



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Fahrettin KIDIL

TAKSİRLİ SUÇLARDA İŞTİRAK VE MÜŞTEREK FAİLLİK

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2025



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Fahrettin KIDIL

TAKSİRLİ SUÇLARDA İŞTİRAK VE MÜŞTEREK FAİLLİK

Danışman

Doç. Dr. Mahmut KAPLAN

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2025

T.C.
Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Fahrettin KIDIL'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan	: Prof. Dr. Faruk TURHAN	(İmza)
Üye (Danışman)	: Doç. Dr. Mahmut KAPLAN	(İmza)
Üye	: Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM	(İmza)
Üye	: Prof. Dr. Koray DOĞAN	(İmza)
Üye	: Doç. Dr. Serkan MERAKLI	(İmza)

Tez Başlığı: Taksirli Suçlarda İştirak ve Müşterek Faillik
--

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 25/06/2025

Mezuniyet Tarihi :24/07/2025

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Taksirli Suçlarda İştirak ve Müşterek Faillik” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

Fahrettin KIDIL





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



21 / 07 / 2025

TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	Fahrettin Kıdıl
Öğrenci Numarası	20195229006
Anabilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Kamu Hukuku DR
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Doç. Dr. Mahmut Kaplan
Doktora Tez Başlığı	Taksirli Suçlarda İştirak ve Müşterek Faillik
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	2718401836
Rapor Tarihi	21.07.2025
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: % 1 Alıntılar dahil: % 8
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE,	
Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 267 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır. Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir: () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım. () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.	
Gerekçe:	
Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim. Danışman Öğretim Üyesi Doç. Dr. Mahmut Kaplan	

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	v
SUMMARY	vii
TEŞEKKÜR.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TAKSİR VE FAİLLİK ÖĞRETİSİNE İLİŞKİN TEMEL AÇIKLAMALAR

1.1. Taksir Öğretisine İlişkin Temel Açıklamalar.....	3
1.1.1. Kusurdan Haksızlığa Doğru Evrilen Taksir Anlayışı Üzerine	3
1.1.2. Taksirli Davranışın Belirlenmesi ve Kast-Taksir Arasındaki İlişki.....	11
1.1.3. Taksir Tipikliğinin Tek Subjektif Unsuru Olarak Bilinçli Taksir.....	16
1.1.4. İlave Bir Haksızlık Unsuru Olarak Netice	17
1.1.5. Ara Değerlendirme	21
1.2. Faillik Öğretisine İlişkin Temel Açıklamalar	22
1.2.1. Failliğin Yorumu	22
1.2.1.1. Kasıtlı Suçlarda Dar Failliğin Kabulü Yönündeki Argümanların Değerlendirilmesi	22
1.2.1.2. Taksirli Suçlarda Geniş Failliğin Kabulü Yönündeki Argümanların Değerlendirilmesi	25
1.2.2. Fiil Hakimiyetinin Genel Bir Faillik Kriterine Dönüşme Süreci	31
1.2.3. Fiil Hakimiyetinin Yetersiz Kaldığı Suçlar	37
1.2.3.1. Genel Açıklamalar	37
1.2.3.2. Yükümlülük Suçlarında Fail.....	38
1.2.3.2.1. <i>Roxin</i> 'in Yükümlülük Suçları Teorisi	38
1.2.3.2.2. Literatürdeki Yansımaları Üzerinden Yükümlülük Suçları Öğretisinin Değerlendirilmesi.....	43
1.2.3.3. Bizzat İşlenebilen Suçlarda Fail	47
1.2.4. Pozitif Hukukun Farklı Bir Faillik Kriteri Benimsemeye Engel Teşkil Edip Etmediği Meselesi	53
1.2.4.1. Faillığe İlişkin Kanun Koyucuların “Kanunlaşmayan” İradelerinin Değerlendirilmesi.....	54
1.2.4.1.1. Alman Kanun Koyucu	54
1.2.4.1.2. Türk Kanun Koyucu	56
1.2.4.2. Kanun Yorumunda “Objektifleştirilmiş İrade”	59

1.3. Taksir ve Faillik Öğretisinin Kesişim Noktası Olarak Tipik Davranış ve Failin Hareket Haksızlığı	64
1.3.1. <i>Frisch</i> 'in "Tipik Davranış Öğretisi" Üzerine	65
1.3.1.1. <i>Frisch</i> 'in Temel Açıklamaları	65
1.3.1.2. Değerlendirme	69
1.3.2. Kasıtlı Ve Taksirli Suç Failinin Gerçekleştirdiği Ortak Hareket Haksızlığı: Tipik İzin Verilmeyen Tehlikenin Yaratılması (<i>Tatbestandsmäßige Unerlaubte/Mißbilligte Gefahrschaffung</i>)	72
1.4. Ara Sonuç	80

İKİNCİ BÖLÜM

TAKSİRLİ SUÇLARDA DAR FAİLLİĞİN İZAHİ

2.1. Taksirli Netice Suçlarında Geniş Faillik İddiası ve Objektif İsnadiyet	85
2.2. Taksirli Geniş Faillik Anlayışının Çelişkisi: Mağdurun ve Üçüncü Kişinin "Kasıtlı" Eylemleri Üzerinden Elde Edilen Nedensellik	90
2.2.1. İntihar Olaylarında Gündeme Gelen İstisnai Sorumsuzluk	90
2.2.1.1. BGH'nin Evleviyet İlkesine Dayanan Çözümü	91
2.2.1.2. Yargıtay'ın Belirsiz Tutumu	97
2.2.1.3. <i>Roxin</i> 'e Göre Suç Tipinin Kapsamı ve Koruma Amacı	102
2.2.1.4. Mağdur Odaklı Yaklaşımlar ve İzin Verilmeyen Tehlikenin Reddi	105
2.2.1.5. Risk Bağlantısının Reddi	108
2.2.2. Kasten Hareket Eden Üçüncü Kişi Üzerinden Elde Edilen Nedensellik	111
2.2.2.1. İlgili Olaylar	111
2.2.2.2. Kasıtlı Hareket Edenin Şahsi Sorumluluğunu Dikkate Almayan Yaklaşım: Yalın Öngörülebilirlik veya Normun Koruma Amacı Perspektifi	112
2.2.2.3. İzin Verilen Risk ve Güven İlkesi Temelinde Sorumluluk Alanlarının Belirlenmesi	122
2.2.3. Ara Değerlendirme	128
2.3. Taksirli Dar Fail Anlayışının Rücu Yasakları Üzerinden Teorik Gelişimi	130
2.3.1. Klasik Rücu Yasağı Öğretileri	130
2.3.2. Modern Rücu Yasağı Öğretileri	138
2.3.2.1. Mayer	139
2.3.2.2. Larenz	141
2.3.2.3. Otto	142
2.3.2.4. Welp	145
2.3.2.5. Renzikowski	148

2.3.3. Ara Değerlendirme	151
2.4. Rücu Yasağı Öğretilerini Takip Ederek Benimsenen Yaklaşım: Ceza Hukukunda Failin Hareket Haksızlığını Belirleyen Temel Bir İlke Olarak Şahsi Sorumluluk.....	153
2.4.1. Genel Açıklamalar.....	153
2.4.2. Kasıtlı Suç ve İntihar Olaylarında Taksirli Fail Haksızlığı	157
2.4.2.1. Tam Sorumlu Harekete Nedensel Katkı Sağlayan Özensizliğin Taksirli Faillik Sayılmaması Kuralı	157
2.4.2.2. Koruma Garantörlerinin Özel Durumu.....	161
2.4.2.2.1. Tam Sorumlu Failin İşlediği Kasıtlı Suç Yönünden	161
2.4.2.2.2. Tam Sorumlu “Mağdur”un İntiharı Yönünden	163
2.4.3. Güven İlkesi ve “Dolaylı” Taksirli Faillik Görünümleri Açısından Şahsi Sorumluluk	170
2.4.3.1. Şahsi Sorumluluk Temelinde Güven İlkesi	170
2.4.3.2. Taksirli Davranışa Özensiz Katkı Bağlamında “Dolaylı” Taksirli Faillik Görünümleri Açısından Şahsi Sorumluluk	180

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAKSİRLİ SUÇLARDA MÜŞTEREK FAİLLİK

3.1. Müşterek Failliğin Hukuki Esası.....	189
3.1.1. Karşılıklı Azmettirme Görüşü	190
3.1.2. Karşılıklı Dolaylı Faillik Görüşü	192
3.1.3. Fonksiyonel Hakimiyet Görüşü	194
3.1.4. Özerklik İlkesinin İstisnası Olarak Kişi Topluluğu Görüşü	196
3.1.5. Kanuni Düzenlemenin Kurucu Niteliği Bağlamında Değerlendirme	197
3.2. Karşılıklı İsnadiyetin Kapsamını Belirleyen Ortak Eylem Kararı ve Aşım (Exzess).....	200
3.3. Müşterek Faillik ve Nedensellik	202
3.4. Yalın Anlamda Taksirli Müşterek Failliğe İlişkin Sorun Alanları ve Alternatif Yaklaşımlar.....	205
3.4.1. Bireysel Nedenselliğe İlişkin İspat Sorununun Ortaya Çıktığı Olaylar	205
3.4.1.1. İlgili İçtihat Örnekleri	205
3.4.1.1.1. Referans Noktası Olarak Yuvarlanan Kayalar (Rolling Stones) Kararı...205	
3.4.1.1.2. Havai Fişek Kararı	206
3.4.1.1.3. Kibrit Kararı.....	208
3.4.1.1.4. Mum Kararı.....	209

3.4.1.2. Taksirli Müşterek Faillığe Alternatif Çözümler.....	210
3.4.1.2.1. In Dubio Pro Reo İlkesi Çerçevesinde Cezasızlık Yaklaşımı	211
3.4.1.2.2. Garantörsel İhmali Suç Çözümü.....	211
3.4.1.2.3. Suçlamanın Öne Çekilmesi.....	213
3.4.1.3. Ara Değerlendirme	215
3.4.2. Artık Oyla Alınan Kurul Kararlarının Tipik Neticeye Yol Açtığı Olaylar	219
3.4.2.1. Referans Noktası Olarak Deri Spreyi Kararı.....	219
3.4.2.2. Taksirli Müşterek Faillığe Alternatif Çözümler.....	224
3.4.2.2.1. Şart Teorisi Bağlamında İleri Sürülen Görüşler.....	224
3.4.2.2.2. Kanuni Şart Teorisi Bağlamında <i>Puppe</i> ’nin “Asgari Yeterli Şart” Formülü	227
3.4.2.3. Ara Değerlendirme	229
3.5. Kasıtlı Haksızlığın Uzantısı Olarak Taksirli Müşterek Faillik	233
3.6. Taksirli Müşterek Faillığe Yönelik İtirazların Ele Alınması.....	245
3.6.1. Kanuni Dayanak Bağlamında İtirazlar	245
3.6.2. Yapısal İtirazlar.....	250
3.6.3. Monist Faillik Öğretisi Bağlamında İtirazlar	254
3.7. Taksirli Müşterek Failliğin Unsurları Bağlamında İlgili Olayların Nihai Değerlendirmesi	259
SONUÇ	263
KAYNAKÇA.....	267
ÖZGEÇMİŞ.....	281

ÖZET

Taksirli suçlarda geniş faillik kabulü, bu alanda iştirak öğretisinin gelişimine en büyük engeldir. Failliğin zikredilen yorumu; özellikle mağdurun ve üçüncü kişilerin kasten müdahil olduğu nedensellikler açısından ciddi problemler yaratmaktadır. Bu durum, genel olarak tüm suçlarda dar fail kabulünden hareket edilmesini savunan görüşlerin taraftar bulmasında etkili olmuştur. Özellikle Alman ceza hukukunda intihara kasıtlı yardım ve azmettirmenin dahi cezalandırılmaması, aynı mahiyetteki özensiz davranışları faillik sayan taksirli geniş failik düşüncesi için oldukça zorlayıcı bir meseleye dönüşmektedir. Benzer bir problem, Türk hukuku açısından kendini kasten yaralayan kişinin eylemine yönelik özensiz iştirak katkıları açısından düşünülebilir. Dolayısıyla en temelde özgür ve kendi iradesiyle hareket eden bireylerin kendine zarar veren davranışlarına yönelik özensiz katkıların, geniş yorumla fail haksızlığı sayılması yoğun itirazlarla karşılaşmaktadır. Nedensel sürece mağdur yerine üçüncü kişinin kasıtlı müdahalesi söz konusu olduğunda ise bu sefer kasten ve doğrudan doğruya neticeyi gerçekleştiren birinin eylemine yönelik özensiz davranışla sunulan katkının, taksirli faillik için yeterli olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu iki sorun alanı taksirli suçlarda iştirak ve dar faillik için temel hareket noktası kabul edilebilir.

Taksirli bir davranışın müştereken gerçekleştirilmesi ise zikredilen sorunların ne yönde çözüldüğü ile belli ölçüde ilişkilidir. Bu çerçevede izin verilmeyen tipik bir tehlikenin özensizce yaratılmasına/engellenmemesine ortak bir karar çerçevesinde iştirak eden kişilerin durumu, müşterek faillik bağlamında ele alınmaktadır. Özellikle tehlikenin kaynağını oluşturan ve birlikte gerçekleştirilen taksirli davranışlardan hangisinin neticeye sebebiyet verdiği kesin bir şekilde belirlenemediğinde veya tipik neticeye yol açan kurul kararının asgari karar yeter sayısının en az bir fazlasıyla alındığı durumlarda ceza sorumluluğunun taksirli müşterek faillik üzerinden belirlenmesi cazip bir çözüm yolu oluşturmaktadır. Ancak bunun dışında ilgili hukuki figür, kasıtlı haksızlığın uzantısı olarak da gündeme gelmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bağlamında TCK m. 87/4'te düzenlenen haksızlığın birlikte gerçekleştirilmesi, taksirli müşterek failliğin uzantı görünümüne örnek oluşturmaktadır.

Tüm bu işaret edilen konularda taksir ve iştirak düşüncesi, monist bir yaklaşımla ve büyük ölçüde fiil hakimiyeti temelinde gelişim gösteren faillik öğretisinden kaynaklı itirazlarla karşılaşmaktadır. Dolayısıyla çalışmanın ilgilendiği konularda isabetli bir yaklaşım ortaya koymak için taksir dogmatikliğiyle birlikte monist faillik öğretisinin de incelenmesi elzem

görülmektedir. Bu incelemede yükümlölük suçları ve bizzat işlenebilen suçlara, tekçi bir faillik kriterinin yetersizliğine işaret etmesi bakımından özel bir yer ayrılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Taksir, Geniş Faillik, Dar Faillik, Faillik Öğretisi, Taksirli Müşterek Faillik, Fiil Hakimiyeti, Yükümlölük Suçları, Bizzat İşlenebilen Suçlar



SUMMARY

PARTICIPATION AND CO-PERPATRATION IN NEGLIGENT OFFENCES

The assumption of the extensive concept of perpetrator in negligent offences poses the biggest obstacle to the development of the doctrine of participation in this field. This interpretation causes serious problems, especially where the victim or third parties intervene intentionally in the chain of causation. Consequently, it has helped strengthen positions that, in all offences, argue for a restrictive concept of perpetrator. In German criminal law, the very fact that even intentional assistance or inducement to suicide is not punishable becomes a highly challenging issue for the theory of extensive negligent perpetration, which classifies equivalent careless conduct as perpetration. A comparable problem may arise in Turkish law with respect to careless participatory contributions to a self-inflicted injury. Thus, at the most fundamental level, classifying negligent contributions to self-harm by free and self-determining individuals as perpetration through an expansive interpretation is met with strong objections. When a third party, rather than the victim, intentionally intervenes in the causal process, the question then arises whether the careless contribution directed at the deliberate act of someone who directly produces the result suffices for negligent perpetration. These two problem areas can be regarded as the starting points for analysing participation and the restrictive concept of perpetrator in negligent offences.

The joint commission of a negligent act is also connected, to a certain extent, with how these issues are resolved. Within this framework, the situation of persons who, by a common decision, join in creating or failing to prevent a prohibited, typical danger through careless conduct is examined under the heading of joint perpetration. Traditionally, when it cannot be determined with certainty which of the individual negligent acts that formed the source of danger actually produced the result, or when the decision that led to the typical result was adopted by at least one vote more than the statutory minimum quorum, determining criminal liability via negligent joint perpetration offers an attractive solution. Beyond such scenarios, the relevant juridical figure also emerges as an extension of intentional wrongdoing. Article 87(4) of the Turkish Penal Code, which addresses offences aggravated by result, provides an example of negligent joint perpetration as an extension of collectively committed wrongdoing.

In all the issues highlighted above, the notions of negligence and participation face objections stemming from a theory of perpetration that has developed on a monistic basis and largely rests on “control over the act.” Therefore, to arrive at a sound approach to the matters

addressed in this study, it is essential to examine both the dogmatics of negligence and the monistic theory of perpetration. In this examination, special attention should be given to obligation-offences and personally-committed offences, insofar as they demonstrate the inadequacy of a single, unitary criterion of perpetration.

Key Words: Negligence, Extensive Perpetration, Restrictive Perpetration, Doctrine of Perpetration, Complicity, Obligation-Offences, Personally-Committed Offences



TEŞEKKÜR

Doktora süresince yaptığım çalışmaları, 2214-A Yurt Dışı Doktora Araştırma Burs Programı ve 2211-A Genel Yurt İçi Doktora Burs Programı ile maddi olarak destekleyen TÜBİTAK'a teşekkür ederim.



GİRİŞ

En genel çerçevede taksirli suçlarda iştirak meselesi, bu suçlarda nasıl bir faillik kabulünden hareket edildiğiyle ilgilidir. Özellikle şeriklik türlerinin sadece kasıtlı suçlara özgülenmiş olması nedeniyle Türk ve Alman hukukunda hâkim öğreti ve yargı uygulaması, taksirli failin geniş yorumu temelinde bir gelişim göstermiştir. Ancak önemli yönlerden ortaya çıkardığı uyumsuzluklar nedeniyle bu yaklaşım, farklı argümanlarla da olsa karşı tezin sürekli bir dinamizm içinde savunulmasına yol açmıştır. Zaman zaman rücu yasağı öğretileri olarak da adlandırılan karşı tezlerin temel hareket noktası, taksirli suçlarda failliğin ve dolayısıyla tipikliğin sınırlandırılmasıdır. Bu tür çabalar doğrudan veya dolaylı olarak taksirli failin dar yorumlanmasıyla sonuçlanmakta ve normun koruma amacı içinde de olsa özene aykırı her nedensel davranış, faillik için yeterli görülmemektedir. Taksirli fail dar yorumlandığında, taksirli müşterek failliğin tartışıldığı olaylar açısından bu hukuki figürün benimsenmesine daha fazla ihtiyaç duyulmaktadır. Zira geniş faillik kabulünde suç ortağı üzerindeki psikik etkinin bile taksirli yan yana faillik için yeterli olduğu düşünüldüğünde, özellikle gereksizliğinden bahisle taksirli müşterek faillığe yönelik itirazların neden geniş faillik temelinde ileri sürüldüğü daha iyi anlaşılacaktır.

