendi fiillerine göre cezalandırılırlar. Zira, müşterek faillerin her birinin fiili haksızlık niteliğini kendi fiilinden alır ve diğerine bağlılık arz etmez. Bu nedenle, müşterek faillerden birisinde bulunan nitelikli hal, diğerleri tarafından bilinse de onu etkilemez” (Yargıtay 1.CD., 06.07.2015 tarih ve 1426/4313 K. sayılı karar, Otacı, Öztek, Özyayın, **a.g.e.**, s.624, 625). Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 1.CD., 25.11.2009 tarih ve 5242/7257 K. sayılı karar; Yargıtay 1.CD., 10.11.2010 tarih ve 10570/7354 K. sayılı karar; Yargıtay 1.CD., 10.02.2010 tarih ve 2009-2844/2010-758; Yargıtay 1.CD., 20.02.2012 tarih ve 2011-7541/2012-1005 (Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.483; Gökçen, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.182, dipn.190; Yeşil, **a.g.m.**, s.100; Kaymaz, **a.g.m.**, s.147, 148); Yargıtay 1.CD., 12.06.2008 tarih ve 489/4996 K. sayılı karar (Özbek, **a.g.e.**, s.697; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1171).

Yargıtay’ın müşterek faillerde bulunan nitelikli halin sadece bu nitelik kendisinde bulunan faile uygulanması yönündeki içtihatları yerinde olmak ile birlikte bahse konu kararların hukuki dayanağı olarak TCK m.40’ın gösterilmesi doğru değildir. Hukuki dayanağı müşterek faillikte her bir failin fiil üzerinde hakimiyet kurarak sadece kendi gerçekleştirdikleri haksızlıktan sorumlu olmalarıdır. Bağlılık kuralının müşterek fail bakımından etkisi bulunmamaktadır (Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.483; Demirel, **a.g.e.**, s.510; Taşkın, **a.g.e.**, s.137; Birtek, **a.g.e.**, s.389; Malkoç, **a.g.e.**, s.597; Özen, **a.g.e.**, s.591; Gökçen, Balcı, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)**”, s.169).

kişisel sebepler kapsamında, kusuru kaldıran ya da azaltan sebepler, şahsi cezasızlık sebepleri ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler bulunmaktadır. Kusur ilkesi dolayısıyla kusurun kaldırılmasına ya da azaltılmasına yol açan sebepler sadece ilgili suç ortağını etkilemektedir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, haksız tahrik gibi sebepler fiilin haksızlığına ilişkin olmayıp failin kınanabilirliğine ilişkin olduğundan yalnızca ilgili suç ortağı için hukuki netice doğuracak ve sadece ilgili kişinin cezasına etki edecektir.

Doktrinde bir görüşe göre, TCK m.40/1/c.2'den hukuka uygunluk sebepleri ile cezalandırmayı önleyen kişisel nedenler arasındaki farka dikkat çekildiği anlaşılmaktadır. Hukuka uygunluk sebepleri fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarır ve tüm şerikler için uygulanır iken, cezalandırmayı önleyen kişisel sebepler, fiili suç olmaktan çıkarmaz ve sadece kişisel sebep kendisinde bulunan kişinin cezalandırılmasını önler⁴⁷⁸.

Cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel sebepler ilgili suç ortağı bakımından geçerlidir. Suça iştirak edenlerden birisi hakkında şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, diğer şeriklerin cezalandırılmalarını engellememektedir⁴⁷⁹. Cezayı önleyen kişisel sebepler hangi suç ortağında bulunmakta ise, sadece o suç ortağı cezalandırılmayacaktır, diğer suç ortaklarına sirayet etmeyecektir⁴⁸⁰. Kusuru etkileyen haller, şahsi cezasızlık sebebi ya da cezayı kaldıran şahsi sebeplerden suça iştirak eden diğer kişiler yararlanamaz⁴⁸¹. Örneğin, TCK m.167'de yer alan hırsızlık suçunda bazı akrabalık ilişkileri şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir ve yalnızca bahse konu akrabalık ilişkisini haiz kişi bu sebepten faydalanmakta, diğer suç ortaklarına bu cezalandırılmayı önleyen kişisel sebep sirayet etmemektedir. Şahsi cezasızlık sebeplerinin yanı sıra etkin pişmanlık hükümleri de, haksızlığa etki

⁴⁷⁸ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, **a.g.e.**, s.564; Soyaslan, **a.g.e.**, s.495.

⁴⁷⁹ Parlar, Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.780; Erdem, **a.g.m.**, s.214.

⁴⁸⁰ Malkoç, **a.g.e.**, s.596; Erdem, **a.g.m.**, s.214; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s.967.

⁴⁸¹ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.1169; Demirel, **a.g.e.**, s.481, 482; Soyaslan, **a.g.e.**, s.495; Akbulut, **a.g.m.**, s.204; Erdem, **a.g.m.**, s.214.

etmeyen nedenler arasındadır ve belli bir aşamaya kadar haksızlığın ortaya çıkardığı neticeleri ortadan kaldırılabilmektedir⁴⁸².

Esasen TCK m.40/1/c.2 hükmü ile Alm. CK § 29 hükmü benzer niteliktedir. Alm. CK § 29 ve TCK m.40/1/c.2 gereği kusura ilişkin olan sebepler, diğer suç ortaklarına sirayet etmemektedir. Her iki düzenlemeye göre de, her suç ortağı kendi kusur durumuna göre cezalandırılmalıdır.

Alm. CK § 29’a göre, “*Her suç ortağı, diğerinin kusuru göz önünde tutulmaksızın, kendi kusuruna göre cezalandırılır*”. Bu hüküm, kusura ilişkin sebepleri düzenlemektedir ve bu sebepler kişinin şahsi anlamda kınanabilirliğini ifade etmekte olduğundan özel kişisel sebepler olarak kabul edilmelidir⁴⁸³. Alm. CK § 29 hükmü, iştirak edenlerin kusur durumlarını cezalandırmada göz önünde bulundurulmaz. Bu kural, “*sınırlı bağıllık kuralı*”nı ifade etmektedir. Alm. CK § 28/2 kapsamında, haksızlık unsurunun sayılması, kusur unsurunun sayılmaması, bütünüyle sınırlı bağıllık kuralı ilkesi ile ilgilidir⁴⁸⁴. Alm. CK § 29’un sınırlı bağıllık kuralını ifade ettiği hususunda görüş birliği vardır ve genel hükümlerdeki kusursuzluk sebepleri geçerlidir⁴⁸⁵.

Kusura ilişkin unsur söz konusu ise, Alm. CK § 29 uygulama alanı bulacaktır⁴⁸⁶. Alm. CK § 29’da madde metninin ifadesine göre, ceza sistematığının tam anlamı ile mihenk taşı olan ve § 28’de olmayan kusur unsuru bulunmaktadır⁴⁸⁷. Alm. CK § 29 kapsamında genel kusur unsurlarının bulunduğu, her şeyden önce kusur ehliyetsizliği (*Alm. CK § 20*) ya da kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali (*Alm. CK § 35*) gibi ceza genel kapsamındaki kusursuzluk sebeplerinin dahil olduğuna yönelik görüş birliği bulunmaktadır⁴⁸⁸. Bu hüküm, genel anlamda kusuru

⁴⁸² Demirel, **a.g.e.**, s.482, 483.

⁴⁸³ Demirel, **a.g.e.**, s.477.

⁴⁸⁴ Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.6, kn.5.

⁴⁸⁵ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.235, kn.5; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.754, kn.2.

⁴⁸⁶ Heinrich, **a.g.e.**, s.596, kn. 1351; Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.60.

⁴⁸⁷ Wilfried Küper, “‘Besondere persönliche Merkmale’ und ‘spezielle Schuldmerkmale’”, **ZStW**, Sayı:3, 104 (1992), s.560.

⁴⁸⁸ Radtke, **a.g.m.**, s.644; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafgesetzbuch**, § 29, kn.83.

ortadan kaldıran sebepler ve kusuru azaltan sebepler ile birlikte kusurun bağımsızlığı ilkesini normlaştırmaktadır⁴⁸⁹. Bu hükümden dolayı faillik kabul edilmediği sürece kaçınılmaz yasak hatası durumunda, kusur yeteneğinin olmaması durumunda, meşru savunmada sınırın aşılması durumunda, kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali durumunda, failin cezasız kalmasına rağmen, şerikin cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır⁴⁹⁰. Alm. CK § 29 açıkça müsterek fail, dolaylı fail, azmettiren ve yardım edenin cezalandırılabilirliğinin diğer müsterek fail, araç kişi ya da asli failin kusurundan tamamen bağımsız olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Her bir müsterek fail, dolaylı fail, azmettiren ve yardım edenin cezalandırılabilmesi için kendilerinin kusurlu hareket etmiş olmaları yeterlidir⁴⁹¹. Bu nedenle ana failin kusurlu gerçekleştirilmiş olması, şerik için önemli değildir ve diğer taraftan kusurun tüm unsurlarını şerik kendisi yerine getirmelidir⁴⁹².

Örneğin Alm. CK § 315c/1’de yer alan “*başkalarının durumunu göz önüne almama*” kusura ilişkin olduğu için bu hüküm kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁹³. Özel kusur unsuruna örnek olarak bir babanın hamile kızının kürtajına sebep olması

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen ve yargı kararlarında hakim olan yorum, 29.paragrafın üç aşamalı yapının sadece üçüncü aşamasını kapsadığı yönündedir, yani sadece genel kusurla ilgili konulardır (Bohlander, **a.g.e.**, s.174). Örneğin, hukuki hata (§ 17); meşru savunmada sınırın aşılması (§ 33); kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali (§ 35); ruhsal bozukluklardan dolayı kusur ehliyetsizliği ya da azalmış kusur ehliyeti (§ 20, 21) gibi (Bohlander, **a.g.e.**, s.175; Ingelfinger in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.350).

⁴⁸⁹ Kindhäuser, **a.g.e.**, s.332, kn.17; Puppe in: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Päeffgen, Hans-Ulrich Strafrecht**, § 29, kn.83.

⁴⁹⁰ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.235, kn.5.

⁴⁹¹ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.754, kn.2.

⁴⁹² Bock, **a.g.e.**, s.629; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.665, kn.43.

⁴⁹³ Heinrich, **a.g.e.**, s.596, kn. 1351; Joecks, **a.g.e.**, § 28, kn.24; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.67, kn.22.

Bu görüşe göre, “*başkalarının durumunu göz önüne almama*” gibi tüm kusur unsurlarının Alm. CK § 29 kapsamında olması gerektiğini kabul etmektedir (Radtke, **a.g.m.**, s.644). ‘*Dikkatsizce*’ işlenen karayolundaki trafiği tehlikeye düşürme suçu (*m.315c/1*) veya ‘*kötüniyetle*’ devleti ve devletin sembollerini ağır bir şekilde aşağılama suçu (*m.90a/1*) suçun tipik unsurlarını temsil ettiğinden dolayı bu unsurlar–*ceza sorumluluğunun temel sebebi olan kusur unsuru*– kabul edilir (Bohlander, **a.g.e.**, s.175). Eğer iştirak eden bu özelliklere sahip değilse, 29. paragraf suçun unsuru eksik olduğunda sorumluluktan kurtulma yetkisi vermekte, 28.paragraf ise sadece cezanın indirilmesini öngörmektedir (Bohlander, **a.g.e.**, s.175; Ingelfinger in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.350; Langer, **a.g.m.**, s.260).

Alman doktrininde aksi yönde bir görüşe göre ise, Alm. CK § 29’un uygulama alanı tükenmiştir, özellikle Alm. CK § 315c/1’de yer alan “*başkalarının durumunu göz önüne almama*” gibi tipikleştirilmiş kusur unsurlarının Alm. CK § 28’in uygulama alanına girdiği kabul edilmektedir. Özel kişisel unsurların hepsi Alm. CK § 28 kapsamında olduğu için haksızlık ya da kusur unsuru olup olmadığından bağımsız olarak net bir sınırlandırma yapmak mümkündür (Radtke, **a.g.m.**, s.644).

gösterilebilir. Kanun koyucu çatışma durumunda, hamile kadının kusurunun azaldığından hareket eder ve bunu Alm. CK § 218/3’de yer alan “*çocuk düşürtme ve düşürme*” suçunun bir yabancının çocuğu düşürmesine göre ceza tehdidinin önemli ölçüde azaltılması ile gösterir⁴⁹⁴. Cezasızlık sebeplerine Alman ceza hukukunda örnek olarak milletvekillerinin mecliste sarf ettikleri sözlerden dolayı muafiyetleri (Alm. CK § 36) ve kişisel bir cezayı kaldıran sebep olarak tamamlanmış suçta pişmanlık örnek olarak gösterilmektedir⁴⁹⁵.

Alm. CK § 29 hükmü, açık lafzına göre kusur ile sınırlı olduğundan Alm. CK § 28’den haksızlık alanında bağlılık kuralının gevşetilmesi çıkmaktadır⁴⁹⁶. Alm. CK § 29, iştirak eden her kişinin kendi kusuruna göre cezalandırılabileceğine ilişkin bu düzenleme ile birlikte Anayasal kusur ilkesinin gereklilikleri yerine getirilmiştir. Sonuçta hem Alm. CK § 28 hem de Alm. CK § 29 bağlılık kuralını gevşeten düzenlemelerdir.

Alm. CK § 28/1 dışındaki normlar yani Alm. CK § 28/2 ve Alm. CK § 29 daha dar anlamda sadece şerik (*azmettirme, yardım etme*) ile ilgili değildir, aksine birden fazla kişinin suça iştirakının tüm görünüm şekilleri ile ilgilidir⁴⁹⁷. Alm. CK § 29, müşterek fail, azmettiren ve yardım eden için geçerlidir⁴⁹⁸. Bu hüküm suç sistematğinde daha ziyade nötr şekilde formüle edilmiştir ve bu hükmün lafzı, suç sisteminde suçun temel şekli, nitelikli şekli ya da cezasızlık sebeplerini sınıflandırabilecek şekilde gelişime açıktır. Diğer taraftan Alm. CK § 28, belirli kanuni unsura atıfta bulunması ve suçun temel şekli ya da onu değiştiren şekli olarak farklı fonksiyonlarının bulunması sebebi ile farklılaşmaktadır. Ayrıca Alm. CK § 29’da bu alanda benzer bir ayırım düşünülebilse de, iştirak edenin kusuru bakımından böyle bir ayırım bulunmamaktadır. Bu hüküm sözel olarak genel anlamda “*unsur*” ile

⁴⁹⁴ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.234, kn.3.

⁴⁹⁵ Schmidhäuser, **a.g.e.**, s.275, kn.37.

⁴⁹⁶ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.235, kn.6.

⁴⁹⁷ Küper, **a.g.m.**, s.559.

⁴⁹⁸ Ingelfinger in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.350.

ilgili değildir, aksine metinde sadece genel sistem içerisinde kusur kategorisi kullanılmaktadır⁴⁹⁹.

Alm. CK § 28 ve 29 birbirinden bağımsızdır. Bu hükümler, suç alanındaki iştirak problemini düzenlemektedir. Suçun unsurları, haksızlığı değiştiren unsurlar ve diğer ilgili kusur unsurlarını kapsamaktadır⁵⁰⁰. Bu iki hükmün uygulama alanlarının birbirinden sınırlandırılması gereklidir. Bu sınırlamanın sonuçları da kısmen tartışmalıdır⁵⁰¹. Alm. CK § 29'un uygulama alanı tipiklik unsuru olmayan kusur unsuru ile sınırlıdır. Alm. CK sistematüğinden 28.paragrafın haksızlık unsuru ile ilgili olduğu ve 29. paragrafın kusur unsuru ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. 28.paragrafın her iki fıkrası bakımından ortak olan husus, özel kişisel unsurun bulunması gerektiğidir, § 28/2 hükmündeki özel kişisel unsur, § 29'da bulunmamaktadır⁵⁰². Alm. CK § 28'in tartışmasız uygulama alanı ister suçun temel şekli (§ 28/1), ister daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren unsur olsun (§ 28/2) haksızlığın tüm özel kişisel unsurlarını içermektedir⁵⁰³. Cezalandırmanın temel sebebini oluşturan özel kişisel unsur, Alm. CK § 29'a göre kusur unsuru olarak ele alınırken, Alm. CK § 28'e göre haksızlık unsuru olarak ele alınmaktadır⁵⁰⁴. Ancak Alman doktrininde konu bu kadar açık ve net olmayıp, kişisel unsurun haksızlık ya da kusura ilişkin unsurların belirlenmesi hususunda tartışma bulunmaktadır. Her bir unsurun § 29'un mu yoksa § 28'in mi kapsamına girdiği hususunda tartışma vardır⁵⁰⁵. Fiile ilişkin unsurlar (Alm. CK § 26, 27), faile ilişkin unsurlar (Alm. CK § 28) ve kusur unsuru (Alm. CK § 29) arasında nasıl bir ayırım yapılacağı tartışmalıdır⁵⁰⁶. Kişisel unsurun

⁴⁹⁹ Küper, **a.g.m.**, s.560.

⁵⁰⁰ Gerl, **a.g.e.**, s.7.

⁵⁰¹ Radtke, **a.g.m.**, s.644.

⁵⁰² Weber, **a.g.e.**, kn.767; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.65, kn.15; Langer, **a.g.m.**, s.260.

⁵⁰³ Roxin, **Strafrecht AT**, Band II, s.235, kn.6.

⁵⁰⁴ Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.26, kn.60; Langer, **a.g.m.**, s.260.

⁵⁰⁵ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, s.755, kn.5, 7.

⁵⁰⁶ Joecks, **a.g.e.**, § 28, kn.26; Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.67, kn.22.

Özel kısımda yer alan suç tiplerinde cezalandırılabilirlik koşulları, “özel kusur unsurları” başlığı altında anlaşılabilir. Cezalandırılabilirlik koşulları, fiilin haksızlığına ilişkin değil, aksine kusura ilişkindir (Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.62, kn.6). Yine bu görüşe göre ise, özel kişisel unsur kavramı Alm. CK § 28/2'de özel kusur unsurunu kapsar iken, Alm. CK § 28/1'de kapsamamaktadır (Hoyer, **a.g.e.**, § 28, s.62, kn.8). Doktrinde önceleri özel kişisel unsurun belirleyici niteliğinin kusura ait olduğu ya da en azından haksızlığa ait olmadığı savunulmaktaydı. Elbette kusur ile ilgili tüm durumlar Alm. CK §

haksızlığa ya da kusura ilişkin unsur olup olmaması, Alm. CK § 28 ve 29 arasındaki ilişkinin nasıl görüldüğüne bağlıdır⁵⁰⁷.

Alman doktrininde birinci görüşe göre, özel kişisel unsurun cezayı ağırlaştırmasına, cezada indirim yapmasına ve cezayı ortadan kaldırmasına göre ayırım yapılmış ve cezayı ağırlaştıran unsurların Alm. CK § 28/2'ye göre haksızlık unsurlarının yanı sıra cezayı artıran özel yükümlülük durumu olarak tanımlanan özel kusur unsuruna da ilişkin olabileceği kabul edilmiştir⁵⁰⁸.

İkinci görüşe göre, özel kişisel unsur kavramı haksızlık ve kusur kategorilerinin çerçevesi açıkça çizilerek elde edilmelidir. Gerçekten özel kişisel unsurun Alm. CK § 28 kapsamında olduğunun anlaşılması ya da bu hükmün fıkralarından birisinin dahi tamamen kusurun ya da tamamen haksızlığın alanına ait olduğunun tespit edilmesi halinde, özel kişisel unsur ve diğer unsurlar arasındaki ayırım kolaylaşır⁵⁰⁹.

Üçüncü görüşe göre ise, cezayı değiştiren sebepler için bu tartışmanın pratik bir etkisi bulunmamaktadır; çünkü hem Alm. CK § 28/2 hem de Alm. CK § 29, kendisi bu unsuru haiz olan kişiye isnat edilebilir⁵¹⁰.

28 kapsamında ele alınmamıştır. Bugün yaygın olan görüşe göre, Alm. CK § 28 en azından sadece hukuki değer ihlali ya da hukuki değer tehlikeye düşürülmesi ile ilgili olan unsurlara uygulanmaz (Schwerdtfeger, **a.g.e.**, s.105). Bir taraftan Alm. CK § 28 (*eski ceza kanuna göre Alm. CK § 50*) sadece kusura ilişkin olduğu kabul edilmektedir; aksi yöndeki görüşe göre ise, Alm. CK § 50/2 hükmü sadece haksızlık unsuru iken, 1.fıkra 2'dan tamamen farklı hususları düzenler ve iki hüküm birbirinden bağımsızdır (Heidland, **a.g.e.**, s.4). Bu yöndeki bir başka görüşe göre de, özel kişisel unsurları tümü ya kusura ya da haksızlığa tam olarak atfedilememekte, ancak bazı özel kişisel unsurlar haksızlığa ya da kusura ilişkin olabilir (Gerl, **a.g.e.**, s.7).

⁵⁰⁷ Joecks, **a.g.e.**, § 28, kn.18.

⁵⁰⁸ Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.31, 32, kn.72; s.35, kn.80; Langer, **a.g.m.**, s.260.

Cezayı ağırlaştıran özel kişisel unsurun haksızlığa ya da kusura ilişkin olmasına örnek olarak; gerçek olmayan görev suçlarında kamu görevlisi olarak yükümlülük durumu, cezayı ağırlaştıran bir haksızlık unsuru, terk suçunun kendi çocuğuna ya da kendisine eğitim ya da yaşam tarzını yönlendirmesi için teslim edilen kişiye karşı işlenmesi (*Alm. CK § 221/2*) meslekten kaynaklanan özel bir önleyici sebep olan cezayı artıran kusur unsuru olarak gösterilmiştir (Roxin in: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s.32, kn.72).

⁵⁰⁹ Gerl, **a.g.e.**, s.6.

⁵¹⁰ Ingelfinger in: **Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht**, s.350.

Örneğin, Alm. CK § 246'da yer alan "*malı hukuka aykırı olarak edinme*" suçunda yabancı bir eşyanın emanet edildiği kişi olma unsuru, daha ağır cezayı gerektiren unsur, özel bir haksızlık unsurudur. Alm.

Dördüncü görüşe göre, cezalandırmanın temel sebebi olan ya da cezayı ağırlaştıran unsur haksızlığa ilişkin iken, cezayı azaltan unsur haksızlığa ilişkin değildir. Çünkü haksızlık unsuru özel kişisel unsur olarak failiğe ilişkin temel yükümlülük durumu olarak kabul edilmektedir⁵¹¹.

B. Özgü Suça İlişkin Normatif Düzenleme Önerimiz

Özgü suça iştirake ilişkin kural, TCK'nın “bağlılık kuralı” başlıklı 40.maddesinin 2.fikrasında düzenlenmiştir. Önerimize göre özgü suç, TCK'da bağlılık kuralı dışında ayrı bir hüküm ile düzenlenmelidir. Bu hükümde yalnızca özgü suça ilişkin iştirak kuralına yer verilmelidir.

Düşüncemize göre, özgü suçun doktrinde yapılan gerçek ve gerçek olmayan şeklindeki ayrımı kanuna yansımalıdır. Çünkü bu ayrımın iştirak bakımından doğurduğu farklı hukuki neticeler bulunmaktadır. Alm. CK § 28'deki düzenlemenin tartışmalı pek çok yönü bulunduğu için iktibasını önermemekle birlikte gerçek ve gerçek olmayan özgü suç şeklindeki ayrımın TCK'da da özgü suça ilişkin ihdas edilecek hükümde benimsenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. “Özgü suça iştirak” madde başlığı ile düzenlenmesini önerdiğimiz hükmün ilk fıkrasında, özgü suça yönelik kapsayıcı bir tanımı ve özgü suça iştirak eden “*extraneus*”un şerik olarak sorumlu olmasına ilişkin temel kuralı ihtiva etmesi sebebiyle TCK m.40/2 düzenlemesine aynı şekilde yer verilmelidir. Devamında gerçek ve gerçek olmayan özgü suça iştirak kuralı olarak iki ayrı fıkra düzenlenmelidir.

CK § 28/2 olmadan da, sadece özel yükümlülüğü taşıyan iştirak edeni –*eşyanın emanet edildiği kişiyi*– ilgilendirebileceği açıktır. Çünkü sadece hareket eden kişide özel hareketin değersizliği belirleyicidir. Aynı durum, gerçek olmayan kamusal suçlarda kamu görevlileri için yaralama suçunun düzenlendiği Alm. CK § 340'da yer alan “*görev sırasında yaralama*” suçu bakımından da geçerlidir. Daha ağır cezayı gerektiren unsur, özel kusur unsuru da olabilir. Örneğin Alm. CK § 211'de yer alan “*cinayet suçu*”nun maddi menfaat ile işlenmesi gibi ya da Alm. CK § 260'da yer alan “*meslek veya sanat haline getirerek suç eşyasının satımı*” suçu gibi. Alm. CK § 28/2 olmadan da böyle bir kusur durumunun sadece ceza sorumluluğunu artırabileceği ve sadece bulunduğu kişide artırması gerektiği Alm. CK § 29 ile teyit edilmiştir (Schmidhäuser, *a.g.e.*, s.274, kn.35). Daha hafif cezayı gerektiren unsur olan Alm. CK § 217'de yer alan (*mevcut kanunda yürürlükten kalkmıştır*) çocuk öldürüldüğünde evlilik dışı çocuğun annesi olma niteliği, özel kusur unsuruna örnek gösterilmiştir. Alm. CK § 28/2 olmadan da bu hükmün özel anlamına göre ceza indiriminin fail ya da şerik olsun yalnızca anneye yapılacağı açıktır (Schmidhäuser, *a.g.e.*, s.275, kn.36).

⁵¹¹ Roxin in: Jähnke/Laufhütte/Odersky *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, s.35, kn.80.

Türk ceza hukukunda ceza adaletsizliğine yol açtığını düşündüğümüz ilk problem, gerçek özgü suçlarda özel niteliği haiz olmayan şerik ile özel niteliği haiz olan şerikin aynı cezayı almasıdır. Gerçek özgü suçlarda, suçun temel şeklindeki özel nitelik şerikte bulunuyor, failde bulunmuyorsa mevcut düzenlemeye göre fail özgü suçu işleyemeyeceğinden şerik cezasız kalacaktır. Ters durumda, özel nitelik failde bulunuyor ise, şerik bu niteliği haiz olsa da, olmasa da özgü suça şerik olarak aynı miktarda cezalandırılacaktır. Bu durum ise, cezalandırma bakımından adaletsizliğe yol açan niteliktedir. Çünkü “*intraneus*” şerik, özel niteliği haiz olduğu için suçun icrasını kolaylaştırmaktadır ve cezalandırmaya liyakati “*extraneus*”a göre daha fazladır. Dolayısıyla aralarında cezalandırma bakımından farklılık olması gerekmektedir. Örneğin, bir gerçek özgü suç olan zimmet suçuna yardım eden kişilerden birisinin kamu görevlisi, diğerinin ise kamu görevlisi olmadığını düşünelim. Mevcut TCK m.40/2 düzenlemesine göre, kamu görevlisi olan şerik de, olmayan şerik de aynı şekilde zimmet suçuna yardım eden olarak aynı miktarda cezalandırılacaktır. Bu durum ise, cezalandırma bakımından adaletsiz sonuçlara yol açmakta, ilgili kısımda da ifade ettiğimiz gibi Yargıtay tarafından adaletsizliği gidermek için kanuni düzenlemeye uygun olmayan şekilde kararlar verilebilmektedir. Önerdiğimiz düzenlemede, gerçek özgü suçlarda, suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği haiz olmayan şerikin cezasında bu özelliği haiz olan şerikin cezasına göre kademeli olarak belli oranda indirim yapılabilmesi yer almalıdır.

Bu meseleye ilişkin olarak doktrinde farklı düzenleme önerileri de ileri sürülmektedir. Şöyle ki; bir kişi kendi babasını değil de, başkasının babasını öldürmeye azmettirdiğinde fail TCK m.82’den sorumlu olur ve azmettiren de bu durumu bildiğinden m.82’den azmettiren olarak sorumlu olur. Ancak bu görüşe göre, normda öngörülen özellik şerikte olmadığından fail ile aynı ceza miktarından sorumlu tutulması doğru olmayıp Alm. CK § 28’de yer alan hükümde olduğu gibi indirim yapılması hususunda düzenleme yapılması gerekmektedir⁵¹². Ancak gözden kaçırılan husus şudur ki, örnekte yer verilen suç tipi ve daha genel olarak sorumlu

⁵¹² Akbulut, a.g.e., s.720.

alanı oluşturan suç tipleri, gerçek olmayan özgü suça ilişkin düzenlemeye yani Alm. CK § 28/2’de yer alan hükme karşılık gelmektedir. Yazarın ifade ettiği suçun uygun muhatap alanı dışındaki kişilere yönelik indirim ise, gerçek özgü suçun düzenlendiği Alm. CK § 28/1’de yer alan “*intraneus*” ve “*entraneus*” şerik arasında cezalandırma bakımından öngörülen farklılıktır. Aslında örnekteki durum, Alm. CK § 28/2’de yer alan fail bakımından özel niteliğin öngörüldüğü suçlarda düzenlemenin özelliği haiz olan fail ve şerik hakkında uygulanmasına ilişkin hükme karşılık gelmektedir ki, bu durumda şerik özel niteliği haiz olmadığından özgü suça göre değil, suçun temel şekline göre sorumlu tutulmaktadır.

Doktrinde bir başka görüşe göre, kanun değişikliğine gerek olmaksızın nitelikli hali şahsında bulundurmayan şerikin cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir. Yazarın önerisi, “*extraneus*” şerikin yani nitelikli halde yer alan özel kişisel unsuru haiz olmayan şerikin nitelikli halden sorumlu tutulmasının adaletsizliğe yol açması dolayısıyla hakime takdiri indirim yetkisi verilmesidir⁵¹³. Ancak bu öneri, TCK m.61 hükmünün alt ve üst sınır arasında cezanın belirlenemeyeceği müebbet hapis cezasını gerektiren durumlarda yeterli olmayacağından ve TCK m.62 hükmünde yer alan takdiri indirim sebeplerinin faile ilişkin olması dolayısıyla şerikler açısından uygulanmayacağından problemli olabilir.

Alm. CK § 28/1’de gerçek özgü suça iştirak kuralı düzenlenmiş ve bu hükme göre, özel niteliği haiz olmayan şerikin cezasında indirim yapılmaktadır. Halihazırda bu kuralın uygulandığı ülkede hem doktrin hem de uygulama açısından ne gibi problem ya da eleştirilerin olduğunun da incelenmesinde fayda olduğu düşüncesindeyiz. Bu hükmün ortaya çıkardığı adaletsiz sonuçların değerlendirilmesi, kendi hukuk düzenimiz açısından yapılacak önerilerde aynı neticelerin ortaya çıkmaması açısından dikkate değerdir.

Alman doktrininde “*extraneus*” şerikin cezasında indirim yapılmasına yönelik eleştirilerden ilkinde göre, “*extraneus*”un cezasının Alm. CK § 49/1’e göre götürü ceza indirimi, “*extraneus*” şerikin cezalandırılabilirliğinin belirlenmesi için

⁵¹³ Demirel, a.g.e., s.518, 519.