Taksirli failin geniş ve dar yorumu ile taksirli müşterek faillik arasındaki özel ilişkinin değerlendirilmesinden önce ilk bölümde, taksir ve faillik öğretisine ilişkin çalışmada benimsenen temel yaklaşım izah edilecektir. Bu sayede hem oldukça çeşitlilik gösteren taksir terminolojisi açısından yaşanabilecek tereddütlerin giderilmesi hem de kast merkezli gelişen monist faillik öğretisinin kendi içinde ürettiği sorun alanlarının ortaya çıkarılması hedeflenmektedir. Bunun devamında taksir ve faillik öğretisinin bağlantı noktası üzerinde durulacaktır.

Taksirli suçlarda dar failliği izah etmeye odaklanan ikinci bölümde; öncelikle karşı çıkılan hâkim öğretinin, taksirli geniş faillik varsayımı doğrultusunda mağdurun ve üçüncü kişinin “kasıtlı” eylemleriyle ortaya çıkan tipik neticeler açısından yarattığı çelişkiler üzerinde durulacaktır. Devamında rücu yasağı öğretilerini takiben taksirli suçlarda neden dar faillik yaklaşımının benimsenmesi gerektiği sorusuna cevap aranacaktır. Hâkim öğretinin çelişkiye düştüğü iki temel sorun alanına ilaveten, güven ilkesinin geçerli olduğu durumlar ile “dolaylı” taksirli faillik görünümleri, şahsi sorumluluk ilkesinden hareketle benimsenen yaklaşım doğrultusunda ayrıca bütüncül bir şekilde değerlendirilecektir.

Üçüncü bölüm hem yalın anlamda taksirli suçlarda hem birlikte gerçekleştirilen kasıtlı bir haksızlığın uzantısı olarak gündeme gelebilen taksirli müşterek faillik düşüncesini ele almaktadır. Müşterek failliğin bireysel katkılar bakımından nedensellik bağını ikame edici etkisi, bu düşüncenin güçlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Tartışmaların merkezinde iki temel olay grubu yer almaktadır. Bunlardan ilkinde tehlikenin kaynağını oluşturan ve birlikte gerçekleştirilen taksirli davranışlardan hangisinin neticeye sebebiyet verdiği kesin bir şekilde belirlenememektedir. İkinci ihtimalde ise asgari sayının en az bir fazlasıyla yani artık oyla alınan kurul kararları, taksirle öldürme veya yaralama suçlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Taksirli müşterek failliğin geleneksel olarak gündeme geldiği bu olay gruplarından farklı olarak temelde kasten işlenen suçlarda da uygulama alanı bulması mümkündür. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda açıkça görülen bu durum; kasıtlı suç tiplerinin müştereken işlendiği bir ihtimalde, öngörülebilir başka bir neticeye müşterek faillerce taksirle yol açılması bağlamında hata veya sapma nedeniyle de gündeme gelebilir. Dolayısıyla kasıtlı birliktelik halinde gerçekleştirilen bir suç, farklı sebeplerle cezai sorumluluğun tayininde taksirli müşterek faillğe başvurulmasını gerektirebilir. Bu noktada isabetli bir sonuca ulaşmak adına öncelikle müşterek failliğin hukuki esası, ortak eylem planının kapsamıyla bağlantılı olarak karşılıklı isnadiyet ve bu faillik modelinin nedensellik bağını ikame edici etkisi üzerine temel düzeyde bir değerlendirme yapılması faydalı görülmektedir. Bölümün sonraki başlıklarında ise inceleme konusu olaylarda taksirli müşterek faillğe alternatif şekilde savunulan çözüm yollarının ve hukuki fiğüre yöneltilen itirazların ele alınması amaçlanmaktadır. En sonunda taksirli müşterek failliğin unsurları bağlamında çalışmada zikredilen olayların kısa bir değerlendirmesine yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAKSİR VE FAİLLİK ÖĞRETİSİNE İLİŞKİN TEMEL AÇIKLAMALAR

1.1. Taksir Öğretisine İlişkin Temel Açıklamalar

Taksirli suçlar ile ilgili tüm çalışmalarda olduğu gibi bu suçlarda iştirak meselelerini incelemeyi amaçlayan bir eserde de yazarın taksire ilişkin bakış açısının, çalışmanın en başında genel hatları ile belirlenmesi oldukça önem arz etmektedir. Böylece çalışmanın devamında kullanılan ifadelerden ne anlaşılması gerektiği noktasında okuyucu, büyük bir dertten kurtarılmış olur. Zira taksire ilişkin birçok unsurun içeriği ve suç yapısı içindeki konumu üzerinde; kast dogmatikindeki netlik kadar bir uzlaşıya varılamamıştır. Ceza hukuku dogmatikinin çok uzun bir süre kast ile ilgilenmesi ve taksirli suçların “üvey evlat” muamelesi görmesi¹ de bu uzlaşi eksikliğinde pay sahibidir.

Taksire ilişkin bu başlık altında yapılan değerlendirmeler, tek başına hareket eden izole bireyleri model olarak taksirli ceza sorumluluğuna ilişkin genel prensipleri izah etmeyi amaçlamaktadır. Taksirli suçlarda iştirak meselesi ise bu temellendirme üzerinden incelenmektedir.²

1.1.1. Kusurdan Haksızlığa Doğru Evrilen Taksir Anlayışı Üzerine

Hayatın birçok alanında görülen teknolojik gelişmelerin (gıda, ilaç sanayi, trafik, yapay zekâ, inşaat vs.) etkisiyle taksir; kendisine biçilen ikinci nitelikteki rolden çıkmayı başarmıştır. Teknik ilerlemeler ile birlikte toplumun neredeyse tüm kesimlerinin bir parçası olduğu taksir ile ilişkili “kriminal faaliyetler”, kast ile ortaya çıkan “klasik suçluluğu” geride bırakacak ölçüde artış göstermiştir.³ Teknolojik gelişmeler özellikle büyük şirketlerin etki gücünü artırınca ekonomi ve çevre ceza hukuku gibi yeni çözüm arayışlarının adresi haline gelen yan

¹ “*Stiefkinder der Strafrechtsdogmatik*”, Schünemann Bernd, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, (Schünemann, JA 1975) s. 435.

² Taksirli suçlarda iştirak meselesinin yeterince gelişim göstermemesi, bu suçlarda tartışmaların genelde tek başına hareket eden izole bireyler üzerinden yapılması ve prensiplerin buna göre geliştirilmesiyle ilişkilidir. Bu çalışmada nedenselliğin başkalarının eylemleri üzerinden elde edildiği durumlara odaklanılmak suretiyle söz konusu eksikliğin giderilmesine çalışılacaktır. Ancak yine de temel açıklamaların tek başına fail modeline göre yapılmasında yarar görülmektedir. Taksir dogmatikinin izole tek kişi modeline göre gelişim göstermesine yönelik eleştiri için bkz. Stratenwerth, Günter, “Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht”, in: *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, sa. 383-400, (Stratenwerth, FS-Schmidt), s. 384.

³ Welzel’e göre bu durum, öncesinde hem doğal hukuk hem Hegelyen hukuk sistematikinde taksirin neden sınırlı bir yer edindiğini açıklamaktadır. Bkz. Welzel Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Bs., Walter De Gruyter, Berlin 1969, (Welzel, Strafrecht), s. 127.

disiplinler ortaya çıkmış ve buralarda daha çok taksirli davranışların merkezde yer aldığı sorunlarla uğraşılmıştır. Diğer taraftan daha bireysel ölçekte düşünüldüğünde; tek başına trafik kazaları bile “taksirli suçluluğun” ne oranda gündelik olayların bir parçası haline gelebildiğini göstermektedir. Daha öncesinde bu kadar gün yüzüne çıkmayan ve dolayısıyla nadiren karşılaşılan bir suçluluk türünün; artık sıradan ve suç eğilimi olmayan “normal” kimselerde dahi her an görülebilecek şekilde yaygınlaşmasıyla beraber⁴, gecikmeli de olsa ceza hukuku dogmatığının ilgisi münhasıran son 50 yılda bu alana doğru kaymıştır. Nitekim Alman ceza hukukunda taksirli suçların artık “*en sevilen evlat*” (“Lieblingskinder”) konumuna gelmiş olması, esasen bu gelişmelerle izah edilmektedir.⁵

Gecikmenin boyutu düşünüldüğünde taksiri konu alan eserlerdeki “muazzam artışın”⁶, Alman ceza hukukunda dahi taksire ilişkin birçok meselede uzlaşma eksikliğini ortadan kaldıramamış olması⁷ ise şaşırtıcı değildir. Ancak en azından taksirin yalın bir kusur şekli olmadığı noktasında modern Alman öğretisinin büyük ölçüde görüş birliğine vardığından bahsedilebilir.⁸ Suçların haksızlığını değerden yoksun doğal bir nedensellik üzerinden ele alan, hareketin değersizliğine haksızlık tespitinde yer vermeyen ve subjektif unsurlar olarak değerlendirdiği kast ile taksiri kusura dahil eden klasik suç öğretisinin terk edilmiş olması, bu uzlaşının ortaya çıkmasında esaslı bir rol oynamıştır. Netice dışında hareketin değersizliğine de haksızlık içinde yer vermek gerektiği düşüncesini vurgulayan tüm modern öğretiler (norm teorisi, finalizmdeki kişisel haksızlık öğretisi ve objektif isnadiyet öğretisi) taksirin (en azından objektif unsurlarının) kusurdan ayrılması sürecine ve taksirli davranışın temelde bir tipiklik sorunu olarak ele alınmasına katkı sağlamıştır.⁹ Zira klasik suç teorisinde olduğu gibi taksirli

⁴ Sadece öldürme eylemleri yönünden ilgili veriler bile bu duruma işaret etmektedir. Nitekim Adalet Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan 2023 *Adalet İstatistikleri Raporu*’na göre 2023 yılında 29087 adet kasten öldürmeden yeni soruşturma dosyası açılmışken bu rakam taksirle öldürme için 48370’e ulaşmıştır. Kovuşturmayla konu olan dosya sayıları açısından ise 7727’e karşı 8953 ile taksirle öldürme davalarının daha fazla olduğu görülmektedir. (s. 71, 102)

⁵ Bu esas faktöre ilaveten taksire yönelim; “uzun süredir tartışmaların merkezinde yer alan kasıtlı suçlar dogmatığının artık büyük ölçüde açıklığa kavuşturulduğunun düşünülmesi veya temel görüş ayrılıklarının hala mevcut olduğu yerlerde, sonuçsuz tartışmaların ardından bunların ‘tükenmiş’ olarak algılanması” ile de kısmen ilişkilendirilmektedir. Bkz. **Schünemann**, JA 1975, s. 435.

⁶ “*enormen Aufschwung*”, Roxin/Greco’nun muazzam artış diye bahsettiği durumu anlamak için kitaplarının “Taksir” başlıklı 7. bölümünde yer verilen literatüre göz atmak yeterli olacaktır. Roxin, Claus/Greco, Luis, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, 5. Bs., C.H.Beck, Münih, 2020, § 24.

⁷ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 2.

⁸ **Burgstaller**, Das Fahrlässigkeit im Strafrecht, s. 22; **Roxin/Greco**, § 24, kn. 2.

⁹ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 4-6. Dolayısıyla taksirli suç yapısına ilişkin kabullerin şekillenmesinde genel suç teorilerinin oldukça etkili olduğuna dikkat edilmelidir. *Kröger*’in isabetli olarak vurguladığı gibi taksirli suç yapısına ilişkin gelişmelerle genel suç öğretileri, iç içe geçen kompleks bir görünüme sahiptir. Bu bağlamda taksir; ilgili suç öğretilerine göre yapısal değişiklik göstermekle beraber zaman zaman “*geleneksel doktrinlerin tümünden sorgulanması için bir hareket noktası*” olarak da işlev görmektedir. Bkz. Kröger, Thomas, **Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat**, Duncker & Humblo, Berlin, 2016, s. 138.

suçun haksızlığı sadece iradi bir davranışın neticeye neden olması üzerinden¹⁰ açıklanamayacağına göre bu suçlarda da hareketin haksızlığına yönelik değerlendirmeye imkân veren bir yapıya ihtiyaç duyulmuştur.

Bu çerçevede şekillenen modern Alman ceza hukukunda hâkim görüş; objektif özen yükümlülüğünün ihlalini, haksızlığa ve dar anlamda tipikliğe ait bir unsur şeklinde değerlendirerek failin kişisel kınanabilirliğini (*persönliche Vorwerfbarkeit*) kusur incelemesine havale etmekte ve iki aşamalı taksir yapısı öngörmektedir.¹¹ Buna karşı önemli ölçüde taraftar bulan azınlık görüş ise tipikliğin esasını oluşturan özene aykırılığı, failin subjektif durumuna göre belirleyerek taksiri tümüyle kusur alanından çıkarmayı savunmaktadır.¹² Ancak kusurun

¹⁰ Bu bağlamda klasik öğretinin önemli temsilcilerinden v. Liszt, suçun her şeyden önce bir hareket olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre hareket ise “*dış dünyada bir değişikliğe iradi olarak neden olmak ya da bunu engellemek*” anlamına gelir. Bu tür bir hareketin hukuk düzeninin emir ve yasaklarına aykırılık teşkil etmesiyle suçun haksızlığı tamamlanacaktır. Haksızlığı gerçekleştiren hareketin ayrıca kusurlu yani kasıtlı veya taksirli olup olmadığı ayrıca incelenecektir. Böylece suçun esasını oluşturan haksız ve kusurlu bir harekete ulaşılmış olur. v. Liszt, Franz, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, 10. Bs., J. Guttentag, Berlin 1900, s. 96 vd. Görüldüğü üzere bu suç yapısında tipiklik, dış dünyadaki iradi bir değişiklik üzerinden tarif edilmektedir. Suçun esasen hareket olduğu belirtilse de hareketin tanımı, doğal bir nedensellik üzerinden yapıldığı için, neticeye neden olmakla veya onu engellemekle eşdeğer görülen bir tipiklik anlayışı ortaya çıkmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin iradi bir nedenselliğe sadece istisnai olarak izin verebileceği de dikkate alındığında haksızlığın tamamen nedensel bir değerlendirmeye tespit edildiği bir durum ortaya çıkmaktadır. Burada taksirin kastla birlikte kusur türü olduğunu kabul etmek ise bir mecburiyet halini almaktadır. Aynı yönde bkz. **Kröger**, s. 139.

¹¹ Burgstaller, Manfred, **Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht**, Manz, Wien, 1974, 16 ff.; Engisch, Karl, **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**, Otto Liebmann, Berlin, 1930, (Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit) s. 334 vd; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Bs., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, § 54 I 3; Heinrich, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Bs., Kohlhammerkn, Stuttgart, 2022, (Heinrich, AT) kn. 1026 vd; Rengier, Rudolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Bs., C.H.Beck, München, 2020, § 52, kn. 11-12; **Schünemann**, JA 1975, 512 ff.; Sternberg-Lieben, Detlev/Schuster, Frank, in: **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 30. Bs., C.H.Beck, München 2019, (Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder-StGB) § 15 Rn. 118, 133 vd.

¹² Taksiri esasen tipik haksızlık içinde değerlendiren modern öğretilerde tartışmaların odak noktası, taksirli davranışın ne ölçüde failin bireysel yeteneklerine bağlı olarak belirleneceğidir. Burada hâkim görüşün benimsediği çifte özen anlayışı; subjektif özene aykırılık tespitini kusurun konusu olarak kabul etse de failin ortalamanın üzerinde bir yeteneğe ve bilgiye sahip olduğu durumlarda, haksızlık ve kusur değerlendirmesinde sorunlar yaşanmaktadır. Bu çerçevede örneğin özel bir cerrahi tekniği uygulama kabiliyeti olan doktorun, normalde kendi durumundaki ortalama bir doktora göre belirlenecek ölçüde özene uygun davranırsa da sadece kendisinin bildiği tekniği uygulamaması durumunda subjektif özensizliği dikkate almadan taksirli bir tipik davranış gerçekleştirdiği tespit edilemeyecektir. Haksızlığın tespitinden önce kusur değerlendirmesi de yapılamayacağı için kişinin özel kabiliyetinin nerede inceleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede modern taksir dogmatikliği içinde azınlık görüş de olsa önemli temsilcileri bulunan diğer bir yaklaşım, subjektif özene aykırılığı da haksızlık tipikliğine dahil etmekte ve böylece taksiri tamamen kusur alanından çıkarmaktadır. Buna göre taksir, salt bir haksızlık şekli olarak kabul edilmeli ve özen yükümlülüğüne aykırılık objektif bir model kişiye göre değil failin kişisel durumuna göre belirlenmelidir. Bu yönüyle kusur alanına taksire özgü bir unsur bırakmayan ve tipiklik içinde özen yükümlülüğünü bireyselleştiren yaklaşım için bkz. Freund, George, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Bs., Springer, Berlin, 2009, § 5 kn. 22 vd; Gropp, Walter/Sinn, Arndt, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Bs., Springer, Berlin, 2020, § 12 Rn. 135 vd; Hoyer, Andreas, in: **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 9. Bs., Carl Heymanns Verlag, 2017, (Hoyer, in: SK-StGB) Anhang zu § 16 kn. 18 vd; Jakobs, Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Bs., De Gruyter, Berlin, 1991, (Jakobs, AT) § 9, kn. 1 vd, 8 vd; Otto, Harro, **Grundkurs Strafrecht- Allgemeine Strafrechtslehre**, 7. Bs., De Gruyter, Berlin, 2004, (Otto, AT), § 10, kn. 14–16; Renzikowski, Joachim, **Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, (Renzikowski, Restriktiver) 233 vd.; Rostalski, Frauke: “Normentheorie und Fahrlässigkeit zur Fahrlässigkeit als

istisnai bir inceleme olduğu düşünülürken her iki görüşe göre de taksirin esasen bir tipiklik sorunu olarak ele alındığını söylemek mümkündür.