özgü haksızlığın içerisindeki mutlak ve nisbi unsurların değişken ilişkisini değerlendirmek bakımından yeteri kadar uygun değildir. Özel kişisel unsurun haksızlığının ufak bir değişikliğe uğradığı hallerde, § 28/1'deki götürü indirim fazla yapılmış olmaktadır. Bu durum, kanun yapma tekniğinden dolayı özgü suç olarak adlandırılan ve karşılığında genel suçun olmadığı suçlarda karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Karayolları Trafik Kanunu'nun 21/1/2.paragrafına göre, sürücü ehliyeti olmayan bir kişiye araç tahsis etmek suçunda fail olarak araç sahibi dışında kimse cezalandırılmaz. Her ne kadar araç sahibi olan kişi ile olmayan kişi arasındaki haksızlık farkı minimum düzeyde olsa da, araç sahibi olmayan şerikin cezası § 28/1'e göre indirilir⁵¹⁴. Tam aksi de mümkündür. Özgü haksızlığın içindeki haksızlık unsuru çok yoğun ise, indirim yetersiz de olabilir, hatta “*extraneus*”un cezasız kalması yerinde bile olabilir. Örneğin, eğer bir gazeteci, bir kamu görevlisi tarafından korunan ve görevi gereği öğrendiği sırrın ihlaline casusluk hareketi ile yardım ederek iştirak ederse, Alm. CK § 353 b, 27 ve 28/1 hükümlerinden ortaya çıkan cezai sorumluluğun cezaya layık olup olmadığı şüphelidir. Düşüncemize göre, Türk ceza hukuku açısından kanun metninde öngörülecek olan alt ve üst sınırlar içerisinde gerçek özgü suça iştirak eden “*extraneus*”un “*intraneus*” şerike göre cezasının indirilmesi hususunda, haksızlık yoğunluğuna göre hakime tayin ve takdir yetkisinin tanınması ile Alman ceza hukukunda dile getirilen götürü ceza indiriminin sakıncaları çözülebilir. Ancak Alman doktrinde “*extraneus*” şerikin iştirakının cezaya layık olmayabileceğine yönelik görüşe katılmamaktayız. Çünkü özel niteliği haiz olmayan “*extraneus*” şerikin cezasının “*intraneus*”un cezasına göre indirim yapılarak belirlenmesi ceza adaleti bakımından uygun iken, cezalandırmamaya kadar varacak bir yetkinin hakime tanınmasının beklenenin aksine belirlilik ve eşitlik yönünden ciddi sakıncaları olacağı ve suça iştirak etmiş olan şerikin cezasız kalmış olacağı düşüncesindeyiz.

İkinci olarak, Alman ceza hukuku doktrindeki bu eleştirinin adeta aynadaki yansıması, “*extraneus*” tarafından işlenen gerçek özgü suçun hukuki değer ihlaline “*intraneus*”un iştirakının suç olarak algılanmamasıdır. Bu görüşe göre, bu

⁵¹⁴ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.427, 428.

durum cezalandırılabilirlik açısından bir boşluğa yol açmaktadır ve bu boşluk anlaşılmamaktadır ve akla uygun değildir. Bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü “*extraneus*” özgü suçtaki hukuki değeri ihlal edemez, dolayısıyla cezalandırma bakımından da bir boşluk ortaya çıkarmaz. Örneğin, zimmet suçunu kamu görevlisi olmayan bir kişi işlerse bu suç ile korunan hukuki değeri ihlal edemeyeceğinden cezasız kalacağı bir durum da olmayacaktır. Ancak korunması gereken bir hukuki değere yönelik saldırı bulunmakta ve bu saldırı teşkil eden fiilin “*extraneus*” tarafından gerçekleştirilmesi cezaya layık görülmekte ise, “*extraneus*”un bu fiili kanun koyucu tarafından genel suç olarak düzenlenerek bu sorun aşılabılır. Ayrıca bu öneri kabul edildiğinde, özgü suça şerik olarak iştirak eden “*extraneus*”un fiil üzerinde hakimiyet kurmaması dolayısıyla genel suçtan da fail olarak sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

Üçüncü olarak, Alm. CK § 28/1 düzenlemesinden dolayı ortaya bazı problemler çıkmaktadır. Bu problemlerin kanuni iştirak şekillerini cezalandırılabilirliğin artırılması ya da azaltılması ile manipule ederek çözmek cazip gelse de, tehlikelidir. Bu tehlike konusunda bilim insanları ve uygulayıcılar uyarıda bulunmuşlar ve bu suçların özel bölümde düzenlenmesini önermişlerdir. Sadece Alm. CK § 28/1’in kaldırılması ve kanun koyucunun “*extraneus*”un iştirakının cezasız kalmasının dayanılmaz olduğunu düşündüğü özgü suçlara karşılık gelen genel suçların ihdas etmesi ile bu sorun düzgün bir şekilde çözülebilir⁵¹⁵. Bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü faillik alanı dışında bulunan kişi de olsa özgü suça bir şekilde sunulan katkı, suçun işlenmesini kolaylaştırmaya ya da kuvvetlendirmeye aracılık ettiğinden cezaya layıktır. Aynı özgü suça “*extraneus*”un iştirakı, “*intraneus*”a göre haksızlık ve kusurun daha az olmasından dolayı daha az cezaya layık olsa da, cezasızlığı da gerektirmemektedir.

Dördüncü olarak, Alman doktrinde yöneltilen bir başka soru, aynı suçu amaçlamış ve gerçekleştirmiş “*intraneus*” ve “*extraneus*”un aynı şekilde cezalandırılamayacağının haklı olup olmadığıdır. Eğer bir eylemin

⁵¹⁵ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.428.

cezalandırılabilirliğinin hangi etkene dayandığı ve “*intraneus*” ve “*extraneus*”un bu yönleri ile karşılaştırılması gerekir ise, o zaman fiilin haksızlık ve kusur içeriği karşılaştırılmalıdır. Örneğin, bir insanı öldürmek, bir mala zarar vermeye göre daha yüksek bir cezalandırılmaya liyakat içermektedir ya da zorunluluk halinde hırsızlık suçu işleyen kusur içeriği zorunluluk hali olmaksızın bu suçu işleyene göre daha azdır⁵¹⁶. Özel yükümlülük ihlalinde, “*extraneus*”un hareketinin fiil hakimiyeti, iradesi ve suçun işlenmesi ile elde edilecek menfaat, haksızlık olarak “*intraneus*”un aynı biçimdeki hareketine göre daha azdır. İştirak eden “*intraneus*”un haksızlık içeriği, “*extraneus*”un haksızlık içeriğine göre daha fazladır. Çünkü “*intraneus*” sadece korunan hukuki değeri ihlal etmemekte, ayrıca kişisel olarak kendisini bağlayan özgü yükümlülüğü de ihlal etmektedir. Kusur yönünden değerlendirildiğinde de, özgü yükümlülük suçlarındaki kusur, diğer suçlarda bulunan kusura göre daha fazladır⁵¹⁷. “*Extraneus*” şerikin cezasında indirim yapılmasının sebebi, cezalandırmanın temeli için belirleyici olan unsurun asıl failden farklı olarak kendisinde bulunmamasından dolayı daha az kusurlu olmasıdır⁵¹⁸. “*Extraneus*”, genellikle özgü yükümlülüğe aracılığının farkında değildir, dolayısıyla aynı şekilde hareket eden “*intraneus*”a göre daha az kınanabilir bir tutum sergiler. Hem kusur hem de haksızlık içeriği yönlerinden özgü suça iştirak eden “*extraneus*”un cezalandırılmaya liyakatliliği, aynı yönde hareket eden “*intraneus*”a göre daha azdır⁵¹⁹. Düşüncemize göre de, bu sebeplerle “*extraneus*”un şerikliğinin “*intraneus*”un şerikliği ile aynı şekilde cezalandırılmaması gereklidir.

⁵¹⁶ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.234, 235.

Yürürlükte olan kanunun “*intraneus*” ve “*extraneus*” arasındaki cezaya liyakat yönünden farkları, sadece genel bir şekilde dikkate alınsa da, özgü suçun faile bağlı tanımını savunanlara göre, her ikisi arasında cezalandırma açısından fark bulunmamaktadır (Deichmann, **a.g.e.**, s.13; Langer, **Die Sonderstrafat**, s.236, 237).

⁵¹⁷ Langer, **Die Sonderstrafat**, s.235, 236; Deichmann, **a.g.e.**, s.40.

⁵¹⁸ Schweinberger, **Strafrecht AT II**, s.110, kn.338.

⁵¹⁹ Ancak Alm. CK § 28/1 hükmü kabul edilinceye kadar, iştirak eden “*intraneus*” ve “*extraneus*” cezaya liyakatleri farklı olmasına rağmen aynı şekilde cezalandırılmıştır (Langer, **Die Sonderstrafat**, s.236).

Bugün yürürlükte olan 28.paragraf, kanun koyucunun bu anlayışı ile gerçek özgü suça “*extraneus*”un iştirakının cezalandırılabilirliğini –ceza miktarı azalmış dahi olsa- getirmiştir (Deichmann, **a.g.e.**, s.13).

Tüm bu sebeplerle TCK'da “*özgü suça iştirak*” başlıklı maddenin ikinci fıkrasını gerçek özgü suça iştirak kuralı oluşturmali ve bu kuralda, suçun kanuni tanımında yer alan belirli bir özellik ya da yükümlülüğü haiz olmayan kişinin özgü suçtan ancak şerik olarak sorumlu tutulabileceği ve bu kişinin cezasının özel niteliği haiz olan kişiye göre öngörülecek alt ve üst sınırlar içerisinde indirilebileceği düzenlenmelidir.

Türk ceza hukukunda ceza adaletsizliğine yol açtığını düşündüğümüz ikinci problem, gerçek olmayan özgü suçlarda, suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği failin haiz olmadığı, ancak şerikin olduğu hallerde şerikin failin fiiline bağlı olarak suçun temel şeklinden sorumlu tutulması ve bu durumun özel niteliği haiz olan kimsenin suçun faili olmak yerine şeriki olmasını daha cazip hale getirmesidir. TCK m.40'a göre, suçun kanuni tanımında yer alan ve dolayısıyla kast kapsamında olan unsur, şerikin bilmesi koşulu ile failden şerike sirayet etmekte ve şerik failin fiiline bağlı olarak suçun temel şekli ya da nitelikli şeklinden sorumlu olmaktadır. TCK m.40'da düzenlenen bağıllık kuralı gereğince suçun nitelikli hallerinin sirayeti konusu çözümlenmektedir. Sirayet eden kısım, haksızlığa ilişkin olan ve cezalandırmayı önleyen kişisel sebep olmayan haller yani suçun nitelikli halleridir. Türk ceza hukuku uygulamasında ceza adaletsizliğine yol açan esas problem, bir özel kişisel unsur olan suçun nitelikli unsurunu taşıyan şerikin bu unsuru failin taşımaması dolayısıyla suçun temel şeklinden dolayı sorumlu tutulmasıdır.

Öncelikle mevcut düzenlemeye göre şerikin failin fiilinden sorumlu olmaması, kendi işlediği fiile göre sorumlu olmasının kabul edilip edilemeyeceği sorusu sorulmalıdır. Uygulamada ağırlıklı olarak adaletsiz sonuçlara yol açan ve doktrinde tartışılan suç, kasten öldürmenin üstsoy, altsoy ya da eşe karşı işlenmesi nitelikli halidir ve bu suç, gerçek olmayan özgü suçtur. TCK m.40'daki düzenlemeye göre, azmettiren kişi failin fiili ile bağlı olduğundan ve fail de özel kişisel unsur haiz olmadığından azmettiren suçun temel şekline göre cezalandırılmaktadır. Bağıllık kuralında TCK m.40 ile kabul edilen anlayışa göre, şerik failin işlediği fiile göre sorumlu olmalıdır, dolayısıyla gerçek olmayan özgü suça şerik olan kişi, suçun temel şekli ya da nitelikli şeklinden failin işlediği fiile göre sorumlu olmalıdır. Mevcut

düzenlemeye göre, şerikin kendi haiz olduğu özelliğin yer aldığı suçun nitelikli halinden sorumlu olması olanaklı değildir. Şerikten kaynaklanan nitelikli halin şerik bakımından uygulanmaması neticesini doğuran katı bağlılık kuralı adaletsiz sonuçlarına yol açmaktadır. Bu problemin çözümü için ise normatif düzenlemede değişiklik yapılması ihtiyacı bulunmaktadır.

Bu meseleye ilişkin olarak, TCK'da gerçek olmayan özgü suça ilişkin düzenlemede şerikin özel niteliği haiz olduğu, ancak failin özel niteliği haiz olmadığı hallerde şerikin özgü suçtan sorumlu tutulmasına yönelik düzenleme yapılmasını önermekteyiz. Bu şekilde aynı zamanda bağlılık kuralına yönelik olarak sadece sınırlı bir alanda istisna niteliğinde olan bu hüküm ile gerçek olmayan özgü suçlarda şerikin failin fiili ile olan bağlılığı kaldırılarak cezalandırma bakımından adaletsiz sonuçlara yol açan problemin çözülebileceği düşüncesindeyiz. Böylece gerçek olmayan özgü suçlarda da diğer suçlarda olduğu gibi suçun nitelikli hali failden şerike sirayet etmeye devam etmeli, ancak özel niteliği şerik haiz ise, failin fiilinden bağımsız olarak özgü suça şerik olarak sorumlu tutulabilmelidir. Örneğin, kasten öldürme suçunu eşine karşı işlemesi için bir kişiyi azmettiren ve böyle bir suçun nitelikli halini taşıyan şerik, bu niteliği taşımayan failin işlediği suçun temel şeklinden değil, nitelikli şeklinden cezalandırılmalıdır. Yahut, resmi belgede sahtecilik suçunu işlemesi için kamu görevlisi olan bir kişi, kamu görevlisi olmayan bir kişiyi azmettirdiğinde, özel niteliği haiz olan şahıs yani şerik olan kamu görevlisi, suçun nitelikli şeklinden, kamu görevlisi olmayan fail ise suçun temel şeklinden cezalandırılmalıdır.

Alm. CK § 28/2'de gerçek olmayan özgü suçta iştirak konusu düzenlenmiş ve bu hükme göre, cezayı artıran, indiren ya da cezayı ortadan kaldıran hallerde, bu hüküm yalnızca özel niteliği şahsında taşıyan fail ya da şerik hakkında uygulanır. Bu düzenlemeye göre, şerik failin fiili ile bağlı olmamakta, fail özel niteliği taşımadığında, ancak şerik taşıdığına, fail suçun temel şeklinden ve şerik ise suçun nitelikli şeklinden cezalandırılmaktadır. Tam tersi durumda, fail özel niteliği taşıdığına, ancak şerik taşımadığında, fail suçun nitelikli şeklinden, şerik ise suçun temel şeklinden cezalandırılmaktadır. Düzenlemenin kapsamında hem fail hem de

şerik bulunmaktadır. Böylece bağlılık kuralı yumaşıtılmakta, gerçek olmayan özgü suçlarda istisna öngörülmektedir. Düşüncemize göre, TCK bakımından önerdiğimiz düzenlemede faile bu kapsam içerisinde yer verilmesine gerek yoktur. Çünkü zaten TCK m.37 gereğince fail kendi işlediği suç tipinden sorumlu olmalıdır.

Önerdiğimiz düzenleme şekli, Alm. CK § 28/2’de yer alan düzenleme dolayısıyla ortaya çıkan sorunlar sebebi ile bazı yönlerden farklılaşmaktadır. Alm. CK düzenlemesinde gerçek olmayan özgü suçlarda, şerik özel niteliği haiz değilse fail özel niteliği haiz olsa dahi şerike sirayet etmemekte, şerik suçun temel şeklinden sorumlu olmaktadır. Önerimize göre ise, bu son durumda bağlılık kuralı uygulanmaya devam etmelidir. Bir başka deyişle sirayetin çift yönlülüğü kaldırılmış olmaktadır. Bağlılık kuralına istisna niteliğinde olan önerimiz, sadece failin özel niteliği haiz olmaması ve şerikin özel niteliği haiz olması ile sınırlı olmalıdır. Böylece bağlılık kuralı gevşetilmekle birlikte problemlili kısmın çözümüne yönelik olarak sınırlı bir alanda istisna öngörülmüş olacaktır.

Tüm bu sebeplerle TCK’da “*özgü suça iştirak*” başlıklı maddenin üçüncü fıkrasını gerçek olmayan özgü suça iştirak kuralı oluşturmali ve bu kuralda, gerçek olmayan özgü suçlarda şerikin özel niteliği haiz olduğu ve ancak failin haiz olmadığı haller ile sınırlı olmak suretiyle şerikin failin fiili ile bağlılığı kaldırılarak suçun nitelikli şeklinden sorumlu tutulmasına yönelik düzenleme yapılmasını önermekteyiz.