Alman ceza hukukundaki gelişmeler Türk ceza hukuku öğretisinde de yakından takip edilmektedir. Nitekim taksirin yalın bir kusur türü olmadığı düşüncesi, giderek yaygınlaşmakta olup özene aykırılığı objektif ve subjektif açıdan ikiye ayırarak suçun tipiklik ve kusurluluk unsurlarına dahil eden yaklaşım günümüzde hâkim görüş olarak kabul edilmektedir.¹³ Modern taksir öğretilerinin 5237 sayılı TCK ile 5271 sayılı CMK'nın yapımında da etkili olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim kanun koyucu; TCK m. 22'de taksiri, tipik davranışın gerçekleştirilmesiyle ilişkilendirerek kusur meselesini taksirli suçun haksızlığından ayrı değerlendirmiştir. TCK m. 22/2'de taksir; *“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi”* şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise *“taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir”* düzenlemesi yer almaktadır. Maddenin gerekçesinde yer alan şu bölüm taksirin dogmatikğine ilişkin nasıl bir düşünceden hareket edildiğini daha da somutlaştırmaktadır: *“taksirli suçların belirgin özelliği, icrai veya ihmali şekilde olabilen iradi hareketin varlığı ve kanunî tanıda yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasıdır. Fakat bu öngörmemenin, “gerekli dikkat ve özen” yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ortaya çıkması gerekir. Çünkü, gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için kanunda tanımlanmış olan neticenin gerçekleşeceği öngörülmemiştir. Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili kurallar*

Grundform des Verhaltensnormverstoßes”, **GA**, 2016, sa. 73-89, s. 80 vd. Türk hukukunda bireysel taksir yaklaşımını benimseyen *Meraklı*'ya göre taksirli davranışın sırf dışsal bir değerlendirmeyle yani objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle belirlenmesi isabetsizdir. Failin hareketi gerçekleştirdiği esnada *“neticeye bakış açısı”* onun hareketini anlamlandırmak açısından en önemli faktördür. Failin bu subjektif durumunun; taksirli davranış tespitinden ayrılarak sadece kusurun konusu yapılması doğru değildir. Zira bu subjektif bağlantı hareketin bir niteliğidir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Meraklı, Serkan, “TCK m. 89 Işığında Taksirli Suçlarda Nitelikli Hallere Yer Verilmesinin Hareketin ve Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi”, **GÜHFD**, 2019/2, 317-352, s. 329, 330.

¹³ Bu yönde bkz. Demirel, Muhammed, **Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2022, (**Demirel**, Çifte Özen) s. 122. Türk öğretisindeki temsilcileri tarafından bu iki kademeli yapı, “taksirin çifte fonksiyonu” “çifte özen anlayışı” veya “ikili özen yükümlülüğü ihlali” şeklinde farklı kavramlarla ifade edilmektedir. Sırasıyla bkz. Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Meraklı, Serkan/Bacaksız, Pınar/Başbüyük, İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bs., Seçkin, Ankara 2024, s. 540 vd; **Demirel**, Çifte Özen, s. 122 vd; Keçelioğlu, Elvan, **Taksirli Suçun Dogmatikği**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, (**Keçelioğlu**, Taksirli), s. 40. Ayrıca bu yönde bkz. Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bs., Seçkin, Ankara, 2024, (**Özgenç**, Genel Hükümler) s. 259 vd, 278; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, “Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarının Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler”, **Adalet Dergisi**, (64), Temmuz 2020, (**Koca/Üzülmez**, İş Kazaları), s. 240-242.

konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir. Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.”

Madde metni gerekçeyle birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun; taksirde objektif özen yükümlülüğüne aykırılığı suçun haksız tipikliğine (*Unrechtstatbestand*), subjektif özen yükümlülüğüne aykırılığı ise kusurluluğa (*Schuldstatbestand*) ilişkin bir unsur olarak gören modern taksir dogmatikini takip etmek istediği söylenebilir.¹⁴ Ancak gerekçenin kanuna dahil olmadığı düşünüldüğünde kanun metninde kullanılan esnek ifade tarzı, kanaatimce taksire ilişkin farklı kabullerin benimsenmesine engel oluşturmaz. Buradaki tek sorun, taksirin yalın bir kusur şekli olarak değerlendirilmesinde ortaya çıkacaktır. Zira TCK ve CMK'daki pozitif düzenlemelerin kesin bir şekilde ortaya koyduğu şey; taksiri yalın bir kusur türü olarak gören ve mülga kanun döneminde hâkim öğretiyi temsil eden klasik taksir dogmatikinden¹⁵ vazgeçilmiş olmasıdır. Bunu ortaya koyması itibarıyla taksiri, “fiilin işlenmesi” ve “davranışın gerçekleştirilmesi” ile ilişkilendiren birinci ve ikinci fıkraya ilaveten¹⁶ TCK m. 22’de “*taksirle bir suçun işlenmesi*”nin, faillerin kusur durumuna bağlı olmadığı dolaylı şekilde kabul edilmiştir. Taksirli suçtan dolayı verilecek cezanın belirlenmesinde kusur, ayrıca dikkate

¹⁴ Krş. **Demirel**, Çifte Özen, s. 120. *Keçelioğlu*’na göre artık taksirin bu şekilde kabul edilmesi, “öylesine bir tercihten öte, Türk Ceza Kanunu’nun normatif konseptinin de bir sonucu ve zorlaması olarak karşımıza çıkmaktadır.” **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 46, 47; Kanun yazımında etkin bir rol alan **Özgenç** de taksirli suçlarda kusur meselesini, objektif özen yükümlülüğünün fail tarafından “*kendi şahsi kabiliyetleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla*” yerine getirilebilmesiyle ilişkilendirmektedir: “*Taksirli davranışla gerçekleştirilen haksızlıklarda fail, kendi şahsi kabiliyetleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla, objektif olarak mevcut bulunan özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu kabiliyetlere şahsen sahip olan kişi, buna rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranması sonucunda bir hukuki değeri ihlal etmesi, bu değerini ilişkin olduğu konuyu zarara uğratması veya somut bir tehlikeye maruz bırakması durumunda, taksirli haksızlıktan dolayı kusurlu telâkki edilecektir. Bu itibarla, kişi, dikkat ve özen yükümlülüğünün mevcudiyetini ve muhtevasını idrak edebilecek ve aynı zamanda bu doğrultuda hareket edebilecek durumda olmalıdır. Dikkat ve özen yükümlülüğünün kişi tarafından algılanabilir olması, aynı zamanda bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla meydana gelen neticenin öngörülebilir olmasını da ifade etmektedir. Nitekim, maddenin dördüncü fıkrasında, bu gerçek şu şekilde ifade edilmiştir: “Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.”* **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 278.

¹⁵ **İçel**, Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, (İçel, Taksir), s. 22; Alacakaptan, Uğur, **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 158. “*Taksirin, “tedbirsizlik”, “dikkatsizlik”, “meslek ve san’atta acemilik” ve “nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik gibi bir kusurluluğu belirttiği*”, Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, 10. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 245.

¹⁶ Krş. **Demirel**, Çifte Özen, s. 120; Kartal, Melik, “Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”, **CHD**, Aralık 2020, (44) sa. 913-948, s. 929.

alınacağına göre (dördüncü ve beşinci fıkra) kanun sistematigi, taksirli suça ilişkin haksızlık tipikliğinin kusur değerlendirmesinden önce gerçekleştiğini kabul etmektedir. Kanundaki bu ayırım, taksirin temelini oluşturan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın, tipik haksızlığa dahil edildiğini ve esasen bir haksızlık şekli olarak kabul edildiğini göstermektedir.¹⁷

Diğer taraftan cezanın belirlenmesinde TCK m. 61/1-f gereği “*kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığını*” dikkate alan kanun, burada da taksiri kusurdan ayırarak haksızlığı kast veya taksir ile gerçekleştiren failin kusurunun ağırlığına dikkat çekmektedir. Diğer bir ifadeyle kusurun ağırlığının, kast veya taksire dayandırılması, fail hakkındaki kınama yargısının kasten veya taksir ile gerçekleştirilen haksızlığa ilişkin olabileceğini göstermektedir. Böylece taksir-kast ve kusur arasında tespit edilebilir bir ayırım yapılmaktadır.¹⁸

TCK m. 21 ve m. 61/1-f’ye ek olarak taksiri kusurdan ayıran en açık hüküm, CMK m. 223’te yer almaktadır. Burada sanığın kusurunun bulunmadığı haller için ceza verilmesine yer olmadığı kararını öngören kanun koyucunun, failin kast veya taksirinin bulunmamasını beraat kararı verilmesi gereken bir durum olarak düzenlemesi, taksir ve kusur ayırımına ilişkin bariz bir göstergedir.¹⁹ Söz konusu düzenlemeler karşısında taksirin kusur türü olarak değerlendirilmesi, taksirli suçun tipiklik unsurları gerçekleşmediğinde sanık hakkında ne yönde karar verileceğine ilişkin derin bir belirsizlik yaratır.

Modern taksir dogmatığının hem bilimsel alanda hem kanun yapımında büyük etki göstermesi Türk ceza hukuku açısından olumlu bir gelişmedir. Ancak kanundaki değişiklik, bilimsel alanda öğretinin gelişimiyle yeterince desteklenmediği sürece tek başına istenen sonucu üretmez. Bu yönüyle değerlendirildiğinde hareketin haksızlığı lehine önemli bir dönüşüm gerçekleştiren modern suç teorileri üzerine ülkemizde yeterince derin çalışmalar yapılmadığını söylemek yanlış olmaz. Dolayısıyla bunların, ceza hukuku literatürümüzde Alman hukukundaki gibi klasik suç teorisini yerinden edecek kadar güçlü bir etki göstermesi de mümkün olamamıştır.²⁰ 5237 sayılı TCK’nın kabulü sonrasında bile “yerinden edilemeyen” klasik öğretinin en büyük takipçisi ise özellikle taksirin yapısına ilişkin değerlendirmeleriyle Yargıtay olmuştur. Mahkemenin kararlarında taksir; hala suçun tipikliğiyle ilişkilendirilmeden

¹⁷ Krş. **Koca/Üzülmez**, İş Kazaları, s. 243.

¹⁸ **Demirel**’e göre bu düzenleme, taksirin kusur yönünü ortaya koymaktadır. Bkz. **Demirel**, Çifte Özen, s. 120.

¹⁹ **Koca/Üzülmez**, İş Kazaları, s. 243; **Demirel**, Çifte Özen, s. 120

²⁰ TCK’nın m. 21 ve 22 ile kusur şekli olarak kast ve taksire yer verdiği yönündeki klasik görüş hala savunulmaktadır. Bkz. Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bs., Seçkin, Ankara, 2024, s. 408 vd. Aynı yönde bkz. Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bs., US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 276 vd; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bs., Beta, Ankara, 2017, s. 363 vd.

ele alınmakta ve taksirin tipiklik unsurlarına yönelik bir eksikliğe kusuru ortadan kaldıran bir sonuç bağlanmaktadır. Zira Yargıtay’a göre taksir, “*istisnai bir kusur şeklidir*”.²¹ Bu durum ceza hukuku uygulamasının, kanun koyucu tarafından da benimsenen modern taksir dogmatığı kavramlarıyla değerlendirilmesini oldukça güçleştirmektedir.²² Dolayısıyla Türk ceza hukukunda 5237 sayılı Kanun sonrasında da taksirli suçun yapısına ilişkin temel düzeyde bir uzlaşıya varıldığından bahsedilemez.

Kanaatimce taksir, TCK’da benimsenen temel çerçeveye uyumlu bir şekilde esasen bir tipiklik sorunu olarak ele alınmalıdır. Bu bağlamda taksirli davranış, somut olayda hukuka uygunluk bakımından meşru veya kusursuzluk açısından mazur görülebilir. Ancak bunun en başta taksirli olup olmadığı suçun tipikliği içinde değerlendirilmesi gereken bir meseledir.²³ Yukarıda ifade edildiği üzere pozitif düzenlemelerle benimsenen dogmatik yaklaşım da taksirin yalın bir kusur şekli olarak değerlendirilmesini zorlaştırmakta, dahası taksirli davranışı suçun tipikliğine dahil etmektedir. Ayrıca suçun haksızlık unsurlarını tespit ederken hareketin değersizliğini incelemeye imkân tanımayan klasik suç teorisinin; tipikliğin karine fonksiyonu ve ceza hukukunun bireylerin davranışları üzerindeki yönlendirici rolüyle bağdaşmayan bir suç yapısı önerdiği de açıktır. Zira haksızlığın herhangi bir iradi-nedensel davranışla gerçekleştiği kabulünde; bireylerin suç düzenlemelerine bakarak özellikle sırf netice suçları bağlamında izin verilen risk sınırları içinde eylemlerini gerçekleştirebilmeleri mümkün olmayacaktır. Bunun için nedensellik temelli suçlarda bile belli davranış normlarına aykırılığın yaptırım altına alındığı kabulüyle taksirli davranışa tipiklik içinde esaslı bir rol verilmelidir. Bu herhangi bir nedensel-iradi davranış değil, özel nitelikleri haiz ve “suçun haksızlığını gerçekleştirmeye muktedir” bir davranış olmalıdır. Böylece suç tipiyle korunan hukuki değer açısından tolere edilmeyen bir tehlikelilikten kaçınmak, bireyler için mümkün hale gelir. Taksir kavramının belirsizliği düşünüldüğünde, taksirle öldürme ve yaralama gibi tipikliğin sadece belli bir neticeye neden olma ile sınırlı bir şekilde tarif edildiği sırf netice suçları açısından tipik davranış

²¹ “*istisnai bir kusurluluk şekli olan taksir*” bkz. Yarg. CGK, T. 29.04.2014, E. 2014/89, K. 2014/226; 12. CD, T. 26.05.2021, E. 2020/7422 E. 2021/4276 K; 1. CD. T. 10.01.2023, E. 2022/8080, K. 2023/63, (tümü için erişim tarihi: 05.02.2025), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

²² Bu zorluğun en görünür hale geldiği yerlerden biri de mağdurun kendi sorumluluğunda gerçekleşen intihar olayları açısından taksir sorumluluğunu reddetmek isteyen Yargıtay’ın; “*sanığa atfedilecek kusur bulunmadığı*”, “*sanıkların taksirinin bulunmadığı*” veya “*sanığa yüklenebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı*” şeklindeki ifadelerle beraat sonucuna vardığı kararlardır: “*sanığın yeğeni olan ölenin intiharını engelleyecek bir tedbir alma imkanı bulunmadığı, bu itibarla sanığa atfedilecek bir kusur bulunmadığı*” Yarg. 12. CD., T. 7.3.2014, E. 2013/15118, K. 2014/5749; “*31 yaşındaki Şenay’in, sanığın açık alana bıraktığı silahı alarak intihar etmiş olması karşısında, sanığa yüklenebilecek herhangi bir kusur bulunmadığından*” Yarg. 1. CD., T. 20.11.2014, E. 2013/1555, K. 2014/5435. (erişim tarihi: 05.12.2024), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda 2.2.1.2.

²³ Aynı yönde bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 3.

üzerinden yapılacak sınırlama önemini artırmaktadır.²⁴ Aksi halde meşhur örnekteki gibi buluşma yerine kız arkadaşı B'yi çağıran A'nın, orada meteor çarpmasıyla B'nin ölmesi halinde ilgili suçun haksızlığını gerçekleştirdiği ancak taksirle hareket etmediğinden kusurlu sayılamayacağını savunan klasik öğretinin anlamsız geniş tipiklik kabulünden tam olarak kurtulmak mümkün olmayacaktır.²⁵

Bu çalışmada kasıtlı muadilleri gibi taksirli suç tiplerinin de esasen haksızlığın bir türü olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu noktada haksızlığın hukuken istenmeyen bir neticeye yol açmaktan ziyade suçun temelindeki davranış normları ile çelişkiden kaynaklandığına dikkat edilmelidir.²⁶ Nitekim bu fikir üzerine gelişen modern suç teorisinin; taksirli sırf netice suçlarında dahi tipik hareketi, neticeye neden olmak şeklinde değerlendirmesi kabul edilemez.²⁷ Dolayısıyla nedensellik temelli bir haksızlık anlayışından uzaklaşmak için taksirli davranışın ne olduğu sorusuna bu suçların hareket haksızlığını tespiti imkân veren ikna edici bir açıklama getirilmelidir. Bu çerçevede kusurdan tipikliğe doğru dönüşümü konu alan yapısal tartışmalarla taksirin esasında bir tipiklik sorunu olduğu belirlendikten sonra taksirli davranışın nasıl belirleneceği sorusuna odaklanmakta yarar vardır.

Bu anlamda taksirli davranışın tespiti açısından, TCK m. 22/2 ile işaret edilen ve öğretide de oldukça taraftar bulan objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın, belli sakıncalarıyla birlikte yol gösterici bir kriter olduğunu söylemek mümkündür. Özene aykırılık kriterine bağlı kalarak devam edecek olursak failler, kişisel anlamda kendisiyle aynı durumdaki makul ve mantıklı bir kişiye göre ilgili davranış normunun gerekliliklerini yerine getirme noktasında yetersiz kalabilir. Failin ölçüt figürün sahip olması gereken bilgi ve beceriden yoksun olduğu bu hallerde taksirli suçun temelindeki davranış normu objektif açıdan ihlal edilmişse de fail hakkında kınama yargısında bulunulamayan bir durumla karşılaşmaktadır. Kusurluluğu etkileyen diğer hallerde olduğu gibi burada da taksirli fail; iradesini hukuk düzenin davranış talimatlarına uygun bir yönde ortaya koyamadığı için mazur görülmektedir. Dolayısıyla burada “*bireyselleştirilmiş özen anlayışı*”²⁸ ile tipik haksızlığı inkâr etmek yerine, meselenin kusurluluk bağlamında ele alınması gerekir.

²⁴ Krş. **Burgstaller**, s. 43.

²⁵ Krş. **Burgstaller**, s. 43; **Roxin/Greco**, § 11, kn. 57.

²⁶ Krş. Engisch, Karl, **Die Kausalität als Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, (**Engisch**, Kausalität), s. 53.

²⁷ Krş. **Burgstaller**, s. 43.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirel**, Çifte Özen, s. 124 vd.

Tam tersi bir ihtimalde ise hukukun, özel bilgi ve kabiliyete sahip bir kişiden ölçüt figüre göre daha fazlasını talep etmesi doğaldır. Burada artık izin verilen riskin sınırları, ölçüt figüre göre değil failin kişisel durumuna göre belirleneceğinden modern taksir dogmatığı açısından özen yükümlülüğünün sınırları ortalama yukarıya doğru çekilmelidir. Özetle taksirli failin bilgi ve beceri itibarıyla ölçüt figürden aşağıda kaldığı hallerde genelleştirilmesi gereken “özen yükümlülüğü”, özel bilgi ve kabiliyet halinde ise bireyselleştirilmelidir.²⁹

Çalışmamızda taksirli suçlarda iştirak ve daha özelde müşterek faillik meselesi üzerinde durulacağı için; taksirli failin kişisel olarak kendisinden bekleneni gerçekleştiremeyeceği bir durumu ifade eden “subjektif özene aykırılık”, kusur konusu olması itibarıyla burada daha fazla tartışılmayacaktır. Kasıtlı suçlardan da bilindiği üzere bir suçun iştirak halinde işlenmesi suça katılanların kusur durumundan bağımsız bir konudur. İştirak edenlerden bazıları açısından kusuru ortadan kaldıran durumun varlığı, iştirak görünümü üzerinde etkili olmaz. Yalnızca ilgili kişilerin cezalandırılmasına engel teşkil eder. Diğer taraftan doğası gereği taksir alanında iştirak, taksirli davranışın gerçekleştirilmesindeki görünümle ilgilenmek zorundadır. Bu anlamda taksirli suçlarda iştirak ve müşterek faillik meselesi; “objektif özen yükümlülüğünün ihlali” ölçütüne dayanan taksirli davranış ile ilişkilendirilmesi gereken bir konudur.