TCK’da özgü suça iştirak konusuna ilişkin olarak önerdiğimiz düzenlemenin daha iyi anlaşılması için mevcut düzenlemeye ve önerdiğimiz normatif düzenlemeye göre gerçek ve gerçek olmayan özgü suç bakımından iştirakın hukuki neticelerini aşağıda yer alan tablo ile somutlaştırmaktayız:

Tablo 3.1

**MEVCUT DÜZENLEME İLE ÖNERDİĞİMİZ DÜZENLEME
ARASINDAKİ FARKLAR**

Mevcut Düzenlemeye Göre Gerçek Özgü Suç :	Önerdiğimiz Düzenlemeye Göre Gerçek Özgü Suç :
Fail (<i>Intraneus</i>) → Şerik (<i>Intraneus</i>): Fail ve şerik, gerçek özgü suçtan sorumlu olur. Fail (<i>Intraneus</i>) → Şerik (<i>Extraneus</i>): Fail gerçek özgü suçtan sorumlu olur, şerik de bağlılık kuralı gereğince gerçek özgü suçtan sorumlu olur ve “<i>extraneus</i>” şerik ile “<i>intraneus</i>” şerik aynı şekilde cezalandırılır.	Fail (<i>Intraneus</i>) → Şerik (<i>Intraneus</i>): Fail ve şerik, gerçek özgü suçtan sorumlu olur. Fail (<i>Intraneus</i>) → Şerik (<i>Extraneus</i>): Fail, gerçek özgü suçtan sorumlu olur, şerik de bağlılık kuralı gereğince gerçek özgü suçtan sorumlu olur, <u>ancak “<i>extraneus</i>” şerikin cezasında “<i>intraneus</i>” şerikin cezasına göre belli oranda indirim uygulanır.</u>
Mevcut Düzenlemeye Göre Gerçek Olmayan Özgü Suç :	Önerdiğimiz Düzenlemeye Göre Gerçek Olmayan Özgü Suç :

Fail (<i>Intraneus</i>) →Şerik (<i>Intraneus</i>) : Fail ve şerik, gerçek olmayan özgü suçtan yani suçun nitelikli halinden sorumlu olur.	Fail (<i>Intraneus</i>)→Şerik (<i>Intraneus</i>) : Fail ve şerik, gerçek olmayan özgü suçtan yani suçun nitelikli halinden sorumlu olur.
Fail (<i>Intraneus</i>)→Şerik (<i>Extraneus</i>) : Fail, gerçek olmayan özgü suçtan yani suçun nitelikli halinden, şerik ise suça müşterek fail olarak iştirak etmesi halinde, suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur. Suça azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmesi halinde, suçun nitelikli halinden şerik olarak sorumlu olur.	Fail (<i>Intraneus</i>)→Şerik (<i>Extraneus</i>) : Fail, gerçek olmayan özgü suçtan yani suçun nitelikli halinden, şerik ise suça müşterek fail olarak iştirak etmesi halinde, suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur. Suça azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmesi halinde, suçun nitelikli halinden şerik olarak sorumlu olur.
Fail (<i>Extraneus</i>) →Şerik (<i>Intraneus</i>): Fail suçun temel şeklinden, şerik de suçun temel şeklinden sorumlu olur.	Fail (<i>Extraneus</i>)→Şerik (<i>Intraneus</i>) : Fail suçun temel şeklinden, <u>şerik gerçek olmayan özgü suçtan yani suçun nitelikli şeklinden sorumlu olur.</u>

SONUÇ ve ÖNERİLER

Varlığı suça iştirakte bağıllık kuralı ile sınırlı olarak kabul edilen ve Türk doktrininde monografik incelemeye tabi tutulmayan, Alman doktrininde de az sayıda eserde bağımsız olarak incelenen özgü suçun suç genel teorisi içerisindeki konumunun belirlenmesi, anlamının ve öneminin ortaya çıkarılması, problemli konuların tespit edilerek çözüm sunulması ve literatürde bu alandaki boşluğun doldurulması amacı ile özgü suç pek çok yönü ile incelenmeye gayret edilmiştir. Aşağıda çalışmalarımızın neticeleri ve önerilerimiz özetlenmiştir:

I. Çalışmamızda terim birliğinin sağlanması amacı ve daha kapsayıcı olması dolayısıyla normatif olarak da kabul edilen “özgü suç” kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

II. Suçların faillik alanı yönünden sınıflandırılması, suçun süjesinin kapsamının, suçu işleyebilecek kişilerin alanının belirlenmesi ve bu kapsamın kendi içerisinde sınır ve anlama sahip olması dolayısıyla gereklidir. Bu sebeplerin yanı sıra faillik alanına göre suç gruplarının belirlenmesi, hukuki neticelerin tezahür ettiği iştirak konusunda suça iştirak eden kimselerin ceza sorumlulukları açısından ortaya çıkan farklılıkların belirlenmesi için de gereklidir. Bu ayrım, içeriksel olarak failin herkes olabilmesi özelliği daraltılarak belirli hususlarda faillik alanının özelleştirilmiş olup olmadığı temel kriter olarak belirlenmelidir. Bu bağlamda, faillik alanına göre suçlar, genel suçlar ve özgü suçlar olarak gruplandırılmıştır.

III. Genel suç kavramının tanımlamaları incelenmiş ve failin herhangi bir kişi olabildiği ve herkes tarafından işlenebilen suçların genel suç olduğuna yönelik fikir birliği bulunduğu tespit edilmiştir. Bu tanımlara katılmak ile birlikte genel suçun özgü suç ile sınırını daha belirgin bir şekilde çizebilmek amacıyla daha kapsamlı bir tanıma ihtiyaç olduğu düşüncesindeyiz. Bu sebeple genel suçu, suçun kanuni tanımında belirtilen failin sadece lafzi anlam itibarıyla değil, içerik olarak da herhangi bir kişi olabildiği, faile ilişkin özellik ya da yükümlülük ile faillik alanının sınırlanmadığı, daha genel bir ifade ile faillik alanının hiçbir yöntem ile sınırlanmadığı suçlar olarak kabul etmekteyiz.

IV. Özgü suç kavramına yönelik günümüze kadar yapılmış tanımlamalar belirli şekilde gruplandırılarak incelenmiş, neticesinde kendi değerlendirme ve tanımlamamıza yer verilmiştir. Suçun kanuni tanımında failin herhangi bir kişi olarak öngörülmediği, haksızlığın özel olarak belirlendiği ve tipik hale getirildiği, ceza tehdidinin ve cezalandırılabilirliğin özel olarak kararlaştırıldığı ve buna tipiklikte yer verildiği, failin belirli bir yükümlülüğünün (*özel yükümlülük*) ya da özelliğinin (*özel nitelik, durum, ilişki*) öngörüldüğü ve daha geniş anlamıyla bu yöntemlerle faillik alanının sınırlandırıldığı suçlardır.

V. Türk doktrinde de, Alman doktrinde de özgü suçun hukuki niteliği üzerinde çalışılmamıştır. Özgü suçun hukuki niteliğinin belirlenmesi için özgü suça ilişkin olan normatif düzenlemeler incelenmiş ve öğretide suç sistematigindeki inceleme yeri tespit edilmeye çalışılmış, nihayetinde değerlendirmemize yer verilmiştir. Düşüncemize göre, suçun kanuni tanımında yer alan faile ilişkin belirli bir özellik, suçun temel ya da nitelikli şeklinin bir unsuru veya suçun unsuru dışında kalan bir hali temsil edebileceğinden ve bu sebeple birçok farklı neticeyi doğurabileceğinden özgü suçun sadece suç unsuru, ön şart ya da tipiklik gibi sınırlandırılmış bir alan ile ilişkilendirilmesi doğru değildir. Özgü suç, suç genel teorisi içerisinde, suç inceleme sistematigi açısından tipikliğin objektif unsurları içerisinde fail başlığı altında incelenmeli ve tipikliğin diğer unsurlarında ilgili olduğu kısımlarda, hukuki neticelerin tezahür ettiği iştirak kısmında ve suçun unsurları dışında kalan hallerde de ilgili olduğu bölümlerde incelenmelidir. Yani özetle özgü suç, tipikliğin objektif unsurlarından faile ilişkin faillik alanını sınırlandıran bir suç grubu olup, suç genel teorisi içerisindeki pek çok kavram ile de ilişkilidir.

VI. Doktrinde suçun faillik alanına ilişkin olarak genel suç ve özgü suç dışında başka suç gruplarının da varlığına ilişkin görüşler ileri sürülmektedir. Özgü suçun sınırlarının ve bu suç gruplarından farklarının ya da benzer yönlerinin belirlenmesi için bu suç grupları ayrı ayrı ele alınmış ve özgü suç ile ilişkileri incelenmiş ve ayrı birer suç grubu olarak kabul görüp görmemelerine ilişkin değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Şöyle ki;

1. Tüm sistematik içerisinde ortaya koymaya çalıştığımız anlayışa göre, yükümlülük suçları, özgü suçtan ayrı bir kategori olarak kabul edilmemeli, özgü suç grubu içerisinde özgü suçun görünüm şekillerinden birisi olarak kabul edilmelidir. Çünkü her özgü suçta fail için özel bir yükümlülük öngörülmüş olmak zorunda olmayıp, fail için özel bir nitelik, koşul, durum ya da ilişki öngörülmüş olabilir. Bu önemli yön göz ardı edilerek yükümlülük suçlarının özgü suçun karşılığı olarak kabul edilmesi, gerek içerik açısından farklı durumları kapsaması sebebi ile gerekse de pozitif hukuk açısından ne Alm. CK ne de TCK ile uyumlu olmaması sebebi ile kabul edilebilir değildir.

2. Bizzat işlenebilen suçları açıklamak için örnek verilen suçlar birer özgü suç olduğundan ve bu suç grubunun varlığını ispat için ileri sürülen “*extraneus*” tarafından dolaylı faillik yolu ile işlenememesi argümanının özgü suç için de geçerli olması sebebi ile ayırt edici yönü olmadığından ayrı bir suç grubu olarak kabul etmemekle birlikte aynı zamanda özgü suçun görünüm şekillerinden biri olduğunu da kabul etmemekteyiz.

3. Faillik alanına göre suçların sınıflandırılmasında, faile ilişkin kişisel unsur, nitelik, durum, ilişki ya da yükümlülük sebebi esas alınmaktadır. Bu hususların tümü ise, tipikliğin objektif unsurlarında yer alan failin yine sahip olması gereken objektif unsurlara veyahut da suçun unsurları dışında kalan sebeplere dayanmaktadır. Hırsızlık ya da dolandırıcılık suçlarında olduğu gibi suçun kanuni tanımında belli bir amacın öngörüldüğü suçlar ise, faillik alanını sınırlandırmamakta, tipikliğin subjektif unsurunu somutlaştırmakta, belirlemektedir. Bu sebeplerle amaç suçları, genel ve özgü suçların dışında ayrı bir suç grubu olarak kabul etmemekle birlikte aynı zamanda özgü suçun bir görünüm şekli olarak da kabul etmemekteyiz.

VII. Özgü suçun unsurlarını suç tipinde öngörülen faile ilişkin belirli bir özellik (*nitelik, durum ya da ilişki*) ya da yükümlülük, özel haksızlık, özel cezalandırılabilirlik ve ayrıca failliğin oluşumu açısından genel suçlardan farkı olmadığından dolayı fiil hakimiyeti olarak belirlemiş bulunmaktayız. Şöyle ki;

1. Suçun kanuni tanımında failin belirli bir özelliği haiz olmasının ya da belirli bir yükümlülüğü taşımasının öngörülmesi, özgü suç genel suçtan ayıran ve özgü suçun içeriğini oluşturan en önemli unsurdur. Faile ilişkin belirli bir özellik ya da yükümlülüğün öngörülmesi gerekliliğinin yanı sıra, belirli bir özelliğin içeriğinin ve sınırlarının kapsamının da belirlenmesi önem taşımaktadır. Tercih etmiş olduğumuz “*özellik*” ifadesinin içeriğini, tanımlama kısmında kabul ettiğimiz ve izah ettiğimiz gibi özel nitelik, durum ya da ilişki oluşturmaktadır. Suçun kanuni tanımında faile ilişkin belirli bir yükümlülük ya da özellik öngörülmüş olması, bu suç özgü suç grubuna dahil ederek genel suçtan ayırt etmeyi sağlamaktadır. Bununla birlikte bu unsurlar arasında keskin bir ayırım yapmaya çalışmanın pratik açıdan bir faydasının olmayacağını ve bu unsurların çoğu kez iç içe geçebileceğini düşünmekteyiz.

2. Suç tipinde öngörülen özel haksızlık unsurunu kabul etmemizin ilk sebebi, genel suç, tipik ve hukuka aykırı nitelikteki herkes tarafından ihlal edilebilir genel haksızlığı içerir iken; özgü suçun tipik ve hukuka aykırı nitelikteki belirli kişiler tarafından gerçekleştirilebilir özel haksızlığı içermesidir. Özgü suçlarda, suç tipinde özel haksızlığın bulunması unsurunu kabul etmemizin ikinci sebebi, bu tür suçlarda genel suçlara oranla haksızlığın yoğunluğunun daha fazla ve daha özel olmasıdır. Esasen özgü haksızlık, genel haksızlıktan, haksızlığın unsurlarının sınırlandırılmasından ve özelleştirilmesinden dolayı ayrılmaktadır. Özgü suçlarda, suç tipinde özel haksızlığın bulunması unsurunu kabul etmemizin üçüncü sebebi, suç tipinde öngörülen özel haksızlığın yalnızca suçun kanuni tanımında öngörülen kişi yani “*intraneus*” tarafından gerçekleştirilebilen tipikleştirilen haksızlık oluşudur. Örneğin, hırsızlık suçunda bir başkasının malını hakimiyete geçirme fiili, herkes tarafından işlenebilen genel bir haksızlık olduğu için genel suç iken, zimmet suçunda zilyetliği kendisine devredilen malın zimmete geçirilmesi fiili, sadece kamu görevlileri tarafından işlenebildiği, haksızlık içeriği daha yoğun, daha farklı ve daha özel olduğu için özgü suçtur.

3. Özgü suçun genel suçtan ayırt edilmesini sağlayan özgü suçun önemli bir unsuru ise, suç tipinde öngörülen özel ceza tehdidi ve özel cezalandırılabilirliktir.

Özgü suçun özel cezalandırılabilirlik unsuru, suçun kanuni tanımında belirtilen faillik alanı sınırlandırılmış olan kişilerin özel ceza tehdidi altında olmalarını, bir diğer deyişle “*intraneus*”un sınırlandırılmış cezalandırılabilirliğini ifade etmektedir. Özgü suç, genel suçtan özel haksızlıkta olduğu gibi sınırlandırılmış ve özelleştirilmiş ceza tehdidi ve cezalandırılabilirliği sayesinde ayrılmaktadır.

4. Fiil hakimiyeti unsurunun özgü suçlar bakımından bir istisna oluşturmadığı ve bir suçtan fail olarak sorumlu tutulabilmek için tüm suçlar bakımından gerekli koşul olduğu ve tabii olarak da özgü suçun bir unsuru olduğu düşüncesindeyiz. Bu görüşümüze dayanak gerekçeler ise;

a. özgü suçlarda, özel niteliği haiz failin fiil hakimiyeti kurmuş olabileceği ya da olmayabileceği ve bu sebeple failin “*intraneus*” olması halinde, doğrudan fiil hakimiyeti de kurmuş olduğu neticesine ulaşılmasının doğru olmaması,

b. bir suçtan fail olarak sorumlu olabilmek için gerekli olan fiil hakimiyeti ile suçun faillik alanına göre yapılan sınıflandırma arasında doğrudan bir bağlantının bulunmaması,

c. fiil hakimiyeti koşulunun özgü suçlarda aranmamasının bu suç grubunun faillik alanına dahil olan kişiler arasında fiil hakimiyeti kurmuş olup olmamasının farklı hukuki neticelerinin göz ardı edilmesine yol açması ve cezalandırma bakımından adaletsiz sonuçlara yol açması,

d. pozitif hukuk açısından baktığımızda da, özgü suçlar bakımından fiil hakimiyetine istisna öngören normatif bir düzenleme de bulunmadığından faillik için öngörülen genel kuralın geçerli olmasıdır.

VIII. Çalışmamızda, özgü suçun görünüm şekillerinin belirlenmesi, özgü suçun daha iyi anlaşılması ve bilhassa özgü suçun sınırlarının daha net bir şekilde çizilmesi için özgü suç, sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Bu sınıflandırmaya göre, failin özelliğinin suçun temel şeklinde ya da nitelikli şeklinde olmasına göre (*gerçek – gerçek olmayan*), failin fiili durumu, belirli bir tabii ya da hukuki niteliği haiz

olmasına yahut belirli bir ilişki içerisinde olmasına göre, suç tipinde failin özelliğinin açık ya da kapalı olarak belirlenmesine göre (*açık – zımni*) ve failin özel yükümlülüğünün ceza hukukundan ya da ceza hukuku dışından kaynaklanmasına göre ayırım yapılmıştır. Doktrinde daha önce özgü suçun tüm görünüş şekilleri nazara alınarak kapsamlı bir şekilde sınıflandırılmasına yönelik bir çalışma yapılmamıştır.

1. Faillik alanına ilişkin sınırlandırmanın suçun temel şeklinde ya da suçun nitelik şeklinde gerçekleşmiş olmasına göre özgü suç, gerçek özgü suç ve gerçek olmayan (*görünüşte*) özgü suç olarak ayrılmaktadır. Özgü suçun gerçek ve gerçek olmayan şeklinde sınıflandırılmasının anlamı, gerekliliği ve sonucu iştirakte ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Gerçek özgü suçlarda, suçun kanuni tanımındaki özellikleri haiz olmayan kişi yani “*extraneus*”, bu suç bakımından fail olamaz, fail olarak fiili cezasız kalır iken, gerçek olmayan özgü suçlarda “*extraneus*” suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu tutulabilir. Bu ayırt edici özellik, düşüncemize göre gerçek ve gerçek olmayan özgü suç ayrımının da temel sebebini ve gerekçesini oluşturmaktadır. Ayrıca suç tipinde fail için öngörülen belirli özelliğin suçun temel şeklinde ya da nitelikli şeklinde olması, haksızlığın özelleştirilmesi, yoğunluğu ve cezanın farklılaştırılması, artırılması bakımından da önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu nedenlerle özgü suç grubu içerisinde böylesi bir sınıflandırmanın gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

2. Bu sınıflandırma çalışmasında, bir suçun özgü suç olup olmadığına yönelik belirsizliklerin ve tartışmaların bulunduğu, suçun lafzından açıkça belirleme yapılamadığı durumlarda yol gösterici olması amaçlanmış ve bu doğrultuda açık-zımni özgü suç ayrımı yapılmıştır. Suç tipinde faillik alanı açıkça sınırlandırılmış ise, açık özgü suç oluşmaktadır; aksi takdirde, faillik alanı dolaylı olarak fiilin işleniş şekline bağlı olarak kapalı bir şekilde sınırlandırılmış ise, bu halde de zımni özgü suç oluşmaktadır. Bu bağlamda, örneğin, TCK m.91’de yer alan “*organ veya doku ticareti*” suçunun, TCK m.155’de yer alan “*güveni kötüye kullanma suçu*”nun tipiklikte açık bir şekilde sınırlandırma olmamasına rağmen, içeriksel olarak faillik

alanı sınırlandırıldığından zımni özgü suç olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

3. Faillik alanının sınırlandırılması, fiili bir duruma, tabii veya hukuki niteliğe ilişkin ya da failin içerisinde bulunduğu belirli bir ilişkiye bağlı olabilir. Düşüncemize göre, gerçek-gerçek olmayan özgü suç ayırımından farklı olarak bu gruplandırmanın iştirak bakımından farklı hukuki neticeleri bulunmamaktadır. Suç tipinde failin fiili bir durumu, belirli tabii ya da hukuki niteliği haiz olmasının ya da belirli bir ilişki içerisinde olmasının öngörülmesinin iştirak bakımından farklı sonuçlara yol açmayacağı görüşündeyiz. Bu sınıflandırmanın önemi ve faydası, özgü suçun farklı görünüm şekillerinin belirli gruplandırma metodu ile sistematik bir şekilde incelenmesini sağlamasıdır.

4. Suçun kanuni tanımında faillik alanı özel bir yükümlülük öngörülerek sınırlandırılmış olabilir. Özel yükümlülüğün öngörüldüğü özgü suçlarda özel yükümlülüğün kaynağının ceza hukukunda ya da ceza hukuku dışında bulunmasına göre ayırım yapılarak incelenmiştir. Örneğin, “*organ veya doku ticareti*” (TCK m.91) suçu bir özgü suç olmakla birlikte aynı zamanda bu suç özel bir yükümlülük içermektedir, bu yükümlülük ise organ ve doku ticareti yapma yasağına dayalı ceza hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüktür. Ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlülükler, idare hukukundan, aile ve evlilik hukukundan, gerçeği söyleme yükümlülüğü ve zilyetliği devredilen malı koruma yükümlülüğü gibi sosyal etik yükümlülükten kaynaklanabilir.

IX. Özgü suçun suç sistematikteki konumunun belirlenmesi ve suç genel teorisindeki diğer kavramlar ile yakınlığının değerlendirilmesi amacıyla bağlantılı olduğu suçun unsurları ve unsurları dışındaki haller ile ilişkisi incelenmiştir. Şöyle ki;

1. İcrai suç ve gerçek ihmali suç bakımından özgü suçun bir özellik arz etmediği, her suç tipinde özgü suçun unsurlarının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiği, ancak gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından bu tür

suçların mahiyeti gereği faile özel bir hukuki yükümlülük yüklenmesinden ve garantörlük tesisinden dolayı özgü suça karşılık geldiklerini kabul etmekteyiz.

2. Özgü suç kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilir, özgü suçun sadece kasten işlenmesi gerekliliğinin kabulü doğru değildir. Örneğin TCK m.162’de ve aynı zamanda Alm. CK § 283/1/2’de yer alan “*taksirli iflas*” suçu bakımından bu suçun tacir kimseler tarafından işlenebilmesi dolayısıyla ve TCK m.322/2’de yer alan “*savaş zamanında yükümlülükler suçu*”nun sadece bu yükümlülüğü haiz kimse tarafından işlenebilmesi dolayısıyla özgü suç olduğunu ve taksirli formlarının düzenlenmiş olmasından dolayı taksirle işlenebileceğini, netice itibariyle özgü suçun sadece kasten işlenen suçlar bakımından değil, aynı zamanda taksirle işlenen suçlar bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek gereklidir.

3. Failin vasfından dolayı nitelikli unsurlar ve fail ile mağdur arasındaki ilişkilerden kaynaklanan nitelikli unsurlar, özgü suç bakımından önem taşımaktadır. Failin vasfından kaynaklanan nitelikli unsurlarda, suçun temel şekli herkes tarafından işlenebiliyorken, nitelikli şeklinin sınırlı bir fail grubu tarafından işlenebilmesi söz konusu olur ve bu hal aynı zamanda gerçek olmayan özgü suçu oluşturur. Fail ile mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanan nitelikli unsur ise, özgü suçun unsurlarından olan ilişki dolayısıyla yani faillik alanını failin bir başka kişi ya da kurum ile olan ilişkisi dolayısıyla sınırladığı için özgü suç bakımından bakımından önem taşımaktadır.

4. Çalışmamızda uygulamada sıklıkla karşılaşılmaması ve problemli bir konu olması dolayısıyla “*kamu görevlisi*” niteliğinde hata incelenmiştir.

a. Suçun kanuni tanımında yer alan kamu görevlisi özelliğini taşıdığını bilmeyerek tipikliğin objektif unsurlarında hataya düşen failin sorumluluğunun belirlenmesi için öncelikle doğrudan devlet memuru mu olduğu yoksa yürüttüğü kamu hizmeti dolayısı ile mi kamu görevlisi olduğu tespit edilmelidir. Devlet memuru olan bir kişinin kamu görevlileri tarafından işlenebilecek bir özgü suçta, kamu görevlisi olduğunu bilmemesine ilişkin hatası, niteleme hatasıdır ve kastı kaldıran bir hata değildir. Dolayısıyla böyle bir durumda failin tipikliğin objektif

unsurlarında hatasından söz edilemez. İkinci durumda ise, yani failin devlet memuru olmamakla birlikte kamu görevlisi sayıldığı hallerde failin normatif unsur bilgisine ilişkin olarak paralel değerlendirmeyi ele almak gereklidir. Failin kamu görevlisi olup olmadığının belirlenmesi için hukuki bir araştırma yapılması gerekebilir. Dolayısıyla hukukçu olmayan bir kimsenin bu halde kamu görevlisi sayıldığını bilmemesi olası bir durumdur. Bu halde, failin kamu görevlisi olduğunu bilmemesi şeklindeki tipikliğin objektif unsurlarındaki hatasının kastını kaldıracağı düşüncesindeyiz.

b. Failin kendisini gerçekte kamu görevlisi olmamasına rağmen, kamu görevlisi zannetmesi halinde, örneğin kişinin kendisinin kamu görevlisi olduğuna inanması ve rüşvet suçunu işlediğini sanması ya da görevi sırasında bir suç öğrenmesi ancak ilgili makama bildirmediği için suçu bildirmeme suçunu işlediğini düşünmesi durumunda cezai sorumluluğu nasıl belirlenmelidir? Burada tersine unsur yanılgısı söz konusu olur. Tersine unsur yanılgısında, her iki durumda da fail kendisinin kamu görevlisi özelliğini haiz olduğunu düşünmekteyse de, kanunda böyle bir suç olmadığı, sadece failin zihninde oluşan bir suç olduğundan varsayımsal (*mefruz*) suç olduğu ve failin zihnindeki özgül suçtan dolayı sorumluluğun olmayacağı düşüncesindeyiz.

c. Failin kamu görevlisi niteliğini bilmesine rağmen, kamu görevlisine yüklenen özel hukuki yükümlülüğü bilmemesi durumunda, örneğin, kamu görevlisi olan hemşirenin iğne yaptığı sırada bir suçun işlendiğini öğrenmesine rağmen, suçu bildirme yükümlülüğünün olduğunu bilmemesi dolayısıyla suçu bildirmemesi halinde, haksızlık yanılgısı olduğu düşüncesindeyiz. Tersine haksızlık yanılgısında, yani failin kendisinin kamu görevlisi olduğunu bilmesine karşın, hatalı değerlendirmesi sonucunda kamu görevlileri tarafından işlenebilecek bir haksızlık gerçekleştirdiğini düşünmesi halinde varsayımsal suç söz konusu olur. Örneğin, bir sağlık mesleği mensubunun görevini icra ederken hastasının suç işlemiş olduğuna dair öğrendiği bilginin meslek sırrı kapsamında olduğunu ve bu sırrı açığa çıkarmanın suç olduğunu düşünmesi gibi.

5. Şahsi cezasızlık sebeplerinin tipikliğin objektif unsurlarından olan faillik ile ve normun öngördüğü uygun muhatap alanındaki kişiler tarafından işlenebilecek olan özgü suç ile yakından ilişkisi bulunmaktadır. Özgü suç ve şahsi cezasızlık sebebinin ortak yönleri, her ikisinin de faillik alanını sınırlandırması ve her ikisinin de kişisel olması dolayısı ile sadece uygun muhatap alanı için geçerli olmasıdır. Örneğin, TCK m.284’de yer alan “*tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme*” suçunda, hükmün dördüncü fıkrasına göre, bu suçların üstsoy, altsoy ya da kardeş tarafından işlenmesi halinde cezaya hükmolunmaz. Bu suçun failinin üstsoy, altsoy ya da kardeş olması halinde faillik alanı sınırlandırılmış olmakta ve bu halde şahsi cezasızlık sebebinin varlığı kabul edilmektedir.

X. “*Intraneus*”un özgü suçlardan müstakil fail olarak sorumlu olması bakımından genel suçlar ile arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Müşterek faillikte ise farklı durumların değerlendirilmesi gereklidir. Burada tartışmalı kısım, “*extraneus*”un “*intraneus*” tarafından işlenen özgü suça müşterek fail olarak iştirak edip edememesidir. Suçun birden fazla iştirak eden ile birlikte icra edilmesi halinde, iştirak eden diğer kişilerin sorumluluğu, müşterek failliğin hukuki fonksiyonu dikkate alındığında doğru cevaplandırılabilir. Bu fonksiyon, genel veya özgü suç tipinin kanuni şekline değil, haksızlık teşkil eden eylemin kendisine ilişkindir. Her fail, kendi işlediği suça göre cezalandırılmalıdır.

XI. “*Intraneus*”un özgü suçlarda dolaylı fail olarak ceza sorumluluğu meselesi, Türk doktrininde genellikle “*özgü suçta dolaylı faillik*” başlığı altında incelenmekte, arka plandaki ve ön plandaki kişinin “*intraneus*” ya da “*extraneus*” olmasına göre bir ayırım yapılarak inceleme yapılmamakta ve bu sebeple ulaşılan neticeler de karmaşık hale gelmekte ve çoğu kez doğru da olmamaktadır. “*Intraneus*”un “*extraneus*”u özgü suçun işlenişinde araç olarak kullanması halinde, ön plandaki kişi “*extraneus*”, arka plandaki kişi “*intraneus*”tur. Örneğin, kamu görevlisinin düzenlemek ile görevli olduğu bir resmi belgeyi başka bir şahsa düzenletmesi hali ya da kamu görevlisinin kendisine tevdi edilen bir şeyin mal edinmesini kamu hizmetlerinde görev yapmayan bir kişiye bırakması gibi. Bu hallerde kamu görevlisi resmi belgede sahtecilik ya da zimmet suçlarından dolayı

fail olarak sorumlu olabilecek midir? Düşüncemize göre, arka plandaki “*intraneus*”, hem tipe uygun olmayan ön plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurduğundan dolayı failliğin koşulunu gerçekleştirmekte hem de suçun kanuni tanımında yer alan özelliği taşıdığından özgü suçun faili olma koşulunu gerçekleştirdiğinden “*intraneus*”un dolaylı fail olarak sorumlu tutulması mümkündür. Bu değerlendirmemiz aynı zamanda “*intraneus*”un kendisinin işleyebildiği ve bu takdirde cezalandırılabilirdiği bir fiili “*extraneus*”a işleterek cezadan kurtulma yolunu seçmesinin de cazip hale gelmesini engellemeye yönelik mahiyettedir.

XII. “*Extraneus*”, özgü suçun yapısı gereği özgü suçtan müstakil fail olarak sorumlu tutulamaz. TCK m.40/2’de “*extraneus*”un müstakil fail olamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Düşüncemize göre, “*extraneus*”un özgü suçta müşterek fail olarak sorumluluğunun incelenmesinde gerçek özgü ve gerçek olmayan özgü suç ayrimından hareketle inceleme yapılması iştirakin yapısına uygun düşmektedir. “*Extraneus*”, gerçek özgü suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulamaz. Ancak “*extraneus*”un gerçek özgü suçtan müşterek fail olabileceğine ilişkin olarak TCK m.94/4’de normatif nitelikte istisna öngörülmüştür. Bu hükme göre, kamu görevlisi olmayan kişiler, kamu görevlisi olan kişiler ile birlikte işkence suçunu işlerlerse müşterek fail olarak sorumlu olurlar. Gerçek olmayan özgü suçlar bakımından ise, müşterek faillik özellik arz etmektedir. Şöyle ki; bu tür özgü suçlarda müşterek faillerden “*intraneus*”, suçun nitelikli şeklinden sorumlu olur iken, “*extraneus*” suçun nitelikli şeklinden şerik ve suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur. Failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesi gereğince de suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur.