1.1.2. Taksirli Davranışın Belirlenmesi ve Kast-Taksir Arasındaki İlişki

Kasıtlı ve taksirli netice suçları, neticenin haksızlığı noktasında değil hareketin haksızlığı noktasında birbirinden farklılaşmaktadır. Zira tipik davranış nasıl yerine getirilmiş olursa olsun, korunan hukuki değer ihlali açısından meydana getirdiği tehlikenin neticede gerçekleşmesine ilişkin inceleme (gerçek/dar anlamda objektif isnadiyet) iki suç türünde de aynıdır. Bu yönüyle kast ve taksir tipi arasında neticenin değersizliği açısından bir fark olmadığının, tipik haksızlık bağlamında esas farklılığın hareketin değersizliğinde gündeme geldiğinin altını çizen *Rengier* doğru bir noktaya işaret etmektedir. Ancak yazarın bundan sonraki açıklamalarında hakim öğretinin sıkça tekrarladığı hatalı bir değerlendirme yer almaktadır. *Rengier*’e göre iki suç grubu arasındaki esaslı farkın sebebi olan hareketin değersizliği; kasıtlı suçlarda tipikliği gerçekleştirmeye yönelen irade anlamında kastta aranmalıyken, taksirde bu değersizliği oluşturan şey objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktır.³⁰ Böylece diğer suçlarda nasıl ki kast, hareketin değersizliğini karakterize eden bir unsur kabul ediliyorsa taksirli suçlarda da hareket haksızlığının özgü karakteri objektif özene aykırılık

²⁹ “nach „unten“ zu generalisieren, nach „oben“ zu individualisieren” **Roxin/Greco**, § 24, kn. 57.

³⁰ **Rengier**, § 52, kn. 5.

üzerinden ifade edilmektedir. Bu bakış açısı; her iki suçta da diğerinde bulunmayan en az bir ayırt edici unsur olduğu düşüncesini beslemektedir.

Bu doğrultuda suçun tipikliği bağlamında hareketin değersizliğini tespit için “özene aykırılık” kıstasına sıklıkla yer verilse de içerik itibarıyla bu kriterin kendisinden beklenen belirlemeyi yapamadığı baştan ifade edilmelidir. Nitekim öğretilerde taksirli davranışın ilave ön koşulları olarak “*öngörülebilirlik*”, “*fark edilebilirlik*”, “*kaçınılabilirlik*” gibi unsurlardan bahsedilmesi ve taksir sorumluluğunu sınırlayıcı olarak objektif isnadiyet öğretisinden faydalanılması, başlı başına özene aykırılık kıstasının yetersizliğini göstermektedir.³¹ Taksirli davranışın taşınması gereken özelliklere ilişkin öğretilerde çok sayıda farklılaşan belirleme yapılması ise kanunilik ilkesi yönünden belli endişeler yaratmaktadır.³²

Bireysel vakalar açısından önemli pratik sonuçlar doğurmakla birlikte cezalandırmanın en alt sınırını tayin etmesi itibarıyla taksirin önemli bir işlevi bulunduğu kuşkusuzdur. Bu yönüyle ceza sorumluluğu ile cezasızlık arasındaki sınırın taksirli davranış ile aşıldığı düşünülecek olursa; -özellikle Almanya gibi ceza kanununda taksirin tanımlanmadığı ülkelerde- hukukçuların taksir kavramının açık bırakılmasına itiraz etmesi de şaşırtıcı değildir.³³ Diğer taraftan TCK m. 22/2’deki tanım; taksirli suçlara yönelik belirlilik ilkesi açısından olumlu bir adım olarak görülebilir.³⁴ Ancak buna gereğinden fazla bir önem atfetmek yanlış olur. Zira Türk kanun koyucu da taksirin tanımını yapmak isteyen kanun koyucular gibi nihayetinde ceza hukukundaki gelişimin önüne geçmemek ile hukuki güvenliği sağlamak arasında bir dilemma ile karşılaşmıştır.³⁵ Burada taksir belirsizliğine son vermek için çaresizce kazuistik bir yöntemle başvurmayı doğru bulmayan kanun koyucunun; ceza hukuku öğretisinin ve yargı uygulamasının gelişimine imkân veren bir perspektifle³⁶, “*dikkat ve özen*

³¹ Krş. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 8.

³² Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Herzberg, Rolf Dietrich, “Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot”, **ZIS**, 5/2011, (**Herzberg**, ZIS 2011) 444-452.

³³ “*Dolayısıyla kanun koyucu geçmişte olduğu gibi anlamsız bir “taksir” terimiyle yetinir ve bunun gerçekte nasıl anlaşılmasını istediğine dair hiçbir işaret vermezse, bu önemli sınırı yasama yoluyla tanımlama görevini ihlal etmiş olur.*” Duttge’ye göre bu durum; taksirin kanunilik ilkesiyle uyumluluğu noktasında Alman öğretisinde dile getirilen endişeleri teyit etmektedir. Duttge, Gunnar, **Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten**, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2001, (**Duttke**, Bestimmtheit) s. 205, 206.

³⁴ Keçelioğlu’na göre Rusya ve Avusturya örneklerinde olduğu gibi 5237 sayılı TCK’nın taksiri tanımlama yolunu tercih etmesi, taksire ilişkin teorik tartışmalar için bir çerçeve oluşturduğu için en azından belli ölçüde belirsizlik giderilmiş olduğundan hukuki güvenlik ideali yönünde bir ilerleme kaydedilmiştir. Bkz. **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 8.

³⁵ Krş. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 97a.

³⁶ Aynı yönde bkz. **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 8.

yükümlülüğüne aykırılık” üzerinden yine belirsiz ve soyut bir tanım tercih ettiği görülmektedir.³⁷

İleride ayrıntılı olarak izah edileceği üzere çalışmanın odak noktasını oluşturan taksirli sırf netice suçlarında tipiklik, çoğunlukla izin verilmeyen tipik tehlikenin yaratılması ile bunun neticede gerçekleşmesini konu almakta (tehlike bağlantısı) ve objektif isnadiyet başlığı ile incelenen aşamada tamamlanmaktadır.³⁸ Dolayısıyla taksirli davranışın esasen izin verilmeyen tehlike üzerinden belirlenmesi daha isabetlidir. Kasıtlı netice suçlarında tipik tehlike; benimsenen faillik kriterinin gerektirdiği şekilde oluşturulduğundan eylem, manevi unsur olarak kastın varlığını gerektirir. Kasıtlı suç tipikliğinin ilave unsurlar ile tamamlandığı düşünülecek olursa da taksirin istisnai-bağımsız bir suç şekli³⁹ değil ceza hukukunda önem arz eden haksızlıkların temel formu olduğu anlaşılabacaktır.⁴⁰ Kasıtlı suç taksirin tipikliği içinde tehlikenin yaratılmasına ilave unsurlar içerdiğine göre iki suç tipi arasında birbirini dışlayan *aliud* bir ilişkiden⁴¹ bahsedilemez.

Taksirin kasttan ayrı ve bağımsız yapısının bulunduğu ve birinin tespit edildiği yerde diğerinin gündeme gelemeyeceği şeklindeki düşünce⁴², taksirin “özen yükümlülüğüne aykırılık” üzerinden karakterize edilmesine dayanmaktadır.⁴³ Bu aykırılığa kasıtlı suç incelemesinde yer verilmemesi, özene aykırılığın münhasıran taksirli suça özgü bir unsurmuş

³⁷ Taksirin tanımına yer verilmemesi durumuna göre belirlilik ilkesi açısından avantajlı olan kazuistik yöntemin hiçbir şekilde daha iyi bir kanun ortaya çıkarmayacağı, TCK’daki gibi soyut tanımlamanın da tanımsızlığa göre belirlilik noktasında bir iyileşme sağlamadığı yönünde, dolayısıyla Alman hukukunda ileri sürülen bu yöndeki taleplere rağmen aslında kanuni tanımın taksirli davranışının tespitine ilişkin çok az bir kazanım sağladığı yönünde bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 97a.

³⁸ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 10 vd. Bu bağlamda taksirli suçlarda neticeyi tipikliğin dışına çıkaran ve onu objektif cezalandırılabilme şartı kabul eden yaklaşımın isabetli olmadığı vurgulanmalıdır.

³⁹ “*Haksızlığın istisnai bir işleniş şekli olarak taksir*” Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bs., Seçkin, Ankara, 2024, (**Koca/Üzülmüş**, Genel Hükümler) s. 190; “*bağımsız bir suç şeklidir*” **Demirel**, Çifte Özen, s. 79. Kanaatimce bu düşünce, klasik öğretide taksiri istisnai bir kusur şekli olarak gören yaklaşımdan belli ölçüde etkilenmektedir. Krş. Puppe, Ingeborg/Grosse-Wilde, Thomas, in: **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, 6. Bs., Nomos, Baden-Baden, 2023, vor §§ 13–15, (**Puppe/Grosse-Wilde**, in: NK-StGB) kn. 154.

⁴⁰ Bu yönde norm teorisinden hareketle kaleme alınan ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Rostalski**, s. 73-89.

⁴¹ Kretschmer, Joachim, “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, **JURA**, 2000/5, sa. 267-276, s. 267; **Jeschke/Weigend**, s. 563; **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 38; **Demirel**, Çifte Özen, s. 79; **Heinrich**, AT, kn. 261.

⁴² “*Kasten ve taksirle işlenen suçlar birbirinden bağımsızdır. Taksir, kastın hafifletici bir şekli de değildir; bu yüzden kast ve taksir aynı şartlar bakımından karşılıklı olarak birbirini ortadan kaldırırlar. Bir başka ifadeyle failin kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiğinin belirlenemediği hallerde, taksirden dolayı mahkûm edilmesi mümkün değildir. Kastın bulunmadığı hallerde, failin taksirinin olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır.*” **Koca/Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 191. Aynı yönde “*birinin bulunduğu yerde diğeri bulunmaz*”, bkz. **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 509, 510; “*birisinin bulunduğu yerde diğerinin bulunması imkansızdır*”, Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 316; “*buna göre bir fiilde kast ve taksir aynı anda bulunamaz.*” **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 38.

⁴³ Taksirdeki özensizliğin, faile yönelik kendine özgü bağımsız suçlamayı temellendirdiği şeklindeki değerlendirme için bkz. **Sternberg-Lieben/Schuster**, in: Schönke/Schröder-StGB, § 15, kn. 3. Krş. **Renzikowski**, Restriktiver, s. 224; **Heinrich**, AT, kn. 1010, 1011.

gibi anlaşılmasına yol açmıştır.⁴⁴ Buna göre kasta rağmen fail, objektif özene aykırı davranmamış sayılmaktadır. Oysa objektif özene aykırılık, izin verilmeyen tipik bir tehlikenin oluşturulmasından, izin verilen riskin aşılmasından öte bir anlam taşımamaktadır.⁴⁵ Suça konu davranış normunun gerekleri açısından beklenen özene riayet edilip edilmediğine yönelik değerlendirme; kişilerin izin verilen riskin sağladığı meşru hareket alanı içinde kalıp kalmadıklarını belirlemek için yapılır.⁴⁶ Taksir dogmatığı içinde bu hukuki değerlendirmenin daha çok özen yükümlülüğüne aykırılık ölçütüne dayandırılması, kast ve taksir arasında aliud bir ilişkinin olduğunu göstermez.⁴⁷ Aslında her iki suçun tipikliği de izin verilmeyen tehlikenin neticede gerçekleşmesini aramakta ancak izin verilmeyen tehlike, kasıtlı suçta daha nitelikli bir şekilde oluşturulmaktadır. Bu nedenle de kast alanında çoğu zaman tehlikenin izin verilen sınırlar içinde kalıp kalmadığına ilişkin ayrıca bir incelemeye gerek duyulmamaktadır.⁴⁸ Taksir ve kast arasındaki bu benzerliğin fark edilmesiyle beraber aliud ilişki görüntüsünden kaçınmak için; taksirli davranışı, özene aykırılık yerine izin verilmeyen tehlikenin yaratılması ile izah etmeye yönelik eğilimin güçlenmesi şaşırtıcı değildir.⁴⁹ Ortak hareket haksızlığına ilişkin detaylı açıklamaları ileriye havale ederek⁵⁰ şu ana kadarki tespitler doğrultusunda iki temel suç grubu arasındaki ilişkiyi muadil suç tipleri (kasten-taksirle yaralama ve kasten-taksirle öldürme gibi) açısından $kast = taksir + X^{51}$ şeklinde formüle etmek mümkündür.

Taksirli suçlarda tipik davranışın belirlenmesi bağlamında izin verilmeyen riski yaratan davranışın tespiti, suç tipinin temelindeki davranış normları ile yakından ilişkilidir. Ceza hukuku kapsamında izin verilmeyen riskin, izin verilen riskten ayırt edilmesi, belirli yaşam alanlarını düzenleyen ve ilgili suç tipinin temelinde yatan davranış normlarının dikkate

⁴⁴ Aynı yönde **Puppe/Grosse-Wilde**, in: NK-StGB, vor §§ 13–15, kn. 154. Buna ilaveten, kasıtlı suç failinin öncelikle özensiz ve dikkatsiz hareket etmesi gerektiğine yönelik düşüncenin (doğru olmasına rağmen) kulağa tuhaf gelmesinin de karşı pozisyonun oluşmasında etkili olduğu yönünde bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn 80.

⁴⁵ Aynı yönde bkz. Puppe, Ingeborg, “Der Aufbau des Verbrechens”, in: **Festschrift für Harro Otto**, Carl Heymanns, Köln, 2007, sa. 389-402, (**Puppe**, FS-Otto) s. 397, 398. Taksirle ilgili yeterli malumata sahip kişilerin, burada sadece terminolojik bir farklılık olduğunu bildikleri yönünde bkz. Herzberg, Rolf Dietrich, “Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt” **JuS**, 36/5, 1996, 377-384, (**Herzberg**, JuS 1996) s. 379.

⁴⁶ **Herzberg**, JuS 1996, s. 389.

⁴⁷ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 80.

⁴⁸ Frisch, Wolfgang, “Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre”, **GA**, 2003, sa. 719-743, (**Frisch**, GA 2003) s. 730; aynı yazar, **Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs**, C.F. MÜLLER, Heidelberg, 1988, (**Frisch**, Verhalten), s. 48.

⁴⁹ Krş. **Puppe/Grosse-Wilde**, in: NK-StGB, vor §§ 13–15, kn. 154.

⁵⁰ Bu bölümde bkz. III, C, 2.

⁵¹ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 80. Aynı yönde bkz. **Herzberg**, JuS 1996, s. 381; **Puppe**, FS Otto, S. 389 (398 f.)

alınmasını gerektirir.⁵² Ancak soyut düzen normlarına aykırılık⁵³, ceza hukukunu ilgilendiren bir ihlale “*az ya da çok*” işaret etmekle birlikte ceza hukuku yaptırımı gerektiren bir ihlalin (buradaki anlamıyla taksirli davranış) mutlak anlamda ortaya çıktığını göstermez.⁵⁴ Bunun için ilgili özel suç tipi bağlamında somut olayın koşullarını da dikkate alarak ayrı bir inceleme yapılması ve davranış normlarına aykırılığın işaret ettiği tehlikenin meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi gerekir. Böylece somut olayda ceza hukuku aracılığıyla uygulanması istenen bir davranış kuralının ihlalinin (özensizliğin), özel suç tipi anlamında izin verilmeyen bir tehlike oluşturup oluşturmadığı yani taksirli davranış niteliği kazanıp kazanmadığı belirlenecektir.⁵⁵

Diğer taraftan genel ve soyut nitelikteki kurallara uygun hareket etmek tek başına taksirli davranış ihtimalini dışlamaz. Örneğin trafikte yeşil ışık yandığı için kavşakta durmadan geçen kişi, soyut bir trafik kuralını ihlal etmese de trafikteki diğer kişilerin de kurallara uygun davranacağı yönündeki güvenin artık korunamayacağı bir durum söz konusuysa yaya geçidindeki mağdura çarptığında “yeşilde geçiş” ile taksirli bir davranış gerçekleştirmiş olur.⁵⁶ Dolayısıyla her halükârda taksirli davranışın elde edilmesi, davranış normlarına aykırılığın ötesinde karmaşık bir hukuki değerlendirme gerektirebilmektedir.⁵⁷ Hangi özensizliklerin ilgili suç tipi açısından ceza hukuku bağlamında hukuken izin verilmeyen bir tehlike oluşturduğuna karar verirken, içtihat ve öğretinin şimdiye kadar aynı amaçla özen yükümlülüğünün ihlalini tespit etmek için geliştirdiği hususların, dikkate alınması bir gerekliliktir.⁵⁸

Davranış normları ile taksirli davranış arasındaki ilişki ve taksirli suçlarda hareketin haksızlığının nasıl tespit edileceği meseleleri, taksir dogmatığının en temel uğraş alanlarından biri olup kendi içinde birçok tartışmalı alt başlığı ihtiva etmektedir.⁵⁹ Bu tartışmalar genelde tek başına hareket eden izole bireylerin model alındığı bir bağlamda geliştirilmektedir.⁶⁰ Bu model bağlamında taksirli netice suçlarının çoğu zaman belli bir neticeye taksirle neden olunması

⁵² Kaspar, Johannes, “Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte”, *JuS*, 2012/1-2, sa. 16-21/112-117, s. 20.

⁵³ Burada trafik kuralları gibi şekli hukuk kuralı haline gelen davranış normlarına daha büyük bir rol düşse de genel tecrübe kurallarını veya belli spor faaliyetlerine veya teknik alanlara yönelik özel regülasyonların da davranış normu kılavuzu olarak kullanılacağı yönünde bkz. **Kaspar**, s. 20. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 15 vd.

⁵⁴ **Murmann**, Grundkurs, § 23, kn. 46. Aynı yönde bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 15, 19.

⁵⁵ **Kaspar**, s. 20; **Murmann**, Grundkurs, § 23, kn. 46.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 23; **Kaspar**, s. 19.

⁵⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Pastor Muñoz, Nuria, “Erlaubtes Risiko und Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht: Zugleich Ein Beitrag zur Bestimmung des Inhalts des erlaubten Risikos”, *GA*, 2021, sa. 16-33, s. 17 vd. Bu durumun kanunilik ilkesine aykırılık anlamına gelmediği, sürekli değişen ve gelişen niteliği gereği özen yükümlülüklerinin başka türlü somutlaştıramayacağı yönünde bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 564.

⁵⁸ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 14.

⁵⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Walther, Susanne, **Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung**, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1991, s. 22 vd.