XIII. “*Extraneus*”un özgü suçlarda dolaylı fail olarak cezalandırılıp cezalandırılmaması sorunsalında incelenmekte olan husus, “*extraneus*”un “*intraneus*”un fiili üzerinde hakimiyet kurması ve dolayısıyla “*intraneus*”u araç olarak kullanmasıdır. “*Extraneus*”un özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olmayacağını kabul etmekle birlikte ceza sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin değerlendirmede, iki aşamalı bir yol izlenmesini önermekteyiz. Öncelikle gerçek ve

gerçek olmayan özgü suç arasında ayırım yapılması ve ikinci olarak “*intraneus*”un kasten hareket edip etmemesinin dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Gerçek özgü suçta, “*intraneus*” kasten hareket etmemekte ise özgü suçtan dolayı şerik olarak ceza sorumluluğu olmaz. Ancak “*extraneus*”un fiili, başkaca bir genel suçu oluşturmakta ise, “*extraneus*”un genel suçtan dolayı fail olarak sorumluluğu söz konusu olabilir. Burada düşüncemize göre, cezalandırma açısından boşluk olsa dahi, ceza adaletsizliği bulunmamaktadır. Örneğin, bankada çalışan müşteri temsilcisinin havale işlemlerini yapma hususunda yetkili olan diğer çalışanı, gerçekte müşterinin havale talimatı olmamasına rağmen, yanıltarak varmış gibi havale işlemi yaptırması gibi. Bu suç, ilk bakışta zimmet suçudur (TCK m.247). Bu suç, gerçek özgü suçtur. Müşterinin talimatı olmaksızın havale işlemi yapan kişi, işlem yetkilisidir; onu yanıltan kişi ise, bu işlemi yapma yetkisi bulunmayan müşteri temsilcisidir. Bu örnekte, ön plandaki kişi, “*intraneus*”tur, arka plandaki kişi ise, “*extraneus*”tur. Burada arka plandaki “*extraneus*”un kastsız hareket eden ön plandaki “*intraneus*”u hataya sevk etmek suretiyle fiili üzerinde hakimiyet kurması söz konusudur. Bu haliyle dolaylı failliğin genel koşulu gerçekleşmiştir. Ancak “*extraneus*”, özgü suçtan fail olmak için gerekli olan kamu görevlisi niteliğini haiz olmadığı ve zilyetlik kendisine devredilmediği için zimmet suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olamaz. “*Intraneus*” kastsız hareket ettiği için “*extraneus*”, özgü suçtan şerik olarak da sorumlu olamaz. Ancak “*extraneus*”un fiiline karşılık gelen dolandırıcılık suçundan (TCK m.157) fail olarak sorumluluğu söz konusu olabilir.

Gerçek özgü suçta “*intraneus*”, kasten hareket etmekteyse sözcelimi cebir ya da tehdit altında suçu işlemiş ise, “*extraneus*” özgü suçtan şerik olarak sorumlu olabilir. “*Extraneus*”un fiili, genel başka bir suçu oluşturmakta ise bu suçtan dolayı failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince fail olarak sorumlu olabilir. Örneğin, bir kişinin, bir annenin çocuğunu beslemesine zorla engel olmak suretiyle aç kalarak ölmesine sebep olması gibi. Bu örnekte, kasten öldürmenin ihmali davranış ile işlenmesi suçu (TCK m.83) söz konusudur. Bu suç, gerçek özgü suçtur. Ön plandaki kişi yani anne, “*intraneus*”tur ve arka plandaki kişi “*extraneus*”tur. “*Intraneus*”, burada kasten hareket etmektedir. Bu halde “*intraneus*” kasten hareket ettiği için

“*extraneus*”, gerçek özgü suça azmettiren olarak sorumlu olabilir. Ayrıca burada düşüncemize göre, “*extraneus*”un fiili ile çocuğun ölmesi neticesi arasında nedensellik bağı ve objektif isnadiyet bulunduğu ve “*extraneus*”un fiil üzerinde hakimiyeti olduğundan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundaki özel haksızlığı gerçekleştiremese de, kasten öldürme suçunun temel şeklindeki haksızlığı gerçekleştirdiğinden bu suçtan fail olarak sorumlu olabilir. Neticede olayda, “*extraneus*” kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan (TCK m.83) azmettiren ve kasten öldürme suçundan (TCK m.81) fail olarak ve failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince de TCK m.81’den fail olarak sorumlu olur.

Gerçek olmayan özgü suçta ise, “*intraneus*”un kasten hareket edip etmesine göre ayırım yapılmasına gerek olmaksızın “*extraneus*”un özel faillik niteliğini haiz olmadığından bu suçtan sorumlu tutulamayacağını, ancak suçun herkes tarafından işlenebilen temel şeklinden dolayı sorumlu olacağını düşünmekteyiz. Örneğin, “*extraneus*” bir kimseyi hataya düşürerek babasını öldürmesini sağlarsa kasten öldürme suçunun üstsoy, altsoy, eş ya da kardeşe karşı işlenmesi (TCK m.82/1/d) suçundaki özel faillik niteliğini haiz olmadığından kasten öldürme suçunun temel şeklinden fail olarak sorumlu olmalıdır. Resmi belgede sahtecilik suçu bakımından ise, “*extraneus*”un TCK m.204/2’de yer alan “*gerçeğe aykırı olarak belge düzenleme*” fiilinden dolayı failliği sebebi ile TCK m.204/1’den sorumlu olması, gerçek olmayan özgü suçlarda dolaylı failin suçun temel şeklinden sorumlu tutulması anlayışımız ile bağdaşmasına rağmen, resmi belgede sahtecilik suçu bakımından fiilin tipik olmaması sorununu da beraberinde getirmektedir. Bu halde düşüncemize göre, “*extraneus*”un mevcut düzenleme bakımından TCK m.206’da yer alan “*resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan*” suçundan sorumlu olması gereklidir. Olması gereken hukuk bakımından ise, kamu görevlisinin hataya düşürülmesi fiilinde TCK m.206 ile sorun çözülürken kamu görevlisine cebir yahut tehdit uygulamak suretiyle gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi fiilinde cezalandırma boşluğu olduğundan ve bu durum da cezalandırma bakımından adaletsizliğe yol açtığından ayrı bir suç ihdas edilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Kamu görevlisinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle resmi belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesinin sağlanması

veya böyle bir belgenin kullanılması fiillerinin daha geniş bir anlatımla resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faillik yoluyla işlenmesinin ayrı bir suç olarak ihdas edilmesini önermekteyiz.

XIV. “*Intraneus*”un özgü suçtan şerik olarak sorumluluğu incelenirken, gerçek özgü suç ve gerçek olmayan özgü suç arasında ayrım yapılmalıdır. Gerçek özgü suçlarda suça iştirak eden “*intraneus*”, gerçek özgü suçtan şerik olarak sorumlu olmalıdır. Burada ana fiili gerçekleştiren fail de, “*intraneus*”tur. Çünkü gerçek özgü suçun “*extraneus*” tarafından gerçekleştirilmesi halinde “*intraneus*”un sorumlu tutulabileceği ana fiil bulunmamaktadır. Gerçek olmayan özgü suçlarda ise, TCK’da kabul edilen bağlılık kuralı anlayışına göre, “*intraneus*” şerikin failin işlediği suçtan şerik olarak sorumlu tutulması gerektiğinden failin işlediği suç belirlenmelidir. Bu halde “*intraneus*” şerik, fail “*intraneus*” ise, suçun nitelikli şeklinden sorumlu olur iken, fail “*extraneus*” ise, suçun temel şeklinden sorumlu olmalıdır. Örneğin, kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçuna şerik olarak iştirak eden “*intraneus*”, TCK m.204/2’de yer alan suçun nitelikli şeklinden; kamu görevlisi olmayan bir kişi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçuna şerik olarak iştirak eden “*intraneus*” ise, TCK m.204/1’de yer alan suçun temel şeklinden sorumlu olur.

XV. “*Intraneus*”, özgü suça şerik olarak iştirak edebileceği gibi genel suça da şerik olarak iştirak edebilir. Bu halde TCK m.40’da kabul edilen bağlılık kuralı anlayışına göre “*intraneus*”, asıl failin işlediği genel suçtan dolayı iştirake ilişkin genel kurallara göre sorumlu olur. Örneğin, kasten yaralama suçuna şerik olarak iştirak eden bir kamu görevlisi, genel suç olan kasten yaralama suçundan dolayı şerik olarak cezalandırılır. Ancak Alm. CK § 28/2 hükmüne göre ise, şerik failin işlediği suçun niteliğine bağlı kalmaksızın kendi sahip olduğu niteliğe uygun suçtan dolayı sorumlu olabilmektedir. Böylece genel suça iştirak eden “*intraneus*”, fail genel suçtan sorumlu olsa dahi, kendisi özgü suçtan şerik olarak sorumlu olabilmektedir.

XVI. “*Extraneus*”, özgü suçun uygun muhatap alanı dışında kaldığı için bu haksızlık tipini gerçekleştirememek ile birlikte özgü suça katkı sunabilir. Dolayısıyla

normun öngördüğü faillik alanı dışındaki kişi, suça katkı sunmama yükümlülüğü sebebi ile şerik olarak sorumlu olur. Bu izaha rağmen, “*extraneus*”un fiilinin haksızlık teşkil ettiği ve fail olarak cezalandırılmamasının adalete uygun düşmediği düşünülebilir. Ancak şüphesiz ceza politikası gereği “*extraneus*”un fiili bir hukuki değeri ihlal ediyorsa, herkes tarafından işlenebilecek bir genel suç olarak düzenlenebilir. Ayrıca ceza kanunlarında, “*extraneus*”un “*intraneus*”a yardımının ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlendiği ve bu şekilde özel niteliği haiz olmayan kişilerin bu suçlardan fail olarak sorumlu olabileceği düzenlemelere de rastlamaktayız. Bu durum, ihlal edilen hukuki değer nazarı itibara alınarak bir suç normunun ihdas edilmesi gerekliliği ile ilgilidir. Bu halde, “*extraneus*” failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği özgü suça şerik olarak değil, bağımsız olarak ihdas edilen suçtan fail olarak sorumlu tutulmalıdır.

XVII. “*Extraneus*”un cezai sorumluluğunun belirlenmesinde üç aşamalı bir yol izlenmesini önermekteyiz. İlk olarak, iştirak bakımından farklı hukuki neticelerinin olması sebebiyle iştirak edilen suçun gerçek özgü suç mu yoksa gerçek olmayan özgü suç mu olduğu tespit edilmelidir. İkinci olarak, “*extraneus*”un suça fail olarak mı yoksa şerik olarak mı iştirak ettiği belirlenmelidir. Üçüncü olarak ise, gerçek olmayan özgü suç söz konusu ise suçun temel şeklinden mi yoksa nitelikli şeklinden mi sorumlu olduğu belirlenmelidir. Düşüncemize göre, “*extraneus*”un özgü suçtan şerik olarak sorumluluğunun gerçek özgü suç ile gerçek olmayan özgü suç arasında ayırım yapılarak ve gerçek olmayan özgü suç bakımından da suça iştirak şekli göz önüne alınarak değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. Gerçek özgü suçta mevcut düzenlemeye göre “*extraneus*”, fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olsa, “*intraneus*” ile işbirliği içerisinde fiili işlese dahi özgü suçtan sadece şerik olarak sorumlu olabilir. Gerçek olmayan özgü suç bakımından ise, “*extraneus*”un fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olması veya şerik olarak suça iştirak etmiş olması farklı hukuki neticeler doğuracağından bu husus tespit edilmelidir. Üçüncü olarak, “*extraneus*”un gerçek olmayan özgü suç bakımından suçun temel şeklinden mi yoksa nitelikli şeklinden mi sorumlu olduğu belirlenmelidir. Mevcut düzenlemeye göre “*extraneus*”, “*intraneus*” ile birlikte suçu işlemiş ise, suçun nitelikli şeklinden

şerik olarak sorumlu olur iken, aynı zamanda suçun temel şeklinden de fail olarak sorumlu olur ve failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği suçun temel şeklinden fail olarak cezalandırılır. Aksi durumda yani gerçek olmayan özgü suçlarda “*extraneus*” şerikin “*intraneus*” tarafından işlenen suçun nitelikli şekline azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmesi halinde suçun nitelikli şeklinden şerik olarak sorumlu olur.

XVIII. “*Extraneus*”un özgü suçtan şerik olarak sorumluluğu konusunda Yargıtay tarafından verilen kararlarda bir kısım problemler tespit etmekte ve bu problemlerin çözümüne yönelik öneriler sunmaktayız. Şöyle ki;

1. Suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kişinin belirli özelliği haiz olmadığı hallerde, kişinin azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmek ile birlikte azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulmasının gerekçesinin açıklanmadığı ve şeriklik türüne karar verilirken hukuki dayanağın gösterilmediği kararları bulunmaktadır. Düşüncemize göre, “*extraneus*”un özgü suçtan dolayı azmettiren ya da yardım eden olarak hangi şeriklik türüne göre sorumlu olmasına ilişkin tespitten evvel “*extraneus*”un özgü suçu fiil üzerinde hakimiyet kurarak işlemesi veyahut şerik olarak iştirak etmesi arasında ikili bir ayrım yapılmalıdır. “*Extraneus*”un özgü suçu azmettiren ya da yardım eden olarak işlemesi halinde herhangi bir problem bulunmamaktadır. Bu halde, iştirake ilişkin genel kurallara göre şeriklik türlerinden hangisinin koşulları sağlanmaktaysa ona göre cezai sorumluluğu belirlenmelidir. Ancak “*extraneus*”, özgü suçu fiil üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle işlemişse ve fail olmak için gerekli olan özel niteliği haiz olmaması sebebi ile fail olarak sorumlu tutulamamakta ise, azmettiren olarak mı yoksa yardım eden olarak mı cezalandırılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu halde, gerçek özgü suç ve gerçek olmayan özgü suç arasında ayrım yapılmalıdır. Eğer gerçek olmayan özgü suç söz konusu ise, “*extraneus*” suçun temel şeklinden fail olarak cezalandırılmalıdır, ancak gerçek özgü suç söz konusu ise fiil üzerinde hakimiyet kurduğu, fail için öngörülen özelliği ya da yükümlülüğü haiz olmadığı için fail olamadığından azmettiren olarak cezalandırılmalıdır.

2. Sanığın yardım etmeden dolayı cezalandırılmasının daha lehe olacağı gözetilmeden karar verilmesinin bozma sebebi olarak kabul edildiği kararları da bulunmaktadır. Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarına katılmamaktayız. Yardım etmenin cezasının azmettirmeye göre daha lehe olması gerekçesi ile yardım etmeden cezalandırılması gerektiğinin ifade edilmesi, her durum ve koşulda “*extraneus*”un yardım eden olarak cezalandırılması neticesini doğuracak niteliktedir. Oysaki bu problemin çözümü, kanunilik ilkesini ihlal eder şekilde yapılan bu yöndeki uygulama gibi olmamalıdır. Normatif düzenleme önerimiz, bu soruna yönelik çözümü de ihtiva etmektedir.

3. Yargıtay tarafından verilen kararlarda “*extraneus*”un şerik olarak cezalandırılması gerektiği ifade edilirken şerikin failin özel niteliğini bilip bilmediği üzerinde durulmamaktadır. Hukukçular tarafından dahi ancak araştırma yolu ile edinilebilecek bilginin hukukçu olmayan kişi tarafından bilinmesinin beklenmediği hallerde özgü suça şerik olarak sorumlu tutulmasının en başta şerik olmanın koşullarını taşıması sebebi ile hatalı olduğu düşüncesindeyiz. Özgü suça iştirake, “*extraneus*”un sorumlu olması için iştirak bilincine sahip olması gereklidir ve sorumluluk, failin özel niteliğinin bilip bilinmemesine göre değişmektedir. Eğer “*extraneus*” şerik, failin özelliğini biliyorsa özgü suça şeriklikten sorumlu olacaktır. Aksi takdirde, “*extraneus*”, failin özelliğini bilmiyor ise özgü suça şeriklikten sorumluluğu olmayacaktır. Bu halde “*extraneus*”un suça katkısı başka bir suçu oluşturuyorsa ve faillik için gerekli koşullar gerçekleşmiş ise, o suçtan dolayı sorumluluğu olacaktır.

XIX. Gerçek özgü suçlarda “*intraneus*”un ve “*extraneus*”un aynı şekilde cezalandırılması, herhangi bir ayırımın gözetilmemesinin cezalandırma bakımından adaletsiz sonuçlara yol açtığı düşüncesindeyiz. Suç tipinde faillik alanı sınırı içerisinde bulunan kişinin şerik olarak katkısı ile uygun muhatap alanı dışında olan kişinin şerik olarak katkısı hiç şüphesiz aynı derecede değildir. Kanunda gerçek özgü suçlardan şerik olarak sorumluluk açısından “*intraneus*” ile “*extraneus*” arasında ceza bakımından farklılık öngörülmesi gerektiği, bu anlamda “*extraneus*”un

cezasında “*intraneus*”un cezasına göre belli oranda indirim yapılmasının ceza adaleti açısından daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

XX. İhmali özgü suça şerik olarak iştirak eden kişi, “*intraneus*” olabileceği gibi “*extraneus*” da olabilir. “*Intraneus*”un ihmali özgü suça şerikliğinde özgü suça iştirake ilişkin genel kurallar uygulanacağından ihmali özgü suçlarda “*extraneus*”un şerikliği ayrı olarak incelenmiştir. İhmali özgü suçlarda, garantörün neticeyi önlememesi hususunda ikna edilmesi halinde azmettirme söz konusu olur. Garantörün yükümlülüğünü ihmal etmesine maddi ya da manevi olarak destek olunmasında ise yardım etme söz konusu olur. “*Extraneus*”, ihmali özgü suça icrai hareket ile iştirak edebileceği gibi ihmali hareket ile de iştirak edebilir. İhmali özgü suçlarda “*extraneus*”un ihmali hareket ile şerikliği mümkündür. İhmali suça ihmali hareket ile azmettirme, kanunda azmettirme için aranan koşulların ihmal suretiyle azmettirmede bulunmaması ve hiçbir şey yapmayarak azmettirmenin olanaklı olmaması dolayısıyla kabul edilmemektedir. İhmal suretiyle yardım etme ise, yardım niteliği taşıyan hareketin icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali bir davranış ile de gerçekleştirilmesi mümkün olduğundan kabul edilmektedir. Gerçek olmayan ihmali suçlarda şerikin “*intraneus*” olup olmaması gerektiği, yani ihmali suça şerik sıfatı ile iştirak edebilmek için şerikin neticeyi önleme hususunda hukuki yükümlülüğünün bulunup bulunmaması gerektiği tartışmalıdır. Düşüncemize göre, şerikin suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği haiz olması gerekmemektedir. Bu koşul, yalnızca fail olmak için gereklidir. Gerçek olmayan ihmali suçlar da özgü suç grubuna dahil olduğundan ve bu konuda istisna öngörülmediğinden “*extraneus*”un şerik olarak sorumlu olamamasına ilişkin görüşe katılmamaktayız.

XXI. Özgü suç ve bağlılık kuralı arasındaki ilişki yönünden özgü suçlarda “*extraneus*”un fail olamamasının özgü suçun yapısı gereği olduğunu, ancak “*extraneus*”un özgü suçtan şerik olarak sorumlu tutulmasına ilişkin kuralın özgü suçun yapısından kaynaklanmayıp bağlılık kuralının bir neticesi olduğunu düşünmekteyiz. Bağlılık kuralı olmasa idi, “*extraneus*” özgü suçtan yine fail olarak sorumlu tutulamazdı, ancak bununla birlikte ya fiili cezasız kalırdı ya da şerik olarak da ne şekilde sorumlu tutulacağı belirsiz kalmış olurdu. Dolayısıyla “*extraneus*”un

şerik olarak sorumlu tutulması, bağlılık kuralının bir neticesi olarak tezahür etmekte ve aynı zamanda hukuki dayanağını da bağlılık kuralı oluşturmaktadır. Özgü suçlarda iştirakte bağlılık kuralı gereğince şerikin sorumlu olabilmesi için failin suçun kanuni tanımında öngörülen belirli özelliği haiz olması, yani “*intraneus*” olması gereklidir.

XXII. Kişisel sebeplerin sirayeti ve bağlılık kuralı arasındaki ilişki yönünden doktrinde kişisel sebeplerin sirayetinin kanunda bilinçli bir şekilde düzenlenmemesini yerinde gören ve bu durumu eksiklik olarak değerlendiren görüş olmak üzere iki ayrı görüş bulunmaktadır. Düşüncemize göre, mevcut düzenleme göz önüne alındığında bağlılık kuralı ile failden şerike sirayet edemeyecek unsurlar belirlenmiş olduğundan ayrıca bir düzenleme ihtiyacı bulunmamakta, bağlılık kuralı ile sirayet meselesi arasında doğrudan ilişki olduğundan dolayı bağlılık kuralının yasada düzenlenmesi ile birlikte sirayet meselesi de belirliliğe kavuşmuş olmaktadır.

XXIII. Türk doktrininde de, Alman doktrininde de nitelikli halin sirayeti hususunda nitelikli halde yer alan sebebin fiile ya da faile ilişkin olup olmamasına ilişkin ayırım yapıldığını görmekteyiz. Bu ayırım amaçlandığı gibi yapılabilmekte midir ve böyle bir ayırma gerek var mıdır? 5237 sayılı TCK’da nitelikli hallerin fiili ya da kişisel sebep olarak ayırma tabi tutulmamasını, 765 sayılı TCK dönemindeki belirsizliklerin ve halihazırda Alm. CK § 28’de bu sebepten dolayı ortaya çıkan tartışmaların benzerlerinin yaşanmaması açısından doğru bulmaktayız. Fiile bağlı sebepler ve faile bağlı sebepler ayırımının teorik bir dayanağı bulunmamaktadır. Çünkü sebeplerin faile bağlı yahut fiile bağlı olmasına dayanan bir ayırım, hangi kriter önerilirse önerilsin objektif açıdan belirlilik sağlayamayacaktır. Düşüncemize göre, şerikin failin fiilinden dolayı bilme koşulu ile sorumlu olmasına ilişkin bağlılık kuralından ve kusura ilişkin sebeplerin sirayetin kapsamı dışında bırakılmış olmasından dolayı günümüzde böyle bir ayırma ihtiyaç kalmamıştır.

XXIV. Özgü suça iştirakte nitelikli hallerin sirayeti meselesindeki asıl sorun, şerikin sahip olduğu nitelikli halden dolayı cezalandırılmamasından kaynaklanmakta ve bu durum cezalandırma bakımından adaletsiz neticelere yol

açmaktadır. Bahse konu bu probleme ilişkin çözüm önerisi normatif düzenlemede değişikliği gerekli kılmaktadır. Gerçek olmayan özgü suçlarda, suçun kanuni tanımında öngörülen özel niteliği haiz olan şerikin failin sorumlu olduğu suçun temel şekline bağlı olmaksızın özgü suçtan cezalandırılabilmesine yönelik normatif düzenleme yapılması ihtiyacı bulunmaktadır. Önerimize göre, gerçek olmayan özgü suçlarda şerikin özel niteliği haiz olduğu ve ancak failin haiz olmadığı haller ile sınırlı olmak suretiyle şerikin failin fiili ile bağılılığı kaldırılarak suçun nitelikli şeklinden sorumlu tutulmasına yönelik düzenleme yapılmasını önermekteyiz.

XXV. Özgü suça ilişkin normatif düzenleme önerimiz şu şekildedir :

1. Özgü suç, TCK'da bağılılık kuralı dışında ayrı bir hüküm ile düzenlenmelidir. Bu hükümde özgü suça ilişkin iştirak kuralına yer verilmelidir.

2. “Özgü suça iştirak” madde başlığı ile düzenlenmesini önerdiğimiz hükmün ilk fıkrasında, TCK m.40/2 düzenlemesine aynı şekilde yer verilmeli ve devamında gerçek ve gerçek olmayan özgü suça iştirak kuralı olarak iki ayrı fıkra düzenlenmelidir.

3. Türk ceza hukukunda ceza adaletsizliğine yol açtığını düşündüğümüz ilk problem, gerçek özgü suçlarda özel niteliği haiz olmayan şerik ile özel niteliği haiz olan şerikin aynı cezayı almasıdır. TCK'da “özü suça iştirak” başlıklı maddenin ikinci fıkrasını gerçek özgü suça iştirak kuralı oluşturmalı ve bu kuralda, suçun kanuni tanımında yer alan belirli bir özellik ya da yükümlülüğü haiz olmayan kişinin özgü suçtan ancak şerik olarak sorumlu tutulabileceği ve bu kişinin cezasının özel niteliği haiz olan kişiye göre öngörülecek olan alt ve üst sınırlar içerisinde indirilebileceği düzenlenmelidir.

4. Türk ceza hukukunda ceza adaletsizliğine yol açtığını düşündüğümüz ikinci problem, gerçek olmayan özgü suçlarda, suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği failin haiz olmadığı, ancak şerikin haiz olduğu hallerde şerikin failin fiiline bağılı olarak suçun temel şeklinden sorumlu tutulması ve bu durumun özel niteliği haiz olan kimselerin suçun faili olmak yerine şeriki olmalarının daha cazip hale

gelmesidir. TCK’da “*özgü suça iştirak*” başlıklı maddenin üçüncü fıkrasını gerçek olmayan özgü suça iştirak kuralı oluşturmalı ve bu kuralda, gerçek olmayan özgü suçlarda şerikin özel niteliği haiz olduğu ve ancak failin haiz olmadığı haller ile sınırlı olmak suretiyle şerikin failin fiili ile bağılılığı kaldırılarak suçun nitelikli şeklinden sorumlu tutulmasına yönelik düzenleme yapılmalıdır.



KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin:

Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı,
Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Akbulut, Berrin:

“Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi**, Cilt:14, Yıl:2010, Sayı:1,
s.167-214.

Allfeld, Philipp:

Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 9.
Auflage, A.Deichertsche
Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1934.

Algan, Hazal:

**Türk Ceza Kanunu’nda Organ ve Doku
Ticareti Suçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara,
2018.

Androulakis, Nikolaos K.:

**Studien zur Problematik der Unechten
Unterlassungsdelikte**, C.H. Beck’sche
Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1963.

Apaydın, Cengiz:

“**Ceza Hukukunda Kast Kavramı**”,
Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2008.

Artuç, Mustafa

2006-2007-2008 İctihatları ile Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Akkaya, Çetin

Gedikli, Cemil:

Artuk, Mehmet Emin

Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Gökçen, Ahmet

Alşahin, Mehmet Emin

Çakır, Kerim:

Auerbach, Heinz:

Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1978.

Aydın, Devrim:

Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Aynural, Ömer Metehan:

Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m.179/3), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Baumann, Jürgen

Strafrecht AT, 11. neubearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.

Weber, Ulrich

Mitsch, Wolfgang:

Bakıcı, Sedat:

5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Bambach, Georg:

Die Straflosigkeit Der Teilnahme am Sonderdelikt, Bensheim, 1963.

Bachmann, Jochen:

Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

Baumbach von Kaimberg,
Ernst:

Das Wesen des Sonderverbrechens insbesondere die Teilnahme am Sonderverbrechen, Strassburg, 1917.

Başbüyük, İsa:

“Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:12, Özel Sayı, 2010, s.1443-1485.

Bayraktaroğlu, Eylem Baş:

“Fail ve Mağdur”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.

Bekar, Elif:

Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No:12, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- Berster, Lars: **Das unechte Unterlassungsdelikte**, Duncker & Humblot, Berlin, 2014.
- Birtek, Fatih: **Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Blei, Hermann: **Strafrecht I AT**, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1977.
- Bohlander, Michael: **Principles of German Criminal Law**, Hart Publishing, Portland, 2009.
- Bock, Dennis: **Strafrecht AT**, Springer-Verlag, Berlin, 2018.
- Bockelmann, Paul
Volk, Klaus: **Strafrecht AT**, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1987.
- Börker, Rudolf: “Der Irrtum des Unterlassungstäters über die Rechtspflicht zum Handeln”, **Juristische Rundschau**, Sayı:3, 1956, s.87-90.
- Brammsen, Joerg: **Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten**, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.
- Centel, Nur
Zafer, Hamide: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Çakmut, Özlem:

Chen, Jyh-Huei:

Das Garantensonderdelikt, Duncker & Humboldt, Berlin, 2006.

Dannecker, Gerhard:

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich
Strafgesetzbuch, 5. Auflage, 2017.

Demirbaş, Timur:

Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Deichmann, Marco:

Grenzfälle der Sonderstrafat, Duncker & Humblot & Berlin, 1994.

Demirel, Muhammed:

Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi No:10, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Donay, Süheyl:

Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

Dönmezer, Sulhi:

Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

Dönmezer, Sulhi

Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt:1, 7. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1979.

Erman, Sahir:

Dönmezer, Sulhi

Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt:2, 7.

- Erman, Sahir: Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.
- Engelsing, Herbert: **Eigenhändige Delikte**, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1926.
- Endrulat, Bastian: **Der “Umgekehrte Rechtsirrtum” Untauglicher Versuch und oder Wahndelikt?**, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- Ercan, İsmail: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Erem, Faruk: **“Suça İştirak”**, s.62-107 (çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/238/2088.pdf>, 08.08.2018.
- Erdem, Mustafa Ruhan: **“Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortağı”, Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı:5, 2005, s.204-215.
- Eroğlu, Fulya: **“Genital Muayene Suçları (TCK m.287)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, 2010/1, Cilt:II, s.1127-1142.
- Erman, Ragıp Barış: **“Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

Erbaş, Rahime:

Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No: 24, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Evik, Vesile Sonay:

Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Freund, Georg:

Strafrecht AT, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2009.

Freye, Karl:

Gibt es eigenhändige Delikte?, Buchdruckerei Richard Mayr., Würzburg, 1935.

Frister, Helmut:

Strafrecht AT, 7. Auflage, C.H. Beck, München, 2015.

Gätzler, Bernward:

Die Besonderen Persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des § 50 Abs. 2. StGB, München, 1955.

Gerl, Andreas:

Die Besonderen Persönlichen Merkmale Im Sinne Des § 28 StGB, Berlin, 1975.

Gökçen, Ahmet

Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Balcı, Murat:

Gökcen, Ahmet

Balcı, Murat:

Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m.81-83, 86-88, 91-93), 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Gökcen, Ahmet

Balcı, Murat:

“Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)”, **MÜHF – HAD**, Cilt:17, S.1-2, s.95-218.

Grunst Bettina:

“Anmerkung zu BGH, NStZ 1995, 405”, <https://beck-online.beck.de/Home> (çevrimiçi) 04.12.2018).

Gropp, Walter:

Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2015.

Gündel, Ahmet:

5237 Sayılı TCK’da Zimmet-Sahtecilik-Dolandırıcılık-Yağma-Hırsızlık-Güveni Kötüye Kullanma Suçları, y.y., Ankara, 2009.

Güngör, Devrim:

Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Gündüz, Remzi:

Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017.

Hafizoğulları, Zeki

Özen, Muharrem:

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017.

- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Heinrich, Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Kohlhammer GmbH, Stuttgart, 2016.
- Heine, Günther
Weißer, Bettina: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, 29. Auflage, 2014.
- Heintschel-Heinegg, Bernd: **von Heintschel-Heinegg Bernd BeckOK StGB**, 38. Edition, 2018.
- Heidland, Fritz: **Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 50 Abs.2 StGB**, Berlin, 1971.
- Herzberg, Rolf Dietrich: “Eigenhändige Delikte”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, Cilt:82, 1970, s.896-947.
- Herzberg, Rolf Dietrich: **Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip**, Walter de Gruyter, Berlin, 1972.
- Hippel, Robert: **Deutsches Strafrechts**, Springer Verlag Berlin Heidelberg GmbH, 1971.