⁶⁰ **Stratenwerth**, FS-Schmidt, s. 384.

cezalandırıldığından ve kaçınılması gereken durum dışında bir eylem tarif edilmediği için normu somutlaştırmaya yönelik bir dogmatik yaklaşım, öncelikle normun muhatabından beklenebilir olanı tespit etmeye çalışmaktadır.⁶¹ İzole bireyler dikkate alındığında bu tespitin, en başta insanın hesaplama yetenekleri tarafından erişilebilir olanlarla yani objektif öngörülebilirlik ile ifade edilmesinin sebebi de burada yatmaktadır. Dış dünyanın karmaşık nedensel yapısı içinde yalnızca nesnel açıdan öngörülebilir olaylar, izin verilmeyen tehlikenin tespitine konu olabilir. Ancak bu noktada dış dünyada hâkim olan determinizmin aksine özgür iradeleri ile hareket eden bireylerin dahil olduğu nedensel süreçlerdeki indeterminizm bunların farklı bir bakış açısıyla ele alınmasını gerektirmektedir.⁶²

Taksir ve iştirak bağlamında bu bakış açısını ortaya koymayı amaçlayan çalışmada; özensizce yaratılan “fırsat”ın başka bir haksızlığın gerçekleşmesine vesile olduğu ve taksirli davranışın birlikte gerçekleştirildiği durumlar üzerine odaklanılacaktır. Özellikle birinci ihtimal açısından esas soru, ön gelen özensizlikle bir başkasının eylemine yönelik maddi veya manevi anlamda “katkı sağlayan” kişi bakımından taksir sorumluluğunun nasıl belirleneceği noktasında gündeme gelmektedir.⁶³

1.1.3. Taksir Tipikliğinin Tek Subjektif Unsuru Olarak Bilinçli Taksir

Kasıtlı suçta eklenen *X* gibi bilinçli taksirle işlenen suçlarda da ilgili suçun temel tipikliğine (basit taksir) ilave bir unsur eklendiği düşüncesindeyim. Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere basit taksirle işlenen suçun tipikliği; davranışa ilişkin özel bir belirleme yapılmamışsa nedensellikte birlikte tehlike bağlantısının konusu olan unsurlardan oluşmaktadır. Fail; bu şekilde gerçekleşen maddi tipikliğin unsurlarına ve özelliklerine ilişkin, haksızlığın muhtevası açısından dikkate alınması gereken bir tasavvurla hareket etmemektedir.⁶⁴ Diğer taraftan taksirli suçta manevi unsura ulaşma arayışları için bireyselleştirilmiş taksir öğretisi bir alternatif gibi görünebilir.⁶⁵ Ancak gerçekleşen haksızlığa

⁶¹ Schneider, s. 206.

⁶² Krş. Schneider, s. 68, 92, 94. Ayrıca bkz. aşağıda 2.3.

⁶³ Krş. Stratenwerth/Kuhlen, § 15, kn. 61.

⁶⁴ Roxin/Greco, § 24, kn. 74. Yazarlar; riski oluşturan faktörlere yönelik bilincin, taksirli suçun manevi unsuru olduğu yönündeki değerlendirmelere de karşı çıkmaktadır. Bu çerçevede bilerek kırmızı ışıktan geçme veya bilinçli olarak hatalı sollama yapma örneklerindeki gibi birçok durumda failler, riskin bilincindedir. Ancak riski yaratan faktörlere ilişkin farkındalığa, taksirli suçun genel manevi unsuru nitelemesi yapılırsa basit taksirin yine yaygın görünümlerinden olan unutkanlık, gözden kaçırma ve diğer dikkatsizlik hallerinde taksirli davranış tespit etmek zorlaşacaktır. Dolayısıyla Roxin/Greco’ya göre risk faktörlerinin farkında olmayan kişilerin de hukukten izin verilmeyen bir tehlike yaratabileceği gerçeği göz ardı edilmeden bu görüşe hak vermek mümkün değildir.

⁶⁵ Bireyselleştirici taksir öğretisi içinde bazı yazarlar, taksirli suçta manevi unsuru kabul etmektedir. Bkz. Kindhäuser, Urs/Zimmerman, Till, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Bs., Nomos, Baden-Baden, 2022, § 33, kn. 10, 57, 58. Schmoller, Kurt, “Fahrlässigkeit als „subjektive Erkennbarkeit“ der Tatbestandsverwirklichung – Das Pendant zum Vorsatz”, in: *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Nomos, Baden-Baden, 2019, s. 441; Gropp, Walter,

ilişkin normatif kusur yargısının tipikliğe taşınması, gerçek anlamda bir manevi unsura ulaşıldığı anlamına gelmez. Zira manevi unsur failin ilgili haksızlığa yönelik içsel psişik durumu ile ilgili bir tartışmadır. Normatif bir yargı, tipiklik içinde bile yapılsa failin psişik durumundan farklı bir tartışmanın konusudur. Diğer bir ifadeyle taksirin bireyselleştirilmesi, basit taksirli suça manevi unsur kazandırmaz.⁶⁶ Buna karşın bilinçli taksirle işlenen suçlarda fail tipikliğinin objektif unsurlarına ilişkin belli bir tasavvurla (gerçekleşmeyeceğine yönelik güvenle) hareket ettiğinden dolayı kasttaki gibi ayrı bir manevi unsurun varlığı kabul edilmelidir. Nitekim TCK m. 22/2’de failin psişik durumu, “öngörülen neticenin istenmemesi” şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre risk faktörlerine yönelik farkındalıkla birlikte failin neticeyi öngörmesi, taksir içinde özel bir yere konumlandırılarak taksirli failin haksızlığa yönelik psişik durumu dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla taksirli suçun tipikliğinde manevi unsur incelemesi, münhasıran bilinçli taksire özgüdür.⁶⁷ Muadil haksızlıklar açısından taksirli ve kasıtlı suçlar arasında suçun temel ve nitelikli haline (hırsızlık ve yağma gibi) benzer bir artı-eksi ilişkisi olduğu tespiti⁶⁸, basit ve bilinçli taksir ile işlenen suçlar arasında da geçerlidir.

1.1.4. İlave Bir Haksızlık Unsuru Olarak Netice

İzin verilmeyen tipik tehlike bağlamında taksirli suçun hareket haksızlığına ilişkin yapılan vurgu; bilinçli olma hali dışında manevi unsuru bulunmayan bu suçların maddi yönden sadece tipik davranışın gerçekleştirilmesiyle tamamlandığı değerlendirilmesine yol açmamalıdır. Nitekim tehlikenin neticede gerçekleşmesini ifade eden “gerçek anlamda objektif isnadiyet”in de taksirli suçun tipikliğine dahil olduğuna yukarıda değinilmişti. Ancak klasik öğretinin netice

“Conduct that the Actor Should Realize Creates a Substantial and Unreasonable Risk - Anmerkungen aus der Ferne zum Unrecht des Fahrlässigkeitsdelikts”, in: **Festschrift für Claus Roxin**, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2011, s. 790 ff.

⁶⁶ Krş. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 76a.

⁶⁷ Aynı yönde bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 73; **Demirel**, Çifte Özen, s. 152; Alman ceza hukukunda birçok yazar, bilinçli taksiri cezanın tayininde dikkate almakta ve taksirli suç tipikliğinde hiçbir şekilde manevi unsur olmadığını kabul etmektedir. Bkz. **Rengier**, § 52, kn. 6-8; **Heinrich**, AT, kn. 1018. Krş. Kühl, Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Bs., Vahlen, München, 2017, § 17, kn. 40, 42. **Koca/Üzülmez** de basit-bilinçli taksir ayrımı yapmadan taksirli suçlarda tipe uygunluk içinde subjektif unsura yer verilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak yapılan açıklamalar da esasen subjektif özene aykırılık bağlamında kusur incelemesinin tipiklikten ayrılmasıyla ilgili olup bilinçli taksir özel olarak değerlendirilmemiştir. Bkz. **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 199. Taksirin tipikliğine ilişkin unsurlarını kusurdan ayıran modern öğretide içinde bazı yazarlar ise suç incelemesine maddi-manevi unsurlar şeklinde başladıktan sonra manevi unsur başlığı altında kastın devamında taksire yer vermekte ve taksirli suçu tümüyle burada incelemektedir. Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 259 vd. Bu yöntem basit ve bilinçli taksirin bütünüyle manevi unsurdan ibaret olduğu intibayı yaratmaktadır. Ancak taksir altında incelenen hususlara bakıldığında özellikle objektif özen yükümlülüğüne aykırılık bağlamında yapılan açıklamaların, gerçekleştirilen haksızlığa ilişkin kişilerin psişik durumuna karşılık gelmesi gereken manevi unsurla alakalı olmadığı görülmektedir. Bir haksızlık şekli olarak kabul edilen taksirin; tümüyle manevi unsur altında incelenmesi, taksirin objektif bir haksızlık unsuru taşımadığı izlenimi yaratmaktadır. Taksiri yalın bir kusur şekli olmaktan kurtarıırken, onun objektif haksızlık yönünü görmezden gelerek manevi unsurun içinde sınırlamak da başka bir yanlış anlayışı doğurmaktadır.

⁶⁸ **Herzberg**, JuS 1996, s. 380.

üzerinden tarif ettiği haksızlık anlayışına karşı çıkarken aşırıya kaçan bazı yazarlar, taksirli suçta neticenin değersizliğini suçun unsurlarının tamamen dışında bırakarak neticenin objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu ileri sürmektedir.⁶⁹ Özellikle final hareket ve kişisel haksızlık öğretisi içinde zikredilen aşırılığın temsilcisi konumundaki *Kaufmann*; özene aykırılık anlamına gelen taksirli suçlarda hareketin değersizliğini, sadece haksızlığın kurucu unsurlarından biri olarak görmemektedir. Bunun da ötesinde taksirli suçun tüm haksızlığı; bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu değilse tek başına özene aykırılık ile oluşmaktadır. Yazar, görüşünü *Welzel*'in şu cümlesine⁷⁰ dayanarak temellendirmektedir: “*hareketin değersizliği ne neticenin değersizliğinin eklenmesiyle artırılabilir ne de yokluğuyla azaltılabilir*”. Buna göre neticenin ortaya çıkması, normun ihlali anlamında tipiklik ve hukuka aykırılığın koşullarından biri olmayıp cezalandırılabilmenin bir şartıdır. Yazara göre kişisel haksızlık öğretisi; taksirde neticeye atfedilen kurucu niteliğe karşı bunun tesadüfi sorumluluk anlamına gelmesiyle de ilişkili olarak öğretilen uzun süredir dile getirilen kaygıları gidererek olgusal ve dogmatik açıdan tatmin edici bir çözüme ulaşmıştır.⁷¹ Taksirli suçlarda neticenin fonksiyonuna ilişkin benzer değerlendirme, *Engisch*'in açıklamalarında yer almaktadır. Yazara göre neticeli suçlarda da yasaklanan şey emredilmesi ile engellenmek istenen neticenin ortaya çıkıp çıkmadığından bağımsız olarak ilgili özene aykırı davranışın gerçekleştirilmesidir. Bunun görmezden gelinmesi mümkün değildir. Neticeye düşen fonksiyon ise norm ihlaline cezaya layık bir görünüm kazandırmaktır.⁷² Neticeye verilen bu işlev, neticeyi neredeyse objektif cezalandırılabilme şartına benzetmektedir.⁷³

Bahsi geçen eğilim, Türk öğretisinde *Koca/Üzülmüş* tarafından benimsenmiştir. Ancak yazarlar taksirli suçun tipikliği içinde neticeye yer vermenin yanı sıra bunun objektif cezalandırılabilme şartı özelliği gösterdiğini de savunmaktadır. Gerekçelendirme için finalizm ve norm teorisi ışığında ileri sürülen iki temel argümanın ön plana çıktığı söylenebilir. Taksirli suçlarda tipik davranışın neticeye yönelmediği ve neticenin haksızlık alanından elenmesi gerektiği düşüncesinden hareket eden yazarlar, norma aykırılığın da ilgili neticenin ortaya

⁶⁹ Bu aşırılığı *Roxin/Greco* norm teorisinin radikalleştirilmesi olarak değerlendirmektedir. Bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 7.

⁷⁰ **Welzel**, *Strafrecht*, s. 136.

⁷¹ Kaufmann, Armin, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, in: **Festschrift für Hans Welzel**, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1974, sa. 393-414, (**Kaufmann**, FS-Welzel), s. 410, 411.

⁷² **Engisch**, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, s. 341, 342.

⁷³ Aynı yönde bkz. Welzel Hans, **Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte**, C.F. Müller, Karlsruhe, 1961, (**Welzel**, *Verkehrsdelikte*) s. 21.

çıkmasından bağımsız olarak özen yükümlülüğünün ihlali ile oluştuğunu ileri sürmektedir.⁷⁴ Özetle taksirli suçtaki davranış normu ihlalinin tek başına özene aykırılık ile tamamlandığı ve tesadüfi olarak gerçekleşen neticenin norma aykırılık ile oluşan haksızlığın niteliğinde değişiklik meydana getirmediği düşünüldüğünde netice için objektif cezalandırılabilme şartı olmak dışında bir seçenek kalmamaktadır.⁷⁵

Bu noktada uzlaştırmacı bir görüş benimseyen *Welzel* ise öncelikle taksirli suçlarda neticenin fonksiyonunu belirlemenin kolay olmadığını kabul etmektedir. Ayrıca tüm kayda değer çabalara rağmen objektif cezalandırılabilme şartı kavramına ilişkin bir netliğe ulaşılamaması, bu suçlarda neticeyi objektif cezalandırılabilme şartı gören yaklaşımın değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır. Ancak yine de bu iddianın lehinde ve aleyhindeki hususları tartarak bir sonuca varmaya çalışan yazar, tüm taksirli suç tiplerinin esasen özene aykırılık temelli bir davranış yasağını tarif ettiği tezinin (*Engisch*'e atıfla) bu iddiayı desteklemek için ileri sürülebileceği tespitinde bulunmaktadır. Ancak diğer taraftan neticenin, tipik davranış ile özel bir ilişki içinde (*in einer spezifischen Beziehung*) olması gerektiği düşünüldüğünde objektif cezalandırılabilme şartından daha fazlasını ifade ettiği açıktır. *Welzel*'e göre bu özel ilişki; herhangi bir özensizliğin hukuki menfaat ihlaline yol açması ile tesis edilmiş olmaz. Bunun için “*hukuki menfaatlerin ihlali tam da özene aykırı davranış nedeniyle gerçekleşmiş olmalıdır.*” Yani hareketin özene aykırılığı, neticede gerçekleşmiş olmalıdır. Yazara göre tipik hareketin neticede gerçekleştiğini ortaya koyan bu özel içsel bağlantı, neticenin taksirli suçun tipikliğine dahil edilmesini haklı çıkarmaktadır.⁷⁶ Ancak *Welzel* ilave bir tipiklik ögesi olarak kabul ettiği neticenin⁷⁷, kurucu değil sınırlandırıcı bir işleve sahip olduğu kanaatinde. Zira tipik davranışın yerine getirilmesi tek başına bir normun tümüyle ihlalinin doğurmaktadır. Norm ihlali için eylemin neticede gerçekleşmiş olup olmadığı önemsizdir. Ancak ilk olarak eylemin neticede gerçekleşmesiyle birlikte ilgili norm ihlali, ceza

⁷⁴ Ancak bu değerlendirmelere rağmen yazarların neticeyi taksirli suçun tipikliği dışına çıkarıp çıkarmadıkları anlaşılmamaktadır. Zira ilgili açıklamalarda; objektif özen yükümlülüğüne aykırılıkla taksirli haksızlığın gerçekleştiğini ve genellikle bir zarar neticesi arayan taksirli suçlarda neticeye haksızlığın cezalandırılması açısından ihtiyaç duyulduğunu savunan yazarlar; bu tespitlerden hemen sonra netice öngören suçlarda “*hareketin ifade ettiği değersizliğin içinde bulunması zorunlu olmayan, ilave yeni bir tipiklik unsuru getirilmiş*” olduğunu, kendi başına norma aykırı olan hareketin bir neticede gerçekleşmesi halinde neticenin “*ceza hukuku bakımından önem kazanabilir ve ceza hukukunda tipe uygun haksızlığın bir parçası haline gelebilir*” olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 211, 212. Bu açıklamaların çelişkili olduğu kanaatindeyim. Eğer netice; özene aykırılıkla tamamlanan haksızlığın cezalandırılması açısından ihtiyaç duyulan bir unsur buna tipik haksızlık içinde yer verilmesi doğru değildir. Netice tipe uygun haksızlığın bir parçası haline geliyorsa özene aykırılıkla tamamlanan bir haksızlıktan bahsedilemez.

⁷⁵ Bu yönde bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 272; aynı yazar, “Bilinçli Taksir”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, sa. 697-722, s. 714, 716.

⁷⁶ **Welzel**, Verkehrsdelikte, s. 20.

⁷⁷ **Welzel**, Strafrecht, s. 136.

hukuku bakımından önemli hale gelir. Dolayısıyla tek başına zaten norma aykırılığı gerçekleştiren özensizlik; neticede gerçekleştikten sonra tipik haksızlığın olgusal zemini haline gelir. Bu anlamda sınırlı bir fonksiyona sahip olan netice ise norma aykırılıklar arasından bir seçim yapılmasını sağlamaya yarar.⁷⁸

Kanaatimce ayrı bir neticenin ortaya çıkmasını arayan taksirli suçların haksızlığının; sadece özene aykırılık ile tamamlandığı yaklaşımı, klasik nedensel öğretinin neticeyi merkeze alan haksızlık anlayışına karşı aşırıya kaçan bir tepki olarak kabul edilmelidir.⁷⁹ Bu değerlendirmenin, en başta Türk ve Alman ceza kanunlarının benimsediği taksirli suç tarifleri ile bağdaştırılması güçtür. Taksirli suçu büyük ölçüde neticeye neden olmak üzerinden ele alan ve eylemin doğurduğu neticeyi esas bağlantı noktası haline getiren meri bir ceza hukuku açısından taksirli haksızlığın sadece özene aykırılıktan ibaret olduğu tezi, en azından *de lege lata* ikna edici olamamaktadır.⁸⁰ Bu noktada TCK; özel suç tiplerinden önce m. 22/2 ile zaten özene aykırılık ve netice arasındaki özel ilişkiyi ortaya koyacak şekilde bir tanım tercih etmiştir. Buna göre suç tipinde belirtilen neticenin öngörülmeden gerçekleştirilmesi, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan ileri gelmelidir. Böylece daha genel hükümlerde taksirli suçun tipikliği açısından iki temel unsura vurgu yapıldığı görülmektedir. Diğer taraftan özel hükümler içinde neticeyi tipikliğe dahil eden en açık düzenlemeye, taksirle yaralama suçunda m. 89 ile yer verilmiştir.⁸¹ Kanun koyucu burada, aynı özene aykırılık sonucunda gerçekleşen yaralanmaların niteliğini ve sayısını dikkate alarak birbirinden önemli oranda farklılaşan cezalar öngörmektedir. Tipik davranışa özel bir unsur eklenmediğine göre cezadaki bu farklılaşma, ağırlaşan neticelerin ortaya çıkmasıyla taksir haksızlığının niteliğinde de değişiklik olduğunu gösterir.⁸² Bu itibarla dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık anlamında hareket

⁷⁸ **Welzel**, Verkehrsdelikte, s. 21. Yazara göre bu durum; neticenin, taksirli fiil yönünden ne kadar az öneme sahip olduğunu göstermektedir. **Welzel**, Strafrecht, s. 136.

⁷⁹ **Kaufmann**'ın, objektif cezalandırılabilme şartı yönündeki açıklamalarından hemen sonrasında “*nedensellik dogmasına veda*” (Abschied vom Verursachungsdogma) başlığını atması, bir ölçüde bu tepkiselliği ifade etmektedir. **Kaufmann**, FS-Welzel, s. 411.

⁸⁰ De lege franda taksirli suçlarda neticenin ortaya çıkmasının aranmadığı ve cezanın özene aykırılığa bağlandığı bir modelin isabetliliği ise esas olarak ceza siyasetinin konusu olmakla birlikte zarar suçlarının bu şekilde terk edilmesiyle liberal ceza hukukundan soyut tehlike suçlarına dayalı bir polis devleti ceza hukukuna dönüşmüş olacağı endişesini dikkate almak gerekir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Schünemann, Bernd, “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?”, **Festschrift für Schaffstein**, Schwartz, Göttingen, 1975, s. 171 (**Schünemann**, FS-Schaffstein); **aynı yazar**, JA 1975, s. 512.

⁸¹ Krş. **Demirel**, Çifte Özen, s. 266.

⁸² Öğretide **Meraklı**, bireyselleştirici taksir yaklaşımı çerçevesinde m. 89'u eleştirmektedir: “*Taksirle yaralama suçunda daha ağır bir netice ortaya çıktığı için bunu nitelikli hal olarak sınıflandırmak ve daha ağır ceza öngörmek neticenin haksızlık içeriğini ölçüsüz bir şekilde ön plana çıkartıp hareketin haksızlık içeriğini göz ardı etmek anlamını taşır.*” **Meraklı**, s. 345.

haksızlığının neticeye bağlı olmadığı düşünülse dahi maddede sayılan farklı neticelerin objektif cezalandırılabilme koşulu değil ilave bir haksızlık unsuru kabul edilmesi gerekmektedir.⁸³

Aslında taksir dogmatığı açısından tüm neticeli taksir suçlarında geçerli olan bu gerekliliğin⁸⁴, m. 89 sayesinde çok daha anlaşılır olduğu düşüncesindeyim. Zira *Welzel*'in de vurgu yaptığı netice ile hareket arasındaki o içsel bağlantı, neticenin taksirli haksızlığın bir parçası olarak görülmesi zorunluluğunu doğurur. Objektif isnadiyet anlamında haksızlığın iki önemli unsuru arasındaki özel bağlantı, taksirli suç tipikliği için vazgeçilmezdir. Dolayısıyla en sık karşılaşılan taksirli netice suçlarından olması itibarıyla örneğin “*taksirle bir insanın ölümüne neden olma*” (m. 85) veya “*taksirle başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma*” (m. 89) bağlamında ölüm ve yaralama neticeleri ortaya çıkmadığında veya “özel bağlantı” mevcut olmadığında gerçekleştirilen tipik hareketin ifade ettiği değersizlik bir başka tehlike suçuyla cezalandırılmadığı sürece,⁸⁵ ceza hukuku haksızlığına dönüşmemiş olur. Taksirli netice suçlarının tipik haksızlığı; gerektiğinde manevi unsur ilavesiyle (bilinçli taksir) ancak ilk etapta ve her zaman hareket ve neticenin özel bir ilişki içinde (objektif isnadiyet) bir araya gelmesiyle oluşur.⁸⁶

1.1.5. Ara Değerlendirme

Ceza hukukunun en genel haksızlık formu olarak taksir, kasttan kendine özgü bir şekilde farklılaşmamakta, burada sadece kasıtlı suçun bazı unsurlarının eksikliğinden bahsedilebilmektedir. Söz konusu eksiklik, neticenin haksızlığında değil hareketin haksızlığında gündeme gelmektedir. Bu çalışmada taksirli davranışın, izin verilmeyen tipik tehlike ile tamamlandığı ve bilinçli taksir hali dışında bu suçlarda başka bir subjektif unsur bulunmadığı değerlendirilmektedir. Tipik tehlikenin ne zaman gündeme geleceği noktasında öğreti ve uygulamanın objektif özene aykırılığı tespit etmek için ortaya koyduğu prensiplerden istifade edilmelidir. Bu çerçevede modern taksir dogmatığının ulaştığı sonuçlardan yararlanmak adına aşağıda zaman zaman bu iki kavramın birbirleri yerine kullanılması tercih edilmiştir. Diğer taraftan yaratılan tehlikenin neticede gerçekleşmesi aşaması; taksirli suçların tek başına veya birlikte işlenmesi açısından herhangi bir farklılık göstermemektedir. Teşebbüsten

⁸³ Objektif cezalandırılabilme şartları ile tipikliğin bir unsuru olarak netice arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Bekar, Elif, **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, 12 Levha, İstanbul, 2017, (Bekar, Objektif) s. 38 vd.

⁸⁴ Bu yönde krş. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 273.

⁸⁵ TCK m. 171, 180 anlamında genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması ve trafik güvenliğinin taksirle tehlikeye sokulması bu bağlamda düşünülebilir. **Özgenç** bu durumu, izlenen suç siyasetiyle ilişkilendirmekte ve kanun koyucunun ceza yaptırımını için bir neticenin varlığını şart koşturmadığını ifade etmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 273.

⁸⁶ **Schünemann**, JA 1975, s. 512.

bahsedilemeyen taksirli suçlarda iştirak, ancak yaratılan tipik tehlikenin neticede gerçekleştiği varsayımında tartışılabilir. Sadece bu ihtimalde tehlikenin nasıl oluştuğu sorusu anlam kazanacaktır. Neticenin objektif olarak isnat edilemediği durumda taksirli suçun tipikliğinden bahsedilemeyeceği için iştirak meselesine konu haksızlık gündeme gelmez. Bu yönüyle yaratılan tehlikenin (tipik davranış tespiti) neticede gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik gerçek anlamda objektif isnadiyet incelemesi ise kasıtlı ve taksirli suçlarda farklılık göstermemektedir. Ancak netice haksızlığının ortaya çıkmadığı bir yerde taksirli suçun kurucu unsurlarından biri eksik kalırken kast alanında cezai sorumluluğu genişleten teşebbüs düzenlemesi ile netice haksızlığının tamamlanmadığı bir aşamada cezalandırma mümkün olmaktadır.

1.2. Faillik Öğretisine İlişkin Temel Açıklamalar

Taksirli suçlarda iştirak meselesi, esasen bu suçlarda nasıl bir fail kabulünden hareket edilmesi gerektiğiyle ilgilidir. Bu suçlarda tek failliğin ve geniş fail kabulünün hâkim öğreti haline gelmesi, birçok soruna sebep olmuştur. Diğer taraftan neredeyse tümüyle kasıtlı suçlar üzerinden geliştirilen faillik öğretisinin, taksir alanında sonuç vermeyen prensiplere ulaşması yapısal farklılıktan kaynaklanmaktadır. Bu durum “taksirli suçlarda iştirak olmaz” düşüncesini de beslemektedir. Aşağıda failliğin dar ve geniş kabulüne ilişkin değerlendirme yapıldıktan sonra monist yaklaşımla savunulan bir faillik öğretisinin; kasıtlı suçlarda bile sorunlu olduğu ve münhasıran hakimiyet suçlarında sonuç veren bir faillik kriterinin, taksirli suçlarda uygulanamamasının bu suçlara özgü bir eksiklik olmadığı ortaya konulacaktır.

1.2.1. Failliğin Yorumu

Türk ve Alman ceza hukuku öğretisinde hâkim anlayış; bir yandan kasıtlı suçlarda dar fail kavramını savunurken, diğer taraftan taksirli suçlarda failliğin geniş yorumlanmasını desteklemektedir. Bu durum, ceza hukuku sisteminde dogmatik anlamda iki farklı faillik kabulünün ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Faillığe yönelik ikili anlayışın isabetli olup olmadığını tespit etmek amacıyla her iki iddiaya ilişkin argümanların değerlendirilmesi gerekir. Böylece taksirli suçlarda çoğunluk tarafından benimsenen geniş faillik anlayışının sorgulanması mümkün hale gelecektir.

1.2.1.1. Kasıtlı Suçlarda Dar Failliğin Kabulü Yönündeki Argümanların Değerlendirilmesi

Alman Ceza Kanunu’nda 1975 yılında büyük çaplı değişiklikler yapılmış ve ceza reformu olarak adlandırılan bu süreçte ilgili komisyona kasıtlı suçlarda iştirak bağlamında farklı öneriler sunulmuştur. Bazı ceza hukukçuları, tek faillik modeli çerçevesinde kanunun, faillik ve

şeriklik türleri arasında ayırım yapmaması yönünde görüş dile getirmiştir. Buna göre tipik neticeye neden olan her nedensel katkı faillik başlığı altında karşılık bulabileceği gibi farklı katılım türlerinin tanınması ile birlikte yasal sonuçları itibarıyla katılım türleri eşitlenebilecektir. Ancak bu yöndeki tek faillik önerileri, oylamada reddedilmiş ve öğretide yeterince taraftar bulamamıştır.⁸⁷ Alman ceza hukuku öğretisinde ekseriyetle, kanun koyucunun bu tercihinin isabetli olduğu değerlendirilmektedir:

i. Bu noktada *Schünemann/Greco*, öncelikle ikili ayrıma dayanan iştirak sisteminin, suç tiplerindeki tariflerle örtüştüğü görüşündedir. Çünkü kasıtlı suç tiplerinde kanun koyucu, hukuki yararın ihlaline yönelik her nedenselliği cezalandırmamaktadır. Dolayısıyla karşı modelin önerisi suç tiplerinden kopmaya yol açmaktadır. Suçların çoğu belli tür saldırıların gerçekleştirilmesi ile sınırlandırıldığından ancak tarif edildiği şekliyle gerçekleştirilen saldırılar ilgili suç tipini oluşturacaktır. Yasaklanan eyleme yönelik somut bir belirleme yapılmadığında da suçun tarifinde kullanılan lafzın doğal anlamına ve ceza hukukunun amacına göre yapılacak bir değerlendirme, ilgili suçun kimleri kapsadığını ortaya koymaktadır: *karar vericiler*. Buna göre hukuki yararın ihlaline yol açan olayı hakimiyet altında tutan ve bu süreci tümüyle başkasının inisiyatifine terk etmeyen kişiler, böylece korunan hukuki yararın ihlali veya bu ihlalin gerçekleşmemesi noktasında karar verici durumundadırlar. Suç tiplerinin önemli bir kısmında da -eylemin niteliğine yönelik özel bir belirleme yapılmasa da- esasında bu kişilerin davranışları tarif edilmektedir. Tek fail sisteminin kabulü, kasıtlı suç tiplerindeki bu ayırt ediciliğin görmezden gelinmesine neden olmaktadır.

ii. Bu bağlamda ikili iştirak sisteminin terk edilmesi halinde de gerekli sınırlamanın objektif isnadiyet bağlamında gerçekleştirilebileceği düşüncesi yeterince ikna edici değildir. Zira objektif isnadiyetin tipikliğe yönelik sınırlaması tek başına yetersiz kalmaktadır.⁸⁸ Dolayısıyla suç tipinin ayırt ediciliğini ortadan kaldıran yönüyle tek faillik sisteminin, tüm katkıları hukuki yararın ihlalinde eşitlemek suretiyle ilgili suç tipinde hareketin ifade ettiği haksızlığı göz ardı ettiği değerlendirilmektedir.⁸⁹ Ayrıca bu sistemin, bizzat işlenebilen suçlar ve özgü suçlarda failliği izah etmekte yetersiz kalacağı ileri sürülmektedir.⁹⁰

⁸⁷ Schünemann, Bernd/Greco, Luís Schünemann, in: **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 2** (§§ 19-31), 13. Bs., De Gruyter, Berlin, 2021, (*Schünemann/Greco*, in; LK) vor §§ 25, kn. 5; **Renzikowski**, Restriktiver, s. 13.

⁸⁸ *Schünemann/Greco*, in; LK, vor §§ 25, kn. 9.

⁸⁹ *Jescheck/Weigend*, s. 645.

⁹⁰ *Jescheck/Weigend*, s. 645. Tek faillik sisteminde geniş fail anlayışı benimsenirse katkıların suçun gerçekleştirilmesine yönelik katkıların ağırlığı ilk olarak ve ancak cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate

Kasıtlı suçlarda tek faillik sistemine karşı yapılan itirazların aynısı, genelde bu sistemle uyum gösteren⁹¹ ancak ikili iştirak sisteminde de subjektif perspektifle temsil edilebilen⁹² geniş fail kavramına da yöneltilmektedir. Zira ikili bir iştirak sisteminde suç tiplerinin, hukuki yararın ihlaline neden olan tüm haksız davranışları kapsadığı düşüncesi, birçok yönden kanuni değerlendirmelerde somutlaşan perspektif ile uyumsuz görülmektedir:

i. Buna göre ikili iştirak modelinin benimsendiği bir yerde, kanun koyucunun iştirak katkıları arasındaki çeşitliliği dikkate almak istediği açıktır. Buna rağmen savunulan geniş faillik yaklaşımında; her iştirakçi bakımından söz konusu olan bir unsur -nedensel katkı- üzerinden faillik belirlendiğinde kanun koyucunun isteği göz ardı edilmiş olur. Bu şekilde iştirak edenler arasında kanun koyucu tarafından faile atfedilen özel pozisyonun sıradanlaştırılması ve eylemin icrasında kritik bir rol oynayan failin hukuki yararı ihlal edenlerden birine dönüştürülmesi hatalıdır. Nitekim bu hatalı kabul katı bir şekilde takip edildiğinde kasten öldürme suçunun kapsamı intihar olaylarını kapsayacak kadar genişleyecek ve özgür iradesiyle hayatına son veren yetişkin birine yardım eden de “neden olan” bağlamında kasten öldürmeden sorumlu tutulacaktır.⁹³ TCK’da bu tür bir faillik benimsenmiş olsaydı, TCK m. 81’in yanında m. 84’teki suça yer verilmezdi. Bu durum bile kanun koyucunun, “*bir insanı kasten öldüren*” ibaresi ile fiili özel bir şekilde gerçekleştiren kişiyi anladığını, yani suç tipinde sadece tipik neticeye neden olan belli haksız davranışları tarif ettiğini göstermektedir.⁹⁴

ii. Diğer taraftan geniş failliğin özündeki *hukuki yararın ihlaline katkıda bulunma* kıstası, aşağıda ele alınan yükümlülük suçları ile bizzat işlenebilen suçlarda sonuç vermemektedir. Bu suçlara yönelik katkı; hukuki yararın ihlaline yönelik ne kadar önemli bir etki göstermiş olursa olsun “bizzat icra” kriterini yerine getirmeyen veya ilgili tipikliğe özgü

alınabilecektir. Dolayısıyla iştirak türleri, cezanın belirlenmesinde dikkate alınan diğer unsurlarla aynı fonksiyonu görecektir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Stein, Henrike, **Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, Österreichs und Englands**. Centaurus Verlag & Media UG, 2002, (Stein, Die Regelung), s. 205.

⁹¹ Avusturya ceza kanununda (m. 12) benimsenen tek faillik sisteminde; failliğin geniş yorumlandığı yönünde bkz. Seiler, Stefan, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, 5. Bs., Facultas, Wien, 2024, s. 253; Stein, Die Regelung, s. 204.

⁹² İkili iştirak sisteminde geniş fail kavramı benimsendiğinde; faillik ve şeriklik arasındaki ayrımın mecburen subjektif kriterlere göre yapılması gerekir. Zira nedenselliği ve eşdeğerliği esas alan bu anlayışta; suça katılanların katkıları arasında (şekli veya maddi anlamda) objektif bir ayrım yapılması mümkün değildir. Bu noktada suça katılanlardan; fail iradesiyle hareket eden yahut suçu kendi yararına işleyen kişinin fail olduğu yönünde farklı subjektif kriterler ileri sürülmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Jescheck/Weigend, s. 649 vd; Roxin, Claus, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 11. Bs., De Gruyter, Berlin, 2022, (Roxin, TuT) s. 57; Renzikowski, Restriktiver, s. 16. Geniş failliğin desteklediği subjektif teoremin iştirak öğretisi içinde hala tam anlamıyla çözülemeyen belirsizliklere ve çelişiklere neden olduğu yönünde bkz. Schünemann/Greco, in; LK, vor §§ 25, kn. 14.

⁹³ Roxin, TuT, s. 32.

⁹⁴ Nitekim dar fail kavramıyla, bireysel suç tiplerinin sadece fail davranışını kapsadığı ifade edilmek istenmektedir. Bkz. Renzikowski, Restriktiver, s. 11.

fail pozisyonunu karşılayamayan kişilerin ceza sorumluluğu ancak şeriklik bağlamında gündeme gelmektedir.⁹⁵

iii. Son olarak ceza kanunundaki fail tanımında (*wer die Tat begeht*) “fiilin işlenmesi” kıstasına yer verilmesi de dar failliğin kabulü için hareket noktası oluşturmaktadır. Burada kanun koyucu fail ile fiil arasındaki yakın bağlantıyı ortaya koymuştur. Dolayısıyla failliğin tespitine ilişkin bir çabanın, fiil ve onun haksızlığı üzerine odaklanması gerekir.⁹⁶

1.2.1.2. Taksirli Suçlarda Geniş Failliğin Kabulü Yönündeki Argümanların Değerlendirilmesi

i. Taksirli suçlarda tek failliğin kabulü yönünde ileri sürülen en şekli argüman, bu suçların tarifinde kanun koyucu tarafından benimsenen ifade biçimidir. Kasıtlı suçlardakinin aksine taksirli suçlarda tipik neticeye “neden olma” üzerinden yapılan suç tarifi, referans noktası olarak değerlendirilmektedir. Nitekim yalın taksirli netice suçu olarak sınıflandırılan taksirle öldürme veya yaralama suçlarında, taksirle başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olan kişi cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla kanunda suç olarak tarif edilen ve cezalandırılan şeyin taksir nedenselliği olduğu belirtilmektedir. İlgili suç tiplerine yönelik tariflerden; kanun koyucunun, sadece belli nitelikteki “taksirle neden olma”yı cezalandırdığına ve bazılarını şeriklik değerlendirmesi üzerinden sorumluluktan muaf tutmak istediğine yönelik bir çıkarımda bulunmanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.⁹⁷ Dolayısıyla burada fail tarafından neden olma ve şerik tarafından neden olma şeklinde bir ayrıma gidilmediği, özene aykırı davranışla gerçekleştirilen her türlü nedenselliğin, taksir failliği için yeterli olduğu ve bunun lafızdaki tercihle ortaya koyulduğu kabul edilmektedir. Kasıtlı suçlardaki iştirak şablonlarına göre değerlendirildiğinde söz konusu taksirli nedensellik, özensizce bir başkasının ilgili eyleme yönlendirilmesi veya teşvik edilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir.⁹⁸

Taksirli suçların lafzından hareketle ortaya konulan argümanın isabetli olduğunu söylemek güçtür. Bu tür bir lafız tercihi, tek başına hangi faillik kavramının benimseneceğine

⁹⁵ Jescheck/Weigend, s. 645; Renzikowski, Restriktiver, s. 14.