- Hoffmann-Holland, Klaus: **Strafrecht AT**, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- Hoyer, Andreas: **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 8. Auflage, 2014.
- Hoffmanns, Sebastian: “Der Tatumstandsirrthum im deutschen und türkischen Strafrecht”, Ed. Walter Gropp/Bahri Öztürk/Adem Sözüer/Liana Wörner, **Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht**, Nomos, s.277-301.
- İçel, Kayıhan
Sokullu-Akıncı Füsün
Özgenç, İzzet
Sözüer, Adem
Mahmutoğlu, Fatih S.
Ünver, Yener:
- İçel, Kayıhan
Evik, A. Hakan:
- İçel, Kayıhan:
- İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- “Görünüşte İçtima İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:7, Sayı:14, 2008, s.35-49.

İçel, Kayıhan:

Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası,
Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Ingelfinger, Ralph:

Dölling/Duttge/König/Rössner **Gesamtes
Strafrecht**, 4.Auflage, Nomos
Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017.

İnanç, Zekeriya Alper:

“Türk Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu”,
Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan,
2010.

Jakobs Günther:

Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage,
Walter de Gruyter, Berlin, 1991.

Jescheck, Hans Heinrich:

Lehrbuch des Strafrecht Allegemeiner Teil,
5. Auflage, Duncker & Humblot GmbH,
Berlin, 1996.

Joecks, Wolfgang:

Münchener Kommentar zum StGB, 3.
Auflage, 2017.

Kasiske, Peter:

**Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner
Teil**, 2.Auflage, Verlag W. Kohlhammer
GmbH, Stuttgart, 2016.

Kaufmann, Arthur:

“Bemerkungen zum Irrtum beim unechten
Unterlassungsdelikat”, **JuristenZeitung**,
Sayı:16, 1963, s.504-506.

Kaymaz, Seydi:

“5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:16, Sayı:2, Yıl:2012, s.117-167.

Käpernick, Hans:

Die Akzessorietät der Teilnahme und die sog. mittelbare Täterschaft, Universitätsverlag von Robert Noske in Leipzig, 1932.

Kindhäuser, Urs:

Strafrecht AT, 7. Auflage, Nomoslehrbuch, Baden-Baden, 2015.

Kitapçıoğlu, Tülay:

“Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:18, Sayı:1, Yıl:2012, s.297-331.

Koca, Mahmut

Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Üzülmez, İlhan:

Koca, Mahmut

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Üzülmez, İlhan:

Koca, Mehmet Reis:

Zimmet-İrtikap-Rüşvet Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

- Kohlrausch, Eduard: **Irrtum und Schuldbegriff**, J.Guttentag
Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1903.
- Kolcu, Selahattin: **“TCK’da Suçu Bildirmeme Suçu”**, İstanbul
Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.
- Kudlich, Hans: **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB
Kommentar**, 38. Edition, 2018.
- Kunert, Karl Heinz: **Die Normativen Merkmale der
Strafrechtlichen Tatbestände**, Walter de
Gruyter & Co., Berlin, 1958.
- Kühl, Kristian: **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch**, 28.
Auflage, 2014.
- Küper, Wilfried: **“Besondere persönliche Merkmale’ und
‘spezielle Schuldmerkmale”**, **ZStW**, Sayı:3,
104 (1992).
- Krause, Eva Julia: **Sonderdelikte im Wirtschaftsstrafrecht**,
Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008.
- Krey, Volker
Esser, Robert: **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5.
Auflage, Verlag W. Kohlhammer GmbH,
Stuttgart, 2012.
- Langer, Winrich: **Das Sondernverbrechen**, Duncker &
Humblot, Berlin, 1972.

Langer, Winrich:

Die Sonderstraftat, Duncker & Humblot, 2. Auflage, Berlin, 2007.

Langer, Winrich:

“Zum Begriff der ‘besonderen persönlichen Merkmale’”, **Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, s.241-264.

Mayer, Hellmut:

Strafrecht AT, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1967.

Mayer, Max Ernst:

Der Allgemeine Teil Des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923.

Malkoç, İsmail:

Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-81), 1. Cilt, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013.

Maurach, Reinhart

Zipf, Heinz:

Strafrecht AT-Teilband 1, 8. neubearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992.

Maurach, Reinhart

Gössel, Karl Heinz

Zipf, Heinz:

Strafrecht AT-Teilband 2, 8. neubearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 2014.

- Mahmutoğlu, Fatih S. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Karadeniz, Serra:
- Martin, Julia A.: **Sonderdelikte im Umweltstrafrecht**, V & R, Osnabrück, 2006.
- Metiner, Haydar **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri**, 2. Cilt, y.y., Ankara, 2008.
- Koç, E. Ahsen:
- Mezger, Edmund: **Strafrecht AT**, 10. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih ve Berlin, 1963.
- Mosenheuer, Andreas: **Unterlassen und Beteiligung**, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- Momsen, Carsten **Bernd von Heintschel-Heinegg StGB Kommentar**, 38. Edition, 2018.
- Laudien, Sebastian:
- Murmann, Uwe: **Grundkurs Strafrecht**, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2017.
- Müller, Henning Erst: **Münchener Kommentar zum StGB**, 3. Auflage, 2017.
- Nagler, Johannes: **Die Teilnahme Am Sonderverbrechen**, Verlag Von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.

Niepoth, Burkhard:

Der Untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 1994.

Onarok, Canberk:

“Türk Ceza Hukuku’nda Faillik”, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.

Otaç, Cengiz

Öztekin, Murat

Özaydın, Fatih:

Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları), 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Otto, Harro:

“Straflose Teilnahme”, **Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1976, s.197-217.

Önok, Murat:

Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Önder, Ayhan:

Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

Özgenç, İzzet:

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Özgenç, İzzet:

Suçta İştirakın Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, 1996.

Özgenç, İzzet:

“Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1-2, Yıl:1994, s.159-190.

Özgenç, İzzet:

“Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1-2, s.329-348.

Özgenç, İzzet:

“İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt:2, Sayı:1-2, 2014, s.1-10.

Öztürk, Bahri

Erdem, Mustafa R.:

Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Özen, Mustafa:

Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Özen, Mustafa:

“5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, **TBB Dergisi**, Sayı:70, 2007, s.239-253.

Özbek, Veli Özer:

TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Cilt:1, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Özbek, Veli Özer

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Kanbur, Mehmet N.

Doğan, Koray

Bacaksız, Pınar

Tepe, İlker:

Özenbaş, Nazmiye:

“Yetkili Kamu Görevlisince İşlenen Resmi Belgede Sahtecilik Suçu”, **Electronic Journal of Vocational Colleges**, Cilt:05, Sayı:03, Yıl:2015, s.387-405.

Pape, Gerhard

Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus

Uhlenbruck, Wilhelm

Insolvenzrecht, 2. Auflage, 2010.

Voigt-Salus, Joachim:

Parlar, Ali

Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2008.

Hatipoğlu, Muzaffer:

Parlar, Ali

5237 Sayılı TCK’da Suça Teşebbüs İştirak – İctima ve Yaptırımlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Hatipoğlu, Muzaffer:

- Perron, Walter: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, 29. Auflage, 2014.
- Puppe, Ingeborg: **Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich Strafgesetzbuch**, 5. Auflage, 2017.
- Ransiek, Andreas: “Das unechte Unterlassungsdelikt”, **JuS**, 2010, 490.
- Radtke, Henning: “Besondere persönliche Merkmale gem. § 28 StGB”, **JuS**, 2018, 641-647.
- Radtke, Henning: **Münchener Kommentar zum StGB**, 3. Auflage, 2017.
- Rengier, Rudolf: **Karlsruher Kommentar zum OWiG**, 5. Auflage, 2018.
- Robbers, Gerhard: **Einführung in das deutsche Recht**, 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Roxin, Claus: **Jähnke/Laufhütte/Odersky Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 11. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2003.
- Roxin, Claus: **Strafrecht AT**, Band I, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006.

- Roxin, Claus: **Strafrecht AT**, Band II, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2003.
- Roxin, Claus: **Täterschaft und Tatherrschaft**, 8. Auflage, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin, 2006.
- Satzger, Helmut: “Der irrende Garant – zur Abgrenzung von Tatbestands- und Gebotsirrtum beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt”, **JURA**, Cilt:33, Sayı:6, 2011, s.432-437.
- Sancar, Türkan Yalçın: **Çok Faili Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.
- Sarıtaş, Erkan: “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”, **İÜHF**, Cilt:LXXI, Sayı:1, 2013, s.1051-1108.
- Sarıtaş, Erkan: **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221)**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi No:13, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Sangenstedt, Christof: **Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern**, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989.
- Schwerdtfeger, Dirk: **Besondere persönliche Unrechtsmerkmale**, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1992.

Schmitz, Roland

Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2015.

Wulf, Martin:

Schünemann, Bernd:

**Jähnke/Laufhütte/Odersky
Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 11. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2003.

Schünemann, Bernd:

Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1971.

Schmidhäuser, Eberhard:

“Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB)”, **JuristenZeitung**, Say:11/12, 1979, s.361-369.

Schmidhäuser, Eberhard:

Strafrecht AT, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982.

Schweinberger, Dirk:

Strafrecht AT I, 4. Auflage, Jura Intensiv Verlags, Frankfurt, 2016.

Schweinberger, Dirk:

Strafrecht AT II, 4. Auflage, Jura Intensiv Verlags, Frankfurt, 2015.

Schäfer, Gerhard

Praxis der Strafzumessung, 6. Auflage, 2017.

Sander, Günther

Gemmeren, Gerhard van:

- Schmidt, Rolf: **Strafrecht AT**, 19. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH, Hannover, 2018.
- Schröder, Horst: “Eigenhändige und Sonderdelikte bei Fahrlässigkeitstatbeständen”, **Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag**, Ludwig Röhrscheid Verlag, Berlin, Bonn, 1963, s.233-241.
- Schlüchter, Ellen: **Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.
- Schrägle Hannes: **Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt**, Duncker & Humblot, Berlin, 2017.
- Schürmann, Hannes: **Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz**, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.
- Schroeder, Friedrich Christian: **Der Täter hinter dem Täter**, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Sözüer, Adem: **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama

Merkezi, 2015.

Sözüer, Adem:

Suçta Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları
No:134, İstanbul, 1994.

Sözüer, Adem:

“Die Reform des türkischen Strafrechts”,
ZStW, Sayı:3, 119 (2007), s.91-123.

Stratenwerth, Günter

Strafrecht AT I, 5. Auflage, Carl Heymanns
Verlag, Köln, 2004.

Kuhlen, Lothar:

Sturm, Walter:

**Die Entwicklung der Sonderverbrechen in
Wissenschaft und Rechtsprechung seit dem
19. Jahrhundert**, Graphische Werkstätten,
Gatzer & Hahn, Schramberg (Schwarzwald),
1939.

Stein, Ulrich:

**Die Strafrechtliche
Beteiligungsformenlehre**, Duncker &
Humblot, Berlin, 1988.

Südbeck Bernard

Kapitalmarktstrafrecht, 4. Auflage, 2017.

Eidam Lutz:

Şahin, Meral Ekici:

“İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki
Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,
Cilt:64, Sayı:3, 2015, s.637-686.

- Şen, Ersan: **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Şen, Ersan: **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, Der Yayınları, İstanbul, 2002.
- Tag, Brigitte: **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafbuch**, 5. Auflage, 2017.
- Tag, Brigitte: **Dölling/Duttge/König/Rössner** **Gesamtes Strafrecht**, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017.
- Taner, Tahir: **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953.
- Taşkın, Beril: **“Suça İştirakte Bağlılık Kuralı”**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.
- Temiz, Bilgehan Savaşçı: **“İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”**, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:65, Sayı:4, 2016, s.2487-2512.
- Tezcan, Durmuş
Erdem, Mustafa Ruhan
Önok, Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

- Toroslu, Nevzat **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Toroslu, Haluk:
- Tofahrn, Sabine: **Strafrecht AT I**, 2.Auflage, C.F. Müller, München, 2010.
- Tofahrn, Sabine: **Strafrecht AT II**, 2.Auflage, C.F. Müller, München, 2010.
- Topal, Cengiz: **“Fırar Suçları”**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Ankara, 2013.
- Tunçer, Polat: **Ceza Hukukuna Giriş (Genel Hükümler)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Türay, Aras: “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, **YÜHFD**, C. XVII, 2020, s.115-154.
- Ulsenheimer, Klaus: **Laufs/Kern Handbuch des Arztrechts**, 4. Auflage, 2010.
- Vera, Javier Sánchez: **Pflichtdelikt und Beteiligung**, Duncker & Humboldt, Berlin, 1999.
- Wagner, Heinz: **Amtsverbrechen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1974.

- Weber, Klaus: **BtMG**, 5. Auflage, 2017.
- Wessels, Johannes
Beulke, Werner
Satzger, Helmut: **Strafrecht AT**, 47. Auflage, C.F. Müller GmbH, Heidelberg, 2017.
- Welzel, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Walter de Gruyter & Co. Berlin, 1969.
- Welzel, Hans: “Der Irrtum die Amtspflicht”, **JuristenZeitung**, Sayı:7/8, 1952, s.208-209.
- Welzel, Hans: “Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde”, **JuristenZeitung**, Sayı:5, 1952, s.133-136.
- Weddig, Jörg: **Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle**, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008.
- Yaşar, Osman
Gökcan, Hasan Tahsin
Artuç, Mustafa: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt:I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Yalvaç, Gürsel: **Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

- Yeşil, Eyüp: “Kasten Öldürme Suçlarında Bağlılık Kuralı”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt:3, Sayı:2, 2015, s.95-102.
- Yenisey, Feridun
Plagemann, Gottfried: **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Yıldız, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.
- Yurtcan, Erdener: **Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler)**, Cilt:1, 2. Bası, TBB Yayınları: 305, Ankara, 2015.
- Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Zieschang, Frank: **Strafrecht AT**, 5. Auflage, Richard Booberg Verlag, Stuttgart, 2017.
- Ziegler, Theo: **von Heintschel-Heinegg Bernd BeckOK StGB**, 36. Auflage, 2017.

İnternet Kaynakları

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<http://www.kazanci.com>

ÖZGEÇMİŞ

1989 yılında İstanbul'da doğdum. İlköğrenimimi 2003 yılında İcadiye İlköğretim Okulu'nda, lise öğrenimimi 2007 yılında Çamlıca Kız Lisesi'nde tamamladım. 2007 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hukuk öğrenimine başladım. 2011 yılında Fakülte dördüncülüğü derecesiyle mezun olduktan sonra aynı yıl Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans programına kayıt oldum. Yüksek lisans çalışmalarının yanı sıra yine aynı yıl içinde yasal avukatlık stajına başladım ve 2012 yılında stajımı tamamlayıp İstanbul Barosu'na kaydolarak avukatlık faaliyetlerine başladım. 2013 yılı güz döneminde Erasmus programı ile Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde bulundum ve burada yüksek lisans tez çalışmalarımı yürüttüm. 2014 yılında yüksek lisans öğrenimimi “*Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Soruşturmanın Sonuçlandırılması*” başlıklı tez ile tamamladım ve yüksek onur derecesi ile mezun oldum.

Lisansüstü eğitimim devam ederken önce stajyer avukat ve sonrasında avukat olarak çeşitli hukuk bürolarında ve kurum bünyesinde mesleki faaliyetlerimi sürdürdüm. Bu süreçte avukatlık mesleğinin yanı sıra ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanında akademik çalışmalarımı ve lisansüstü eğitimimi devam ettirdim. 2016 yılından itibaren ise önce araştırma görevlisi olarak sonra da öğretim görevlisi olarak çalıştım.

2015 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora programına kayıt oldum. 2016 yılında ders dönemini başarı ile tamamladıktan ve 2017 yılında doktora yeterlik sınavında başarılı olduktan sonra aynı yıl “*Özgü Suç*” konusunda tez çalışmalarına başladım. 2018 yılında Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku kürsüsünde misafir araştırmacı olarak bulundum ve burada doktora tez çalışmalarımı yürüttüm. Tüm lisansüstü eğitimi sürecinde ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanında pek çok bilimsel çalışmada bulundum ve konuşmacı ya da düzenleyici olarak bilimsel toplantılara iştirak ettim.