⁹⁶ Schünemann/Greco, in: LK, vor §§ 25, kn. 13; Jescheck/Weigend, s. 648.

⁹⁷ Roxin, Claus, “Bemerkungen zum Regreßverbot”, in: *Festschrift für Herbert Tröndle*, De Gruyter, Berlin/New York, 1989, (Roxin, Regreßverbot), s. 178: Aynı yönde bkz. Herzberg, Rolf Dietrich, *Täterschaft und Teilnahme*, C.H.Beck, München, 1977, (Herzberg, TuT), s. 100. *Bottke*’ye göre de istisnalar dışında (bununla muhtemelen yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlar kastedilmektedir) taksirli suçlarda fail, suça neden olan (*Straftat-Verursacher*) kişidir. Yazar bunun için sırf netice suçu mahiyetindeki taksirle öldürme ve yaralama suçlarını örnek göstermekte ve bunların failinin AICK m. 25 anlamında fail sayılamayacağını savunmaktadır. Bkz. Bottke, Wilfried, “Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung”, GA, 2001, sa. 463-481, (Bottke, GA 2001), s. 467.

⁹⁸ Eleştirel açıklamalar için bkz. Kraatz, Erik, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, s. 93.

ilişkin bir parametre olamaz. Nitekim dar failliğin kabul edildiği ve iştirak sisteminin benimsendiği kasıtlı suçlarda da kanun koyucu bazen “neden olma” üzerinden bir tanımlama yapabilmektedir.⁹⁹ TCK m. 170’de; genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması bağlamında yangına, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan veya bunlara yönelik tehlikeye neden olan kişi cezalandırılmaktadır. Aynı şekilde TCK m. 183’te “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi*” cezalandırılmaktadır. Burada “neden olma” lafzının tercih edilmesi, geniş faillığe geçişi haklı kılmaz. Suça iştirak edenlerin sorumluluk statüleri, TCK m. 37 vd. çerçevesinde genel prensiplere göre belirlenecektir.¹⁰⁰

Diğer taraftan bu şekli argümanın tüm taksirli suçlar için geçerli olmayacağı da açıktır. Zira taksir alanında “tipik neticeye taksirle neden olma”nın cezalandırıldığı yalın netice suçları dışında suçlar da vardır.¹⁰¹ Bunun dışındaki tariflerde kanun koyucu, neden olmaya ilaveten belli nitelikte bir davranışın gerçekleştirilmesini veya belli bir faillik sıfatını (özgü suç veya yükümlülük suçu) aramaktadır.¹⁰² TCK m. 162’de düzenlenen hileli iflas buna örnektir. Kanun koyucu, salt iflasa neden olmayı (sebebiyet verme) değil, tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet verilmesini yasaklamaktadır. Burada sadece tacirler tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir özgü-yükümlülük suçu söz konusu olduğundan¹⁰³ tacirlerin taksirli iflasına nedensel katkıda bulunan üçüncü kişilerin “taksirli” davranışları, tek faillik anlayışından hareketle taksirli suçun tipikliğine dahil edilemez.

Aynı şekilde TCK m. 173/2’de; birinci fıkrada kasıtlı hali düzenlenen atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme fiilinin taksirle işlenmesi yasaklanmaktadır. Böylece kanun koyucu; “*atom enerjisini serbest bırakarak bir patlamaya ve bu suretle bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı hakkında önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet verme*”nin taksirli halini de cezalandırmak istemiştir. Bu tipleştirme bakımından taksirli suç failliği, yalın bir nedenselliğin ötesinde somut bir davranışın gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Nitekim suç tipinden anlaşılacağı üzere ilgili tehlikeye taksirli herhangi bir davranışla neden olunması değil, taksirle atom enerjisinin serbest bırakılması suretiyle tehlikeye sebebiyet verilmesi, suç tipini

⁹⁹ Krş. **Kraatz**, s. 94.

¹⁰⁰ Bkz. Kaplan, Mahmut/Atladı, Barış, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, **DEÜHFD**, (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan), 2019 (21), sa. 627-654, s. 649.

¹⁰¹ Alman ceza hukukunda taksirli yalın netice suçlarının dar bir grubu oluşturduğu ifade edilmektedir. Esas olarak taksirle öldürme ve yaralama suçları bu grubun içinde değerlendirilmektedir. Bkz. **Kraatz**, s. 93; **Herzberg**, TuT, s. 101; **Roxin**, Regreßverbot, s. 178.

¹⁰² Krş. **Kraatz**, s. 93.

¹⁰³ Özen, Mustafa, “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Hileli ve Taksirli İflas Suçları (TCK m. 161, 162)”, **AÜHFD**, 65 (4), 2016, (**Özen**, İflas), s. 3570.

oluşturmaktadır. Atom enerjisini serbest bırakma eylemine, özensiz davranış ile nedensel katkı sağlayan kişilerin ise suçun faili olması mümkün değildir. Dolayısıyla bu neviden taksirli suçlar için geniş faillik kabulünün sorunlu olduğu açıktır. Nitekim taksirli suçlarda geniş failliği kabul eden yazarlar da sadece yalın nedenselliğin cezalandırıldığı taksirle öldürme veya taksirle yaralama gibi suçlarda geniş failliğin geçerli olacağını tespit etmektedir.¹⁰⁴ Bu nedenle taksirli suçlarda nedensellik temelli geniş fail anlayışının benimsendiğine yönelik genel izlenim, faillik bağlamında gündeme getirilen olayların çoğunlukla taksirle öldürme ve yaralama suçları ile ilgili olmasına dayanmaktadır. Bu ikisinin gerçek hayatta gerçekleşme sıklığı da örneklendirmelerde etkili olmakta ve taksirli suçların sadece nedensellik suçları olarak değerlendirilmesine sebebiyet vermektedir.¹⁰⁵

Taksirli suçlarda geniş faillik kabulünün önemli bir temsilcisi olan *Herzberg*, bu tür yanlış anlaşılmanın önüne geçmek için, BGH'nin kararına¹⁰⁶ konu bir olay üzerinden, AICK m. 315c/3'te düzenlenen taksirle trafiği tehlikeye sokma suçunda (*Gefährdung des Straßenverkehrs*) neden geniş faillikten hareket edilemeyeceğini açıklamaktadır.¹⁰⁷ Konu bakımından öneminin anlaşılması için taksirli suçun nasıl düzenlendiğine dikkat etmek gerekir. Seçilen olay için sınırlı bir açıklamayla yetinecek olursak, AICK m. 315c/1'de alkol yahut diğer sarhoş edici maddelerin tüketilmesi sonucunda aracı güvenli bir şekilde sürecektir durumda olmamasına rağmen araç süren ve bu şekilde başkalarının hayatını, vücut bütünlüğünü veya önemli mal varlığı değerlerini kasten tehlikeye sokan kişiler cezalandırılmaktadır. 315c/3'te ise 1. fıkra sayılan durumlarda; i. “*tehlikeye taksirle neden olan*” ii. “*taksirle hareket eden ve neticeye taksirle neden olan*” kişilerin cezalandırılması öngörülmüştür. Böylece fıkra taksirle trafiği tehlikeye sokma suçu ayrıca düzenlenmiş ancak suç tipi için 1. fıkra öngörülen kasıtlı suça atıfta bulunulmuştur.

Herzberg tarafından incelenen olayda ise S ve Z beraber alkol almışlardır. Sonrasında S kendi aracını güvenli sürmeye uygun olmadığını hissettiğinden, Z'nin de kendisi gibi çok fazla alkol tükettiğini düşünmeden, aracı Z'nin sürmesini istemiştir. Aracı süren Z, trafikteki üçüncü bir kimse için hayati tehlike yaratmıştır. Yazar burada Z'nin kasten trafiği tehlikeye sokma suçunu işlediğini kabul etmiştir. S'nin durumu ise; taksirle bir başkasının sürüş için uygun olmayan bir durumda araç sürmesine ve bunun sonucunda üçüncü bir kişinin hayatının tehlikeye girmesine neden olma bağlamında önem arz etmektedir. Geniş faillikten hareket

¹⁰⁴ *Herzberg*, TuT, s. 100; *Roxin*, Regreßverbot, s. 178. *Welzel*, Strafrecht, s. 82, 83.

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. *Kraatz*, s. 93.

¹⁰⁶ BGHSt, 18, 6.

¹⁰⁷ *Herzberg*, TuT, s. 101.

edilirse bu neviden bir neden olmanın, AİCK m. 315c/3'teki suçu oluşturduğu kabul edilebilir. Ancak yazara göre; taksirli suçun failliği için maddede atıf yapılan birinci fıkradaki eylemlerin gerçekleştirilmiş olması gerekir. Fıkra, araç süren kişinin sayılan nedenlerle araç sürüşü için uygun olmamasına rağmen araç sürmesi yasaklandığından taksirle trafiği tehlikeye sokma suçu ancak araç süren kişiler tarafından fıkra, belirtilen davranışlar ile gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla bu taksirli suç için geniş faillik kabulü gündeme gelmeyeceğinden S, m. 315c/3'ten cezalandırılmaz.¹⁰⁸ Ancak yazara göre Z'nin; aracın kontrolünü kaybederek üçüncü bir kişiyi öldürmesi veya yaralaması ihtimalinde, trafiği tehlikeye sokma dışında taksirle öldürme veya yaralama suçları gündeme gelecektir. Bunların sırf netice suçu olduğu dikkate alındığında; geniş faillik kabulüyle S'nin davranışının nedenselliği, bu suçlardan sorumluluğuna yol açacaktır. Böylece Z ve S, tipik neticeye “taksirle neden olma” kapsamında (yan yana fail), yaralama ve öldürmeden sorumlu tutulacaktır.

Geniş failliğin sadece taksirli yalın netice suçlarında uygulanacağı yönündeki görüş takip edildiğinde; aynı olay, -tehlike suçu açısından- TCK kapsamında farklı bir değerlendirmeyi gerektirecektir. Z'nin mevcut koşullarda araç sürmesi, TCK m. 179/3'te düzenlenen kasıtlı suçu oluşturacaktır. S'nin davranışı ise m. 180'deki trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma suçuna karşılık gelecektir. Zira; “deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olma” suç olarak düzenlenmiştir. AİCK'dan farklı olarak Türk kanun koyucu, taksir sorumluluğu için yalın bir nedenselliği tarif etmiştir. Dolayısıyla S'nin tehlikeye neden olan davranışı için somut bir belirleme yapılmadığı dikkate alındığında geniş faillik kabulüyle “Z'nin neden olduğu tehlikeye neden olan” olarak cezalandırılabilmesi mümkündür.

Ancak kanaatimce taksirli sırf netice suçlarında da suç tipinin bu kadar geniş yorumlanması isabetsizdir. 19. yüzyılda dahi öğretide *Goltdammer*, kasıtlı ve taksirli suçlar arasındaki ifade farklılığının, doğrudan faili isabetli bir şekilde tanımlamak isteyen kanun koyucu tarafından, kasıtlı ve taksirli suçların mahiyetini dikkate almak adına tercih edildiğini haklı olarak tespit etmiştir. Buna göre kasıtlı suçta örneğin “öldüren” ifadesinin kullanılması, eylemi doğrudan ölüm neticesini hedefleyen ve amacıyla netice arasında doğrudan bir bağlantı bulunan doğrudan failin fiilini tarif etmektedir. Taksirli suçlarda bu tür bir bağlantı olmadığından ve failer neticeyi amaçlamadığından “neden olma” üzerinden buna uygun bir

¹⁰⁸ Herzberg, TuT, s. 101.

tarif benimsenmektedir.¹⁰⁹ Suç tiplerindeki yapısal bir farklılıktan kaynaklanan ifade tercihi, taksir alanında failliği geniş yorumlamak için meşru bir dayanak noktası sayılmaz.

ii. Taksirli suçlarda geniş faillığe ilişkin diğer bir argüman, şerikliğe ilişkin hükümlerin sadece kasıtlı suçlar için öngörülmüş olmasından türetilmektedir.¹¹⁰ Bu tercihiyle kanun koyucunun, taksirli suçu gerçekleştiren herkesi aynı şekilde fail olarak kabul ettiği değerlendirilmektedir. Üçüncü kişinin -kasıtlı veya taksirli bir suça- taksirle yönlendirilmesi veya teşvik edilmesi fail eylemidir. Zira kanun, bu katkılarının şeriklik olabileceğine yönelik bir belirleme yapmamıştır.¹¹¹ Dolayısıyla silahını özensizce başkalarının erişimine açık halde ortalıkta bırakan kişi, silahla üçüncü bir kişinin kasten öldürülmesi halinde taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulabilmektedir. Kasten öldürme suçunun bir başkası tarafından gerçekleştirilmesi ve ilk taksirli davranış ile netice arasına kasten hareket eden bir diğer süjenin girmesi, tek başına taksir sorumluluğunun reddine gerekçe olamaz.¹¹²

Kasıtlı suçlarda fiil hakimiyeti ve dar faillik temelinde şerikliğe ilişkin hükümlere cezayı genişleten bir fonksiyon yükleyen hâkim görüş, taksirli suçlar gündeme geldiğinde aynı hükümlere cezalandırma imkanını daraltan bir fonksiyon atfetmektedir. Taksirli suçlara ilişkin şeriklik pozisyonları belirlenmediğinden, her nedensel davranış failliği gündeme getirebilmektedir. Ancak dar fail kabulünde, kasıtlı suçlar için şeriklik hükümlerinin düzenlenmemiş olması ihtimalinde; kanunda düzenlenen faillik türlerinin maddi gerekliliklerini karşılamayan davranışların nedenselliği dikkate alınmayacak ve bunların cezasız kalması gerekecektir. Dolayısıyla hâkim görüşe göre kasıtlı suçlar bakımından şeriklik hükümlerinin ortadan kaldırılması, cezalandırmanın alanını, -maddi anlamda failliğin sınırlarını aşacak ölçüde- genişleten bir etki göstermeyecek ve sadece benimsenen kriterler ışığında tespit edilebilen faili muhatap alan bir cezalandırma modeli ortaya çıkacaktır.¹¹³ Ancak aynı görüş, taksirli suçlarda aksi bir sonuca ulaşmakta ve şeriklik hükümlerinin yokluğunu, “herkesin failliği” şeklinde yorumlamaktadır. Oysa bu yorumun tutarlılığı, genel anlamda ceza hukuku siteminde geniş failliğin benimsenmesi ile mümkündür. Bu kabulde tipik neticeye neden olan herkesin failliği savunulduğundan, kasıtlı suçlardaki şerik hükümleri, istisna olarak

¹⁰⁹ Goldammer, Theodor: Ueber den Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung bei fahrlässiger Tödtung; in: GA, 15 1867, sa. 15-21. s. 17. Aynı yönde Schumann, Heribert, **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, J.C.B Mohr, Tübingen, 1986, (Schumann, Selbstverantwortung), s. 111, 112.

¹¹⁰ Roxin, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II**, C.H.Beck, München, 2003, (Roxin, AT II), § 25, kn. 8; Heinrich, AT, kn. 1177.

¹¹¹ Eleştirel açıklamalar için bkz. Kraatz, s. 95.

¹¹² Schünemann/Greco, in; LK, § 25, kn. 244.

¹¹³ Aynı yönde bkz. Heinrich, AT, kn. 1181.

değerlendirilmekte ve cezalandırmayı kısıtlayan normlar olarak ele alınmaktadır.¹¹⁴ Bu anlayışta taksirli suçlar için şeriklik hükümlerinin düzenlenmemiş olması, kanun koyucu tarafından her nedenselliğin cezalandırılmak istendiği şeklinde yorumlanabilir.¹¹⁵ Kasıtlı suçlarda geniş failliği savunan görüş ise azınlığı oluşturmaktadır. Dolayısıyla kasıtlı suçlarda dar faillik yönünde şekillenen hâkim görüşün, taksirli suçlarda iştirakin söz konusu olamayacağına yönelik tezi,¹¹⁶ ancak bu suçlarda dogmatik olarak fail ve şerik arasında ayrım yapılamayacağı şeklinde gerekçelendirilebilirse tutarlı olabilir.¹¹⁷

iii. Nitekim kasıtlı suçlarda benimsenen faillik kriterinin, -fiil hakimiyeti veya faillik iradesi- taksirli suçlardaki eksikliğine yönelik argümanlar, dogmatik olarak taksirli failin diğerlerinden ayırt edilemeyeceğine işaret etmektedir.¹¹⁸ *Schüneman/Greco*'ya göre kasıtlı suçlarda failde bulunan hakimiyet suça etki eden şeriklerde eksiktir. Bu durum kasıtlı suçların muhatabı olan fail ile diğerleri arasında bir ayrım imkânı sağlamaktadır. Ancak taksirli suçlarda sadece özen yükümlülüğünün ihlali veya izin verilmeyen riskin yaratılması olarak değerlendirilebilecek davranışlar söz konusudur ve bir derecelendirme yapılabilmesi mümkün değildir.¹¹⁹ *Puppe* ise ilgili özen yükümlülüğünün kasıtlı olarak ihlal edilmesini konu alan bir taksirli suçta (böyle bir suç mevcut olsaydı) fail-şerik ayrımının isabetli olacağını ancak taksirle öldürme veya yaralamanın böyle bir suç tipi olmadığını ifade etmektedir. Bu iki suçta “*tipik neticeye neden olma açısından, ilgili özen yükümlülüğüne aykırılığa katılmanın dereceleri arasındaki fark anlamını kaybeder*”. Zira özen yükümlülüğüne aykırılığa katılanlardan hiçbiri, neticenin gerçekleşmesi veya engellenmesi üzerinde önemli ölçüde hakimiyet sağlayamamaktadır.¹²⁰

Son itirazda da görüldüğü üzere mesele yine yalın netice suçları ile ilgilidir. Nitekim *Schüneman/Greco*, taksirli suçlarda sınırlı faillik kabulü ile ulaşılmak istenen “cezasız taksirli şerikliği” (*straflose fahrlässige Teilnahme*) taksirli yükümlülük suçlarında ve bizzat işlenebilen taksirli suçlarda kabul etmektedir. Zira bu taksirli suçlarda faillik, kanun koyucu tarafından bir takım özel koşullara bağlandığından “dışarda” kalanlar açısından bu sorumluluk statüsü gündeme gelmeyecektir. Yazarlara göre AICK’da örneğin yalan yere yemin etmenin ya da yalan tanıklığın taksirle işlenmesi suçu bu bağlamda ele alınmalıdır. Dolayısıyla kendisi ifade

¹¹⁴ Geniş faillik hakkında açıklamalar için bkz. **Heinrich**, AT, kn. 1180.

¹¹⁵ Benzer yönde bkz. **Kraatz**, s. 95.

¹¹⁶ Krş. Mitsch, Wolfgang, “Fahrlässigkeit und Straftatsystem”, **JuS**, 2001, sa. 105-112, (**Mitsch**, JuS 2001) s. 109.

¹¹⁷ Benzer yönde bkz. **Kraatz**, s. 95.

¹¹⁸ **Roxin**, Regreßverbot, s. 178.

¹¹⁹ **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25, kn. 240.

¹²⁰ *Puppe*, Ingeborg, “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, **ZIS**, 2007/6, sa. 234-246, (**Puppe**, Tatplan), s. 237.

vermeyen bir kimse, ifade verecek olanın hatalı düşüncesini dikkatsiz bir davranışıyla güçlendirerek ifade vermesine neden olursa kendisi “taksirli şerik” sayılacağından cezasız kalacaktır. Aynı şekilde yukarıda bizzat işlenebilirliği izah edilen trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma suçunun da sadece sürücü tarafından gerçekleştirilebileceğini kabul eden yazarlar, aracını sarhoş birine veren ve dikkatsizliği nedeniyle verdiği kişinin sarhoşluğunu fark edemeyen araç sahibinin bu suçu işleyemeyeceğini savunmaktadır.¹²¹ Dolayısıyla ortaya çıkan tehlikeye özensiz bir davranışıyla neden olmasına rağmen, “taksirli şerik” konumundaki araç sahibi, cezalandırılmamaktadır.

Suç tarifinde “neden olma” tanımının tercih edilmesi ve şerikliğe ilişkin hükümlerin kasıtlı suçlara özgü olarak düzenlenmiş olması gibi kasıtlı suçlardaki faillik kriterlerinin taksirli suçlarda sonuç vermiyor olması da geniş taksirli faillik anlayışı için haklı bir neden değildir. Monist bir anlayışla savunulan fail kriterinin sakıncaları, bunun öncesinde kasıtlı suçlarda da açıkça görülmektedir. Dolayısıyla bu anlayışın kasıtlı suçlar üzerinden tetkik edilmesiyle aslında geniş taksirli faillik yönündeki üçüncü argümana dolaylı bir cevap verilmiş olacaktır.

1.2.2. Fiil Hakimiyetinin Genel Bir Faillik Kriterine Dönüşme Süreci

Birçok ülkeyle benzer şekilde 5237 sayılı TCK, kasıtlı suçlar için ikili iştirak sitemini (faillik-şeriklik) benimsemiştir. Şerikliğin azmettirme veya yardım etme şeklinde gerçekleştirilebileceğini öngören ve üç farklı sorumluluk modelini tanıyan kanunlar, Avrupa’nın genelindeki hâkim iştirak sistemine zemin oluşturmuştur.¹²² Dolayısıyla suça iştirak eden ve izin verilmeyen risk yaratarak hukuki değerin ihlalinde bilinçli şekilde rol oynayan kişilerden bazılarının ilgili suçun faili olabileceği kabul edilmektedir. Bu noktada failin hangi kriter üzerinden belirlenmesi gerektiği sorusu önem arz ettiğinden öğreti ve uygulamada çok farklı yaklaşımların geliştirildiği görülmektedir. Doğrudan veya tek başına failliğin tespitine ilişkin değerlendirmelerin, diğer faillik türlerinin tespiti ve inşası açısından da belirleyici olacağı muhakkaktır. Zira esas sorumluluk modelleri olarak faillik türlerinin, suç ile benzer bir ilişki içinde olması beklenir. Bu ilişkinin ortaya koyulabilmesi için, faillik türlerini tespiti yönelik kriterlerin birbiriyle bağlantılı olması gerekir.¹²³ Dolayısıyla tek başına faili tespit eden kıstas, dolaylı ve müşterek failliğin yapısına uyarlanarak onlar için de uygulama alanı

¹²¹ Schünemann/Greco, in; LK, § 25, kn. 245.

¹²² Özellikle Avusturya ve İtalya’daki tek fail sisteminin buna istisna oluşturduğu ancak bu ülkelerde de katılım türleri arasındaki ayrımın belli bir ölçüde dikkate alındığı bilinmektedir. Bkz. Roxin, AT II, § 25, kn. 6.

¹²³ Schünemann/Greco, in; LK, § 25, kn. 52.

bulacaktır. Bu nedenle doğrudan faillik kriteri diğerlerinin yapısını da belirleyen bir fonksiyon görmektedir.

İkili iştirak sistemi çerçevesinde geniş fail anlayışı benimsenecek olursa, şerikliğe ilişkin hükümlerin cezalandırmayı sınırlandıran etki gösterdiği sonucuna varılması kaçınılmazdır. Çünkü tipik neticeye nedensel katkı sağlayan herkes fail olacağından dolayı fail cezasını alması gereken kişilere şerik statüsü verilmesi, cezayı sınırlandırıcı bir neden oluşturmaktadır. Failliği nedenselliğe indirgeyen bu yaklaşım, kanunda neden 3 farklı iştirak statüsünün (hepsi nedensel katkı sağlayan) belirlendiğini tutarlı şekilde izah edememektedir. Ayrıca failin TCK m. 37’de kanuni tanımdaki fiili gerçekleştiren kişi olarak tanımlanması da “neticeye neden olma”nın ötesinde bir anlam taşımaktadır. Nedensel katkıların önemini kaybettiği iki suç tipinin varlığı da geniş fail kavramının tutarsızlığına işaret etmektedir. Bunlardan özgü-yükümlülük suçlarında sadece belli nitelikleri haiz olan kişilerin, bizzat işlenebilen suçlarda ise tipik davranışı bizzat gerçekleştiren kişilerin fail olabileceği dikkate alındığında uyumsuzluk açıkça görülmektedir.¹²⁴

Dolayısıyla ikili iştirak sisteminin dar fail anlayışına dayandığı yönündeki tespit isabetlidir.¹²⁵ Buna göre tipik neticeye her nedensel katkı sağlayan değil, ilgili suç tipini gerçekleştiren kişilerin failliği gündeme gelecektir. Faillik bu yönüyle özel suç tiplerinde tarif edilen davranış ile sınırlandırılmıştır. Kanuni tanımdaki hareketi, tarife uygun olarak gerçekleştiren kişi, suçun tipikliğini yerine getirmekle beraber, failliğin şartlarını da sağlamış olur. Faili nedensellikte değil tipikliğin gerçekleştirilmesinde arayan dar fail yaklaşımında; tipikliğe ilişkin tarif ile fail tanımı eşitlenmektedir. Şeriklik hükümleri ise cezalandırmayı suç tipinin ve failliğin kapsamı dışına çıkarmış olacağından cezayı genişleten bir fonksiyon ifa etmektedir.¹²⁶ Suç tipikliği ile failliği eşitleyen dar fail yaklaşımında; katılanlardan hangisinin suç tipini gerçekleştirmiş olacağına karar verilmesi gerekir. Faillik ve şeriklik arasındaki ayrıma ilişkin öğreti ve uygulama tarafından yıllarca ortaya konulan yoğun çabalar, bu amaca matuftur.

Söz konusu ayrımı tamamen subjektif alanda arayan yaklaşımın bilimsel alanda büyük ölçüde etkisini kaybettiğini söylemek mümkündür. Tarihsel olarak 19. yüzyıl doğal pozitivist bakış açısına dayandırılan subjektif teoriler, suçun objektif unsurlarının tamamen doğal

¹²⁴ Benzer eleştiriler için bkz. **Roxin**, AT II, & 25, par 4: **Schünemann/Greco**, in; LK, vor §§ 25, kn. 13, 14.

¹²⁵ **Heinrich**, AT, kn. 1181.

¹²⁶ **Roxin**, AT II, § 25, kn. 5: **Schünemann/Greco**, in; LK, Vor §§ 25, kn. 12, 15. Bu noktada kanun koyucuların; bazı kasıtlı suç tiplerinde her türlü nedensel katkıyı suç tipi tarifine alması ve iştirak katkıları arasındaki ayrımı neredeyse ortadan kaldırması, tek faillğe yönelik eğilimler olarak değerlendirilmektedir. Dar faillik kabulüne engel olmamakla birlikte bu tür, genel sistemin dışına çıkan ve hukuk devleti bağlamında endişeli sonuçlara yol açabilecek yönelimlere karşı çıkılması gerektiği hakkında bkz. **Roxin**, AT II, § 25, kn. 4.

nedenselliğe indirgendiği klasik suç sistemiyle uyumludur. Buna göre suça katılanlar arasında objektif bir ayırım yapılamayacağı için failin kim olduğu ancak onun içsel yönelimiyle, fail iradesi ile tespit edilebilir.¹²⁷ Geleneksel formunda subjektif teoriler, suça katılanların iradelerindeki bağımsız karakter üzerinden (*Dolustheorie*) veya suçu kendi menfaatine işleme kıstasıyla (*Interessentheorie*) fail iradesini tespit etmektedir.¹²⁸ Katı subjektif teoriye fail ve şerik ayrımını belirsizleştirdiği, her an iki iştirak türünden birine karar verilebilen keyfi bir durum yarattığı eleştirisi getirilmektedir. Suçu bizzat gerçekleştiren kişinin, yani doğrudan failin, fail iradesi ile hareket etmediği için işlediği suçtan yardım eden olarak sorumlu tutulabilmesi ise katı subjektif teorinin en kabul edilmez sonuçlarından biridir.¹²⁹ Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin (RG) ünlü küvet (*Badewannenfall*) olayında verdiği 19.02.1940 tarihli karar, bunun en iyi örneğidir. Olayda evlilik dışı dünyaya getirdiği bebeğini öldürmek isteyen anne Maria, kız kardeşinden bunu yapmasını istemiş ve sanık da Maria'nın isteğiyle bebeği küvette boğarak öldürmüştür. Olayda yerel mahkeme, yeğenini öldüren sanığın, tasarlayarak öldürme suçunu fail olarak gerçekleştirdiği sonucuna varmıştır. Ancak İmparatorluk Mahkemesi'ne göre; sanığın öldürme suçuna ilişkin tipik hareketi bizzat gerçekleştirmesi failliği için belirleyici değildir. Yerel mahkemenin mahkûmiyet kararında buna referans yapılması, istikrarlı içtihat uygulaması ile çelişmektedir. Yerleşik içtihadı göre neticeye yol açan şartlar ister fail ister şerik tarafından meydana getirilmiş olsun eşit değerdedir ve suçun icra aşamasına bizzat katılmış olmak herhangi bir ayırt edici nitelik göstermez. Önemli olan; suçun icrasını gerçekleştiren kişinin, fail iradesi ile hareket etmesi yani fiili kendisi için istemesidir. Bunun tespiti; özellikle iştirak edenlerin, suçun neticesinden ne ölçüde kendileri için menfaat elde edecekleri (*eigene Interesse am Erfolg*) dikkate alınarak yapılmalıdır. Nitekim yerel mahkeme kararında da çocuğun öldürülmesinin daha çok annenin yararına olduğu, aksi halde evlilik dışı çocuk dünyaya getiren kadın olarak babanın suçlamalarına ve toplumsal saygısızlıklara maruz kalacağı, bunların ilk olarak anneye yöneleceği belirtilmiştir. RG'ye göre bu tespitler yerel mahkemeyi, teyzenin fail iradesi ile mi hareket ettiği yoksa annenin

¹²⁷ Subjektif teorilerin eleştirisi için bkz. **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25, kn. 43; **Roxin**, AT II, § 25, kn. 21; **Heinrich**, AT, kn. 1205; Çakır, Kerim, **Suçta İştirakte Müsterek Faillik**, 2. Bs., Adalet, Ankara, 2024, s. 58-60; Keçelioğlu, Elvan, **Alman Ceza Hukukunda Faillik**, TBBD, (65), 2006, sa. 73-88, (**Keçelioğlu**, Faillik) s. 78; Özyüksel, Özgün, **Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik**, Seçkin, Ankara, 2021, s. 26-28.

¹²⁸ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Roxin**, AT II, § 25, kn. 18 vd.

¹²⁹ “*Subjektif teoriler, ilgilerini yalnızca faillerin suça yönelik içsel tutumlarına yönelterek, objektif olayların somut değerlendirilmesini ihmal etmektedir. Özellikle amaç teorisi, tatmin edici kararların verilmesine olanak tanımamaktadır. Gerçekte, cezai değerlendirmenin temelini daima hem belirli bir dış davranış hem de kusurlu bir tutum olduğu düşüncesinden hareketle, cezalandırılabilir eylemin hem objektif hem de subjektif yönüne eşit ölçüde dikkat edilmesi gerekmektedir.*” Hanrath, Johannes, **Mittäterschaft und Teilnahme bei fahrlässig begangenen strafbaren Handlungen (§§ 47-49 StGB)**, Doktora Tezi, Köln, Üniversitesi, 1941, s. 19.

gerçekleştirdiği öldürme eylemine yardım etmek mi istediği üzerinde değerlendirme yapmaya sevk etmeliyken aksi yönde verilen karar hukuka aykırıdır.¹³⁰

Böyle bir sonuç, TCK'da ve AİCK'da fiilin gerçekleştirilmesi üzerinden yapılan fail tanımlarıyla uyumlu değildir.¹³¹ Nitekim geçmişte RG tarafından benimsenen bu yaklaşımdan Alman hukuk uygulamasının da vazgeçtiği bilinmektedir.¹³² Dar fail kavramı esasen objektif iştirak öğretisi ile uyum sağlar. Kanun koyucu tarafından faillik, ilgili suç tipinin gerçekleştirilmesi ile eşitlendiğinden, tipik davranışı öngörülen üç değişik fail formu ile gerçekleştiren kişi, azmettiren veya yardım eden olarak destek olandan objektif anlamda farklı bir şey yapmaktadır. Farklılığın objektif yönünü görmezden gelmek mümkün değildir. Bizzat mağduru öldüren ile silah sağlayan kişinin eylemindeki nesnel farklılık, benimsenen ayırım teorilerinde dikkate alınmak zorundadır.¹³³

Objektif yaklaşımlar içinde ise şekli objektif teorinin, suçun tipikliğini eylemin bizatihi gerçekleştirilmesine bağlayan katı değerlendirmesi haklı olarak eleştirilmektedir. Özellikle Alman kanun koyucunun, 1975 tarihli ceza kanunu reformu değişikliği ile, doğrudan failliğin yanında dolaylı ve müşterek failliği de düzenlemiş olması, eskiden Almanya'da hakim öğretiyi oluşturan şekli objektif yaklaşımın terkedilmesinde önemli bir rol oynamıştır.¹³⁴ Zira dar faillik çerçevesinde failliğin tipikliğe eşitlenmesini takiben, bu iki farklı fail türünün açıkça düzenlenmiş olması, bizatihi gerçekleştirme dışında *birlikte veya başkası aracılığıyla* gerçekleştirmenin de mümkün olduğuna işaret etmektedir. Böyle olunca şekli objektif görüşün bu iki failliği açıklayamadığı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla faillğe denk gelen “suçun tipikliğini gerçekleştirme” kriteri, objektif anlamda şekli değil maddi perspektif ile ele alınmak zorundadır.¹³⁵ Bu çerçevede failliğin; suçun aksi halde işlenemeyeceği ölçüde önemli ve gerekli bir katkı ile mümkün olacağını (*gereklilik teorisi*) veya ancak suçun icrası aşamasına katılan kişiler için failliğin gündeme geleceğini ileri süren teoriler (*eş zamanlılık teorisi*) ortaya çıkmıştır. Bu maddi belirlemeler ise fail şerik ayırımına yönelik belli sorun alanları açısından hareket noktaları sağlamakla beraber genel geçer bir sınırlama kriteri olarak yetersiz bulunmaktadır.¹³⁶

¹³⁰ RG kararının kabul edilemez olduğu yönünde bkz. **Hanrath**, s. 19, dn. 27.

¹³¹ Aynı yönde bkz. **Heinrich**, AT, kn. 1205.

¹³² **Heinrich**, AT, kn. 1209.

¹³³ Aynı yönde bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 648.

¹³⁴ Şekli objektif görüşün 1930'lara kadar Almanya'da hâkim görüş olduğu yönünde bkz. **Heinrich**, AT, kn. 1204.

¹³⁵ **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25, kn. 47.

¹³⁶ **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25, kn. 8. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Roxin**, TuT, s. 42 vd.

Günümüzde farklı formlarıyla çoğunluk görüşü temsil eden fiil hakimiyeti teorisi¹³⁷ suçun işlenmesi üzerinde hakimiyet sağlayan kişinin, fail; hakimiyet olmaksızın suçun işlenmesine katkı sağlayan kişinin, şerik olduğunu kabul etmektedir.¹³⁸ Dogmatik açıdan fiil hakimiyeti, faili, suç tipinin maddi anlamda gerçekleştirilmesi ile açıklayan düşünceye dayansa da derin bir karma modeldir.¹³⁹ Bu çerçevede bazen¹⁴⁰ maddi objektif nitelendirmesi yapılırsa da fiil hakimiyeti, subjektif dolus teorisinin unsurlarını da içermektedir.¹⁴¹ Aslında *Roxin*'in ifade ettiği üzere objektif ve subjektif bakış açılarını temsil eden tüm kriterler, örtülü bir şekilde de olsa fiil hakimiyeti düşüncesinin belli unsurlarını taşımaktadır. Bu açıdan fiil hakimiyetinin, bir sentez düşünce olduğu ve yıllardır süregelen dogmatik gelişimin en ileri noktasını oluşturduğu kabul edilebilir.¹⁴² Nitekim yalın anlamda objektif ve subjektif yaklaşımlar; belli açılardan meselenin çözümüne kısmi katkı sağlasa da bunlarla failliğin özü yeterince izah edilememektedir. Özetle birbirlerinden izole şekilde uygulandıklarında failliği ortaya çıkarmak ve ayırma ilişkin ölçüt belirlemek için doğru bir zemin sağlayamayan yaklaşımların bir araya getirilmesine ve ayırım meselesinin bütüncül olarak çözülmesine duyulan ihtiyacın, fiil hakimiyeti ile karşılanması mümkün olmuştur.¹⁴³ Bünyesine alarak uzlaştırdığı zıtlıklar ise büyük ölçüde kabul görmesinin yolunu açmıştır.¹⁴⁴ Nihayetinde suç tipinin gerçekleşmesini ve failliği sonuçlayacak tipe uygun eylem, tek taraflı bir kriterle değil, subjektif ve objektif bir bütünlük içinde tespit edilmektedir.¹⁴⁵

Bugün öğretilerde dar bir azınlığı temsil eden subjektif yaklaşımlar ise büyük oranda fiil hakimiyetine yaklaşma eğilimi göstermektedir. Tarihsel anlamda subjektif yaklaşımların önemli bir temsilcisi konumundaki BGH de bu eğilime paralel olarak, ılımlı subjektif teoriyi takip etmektedir.¹⁴⁶ Halihazırda mahkeme; fail iradesini, birçok kriterden oluşan ve içinde

¹³⁷ **Jescheck/Weigend**, s. 651 vd; **Roxin**, AT II, § 25, kn. 33. Teorinin esası ve gelişimi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Açıkgöz, Emre İkbāl, **Müşterek Faillik**, Adalet, Ankara, 2024, s. 127 vd; Demirel, Muhammed, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, On İki Levha, İstanbul, 2017, (**Demirel**, Bağlılık), s. 51 vd.

¹³⁸ **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25, kn. 9.

¹³⁹ **Roxin**, AT II, § 25, kn. 29.

¹⁴⁰ **Heinrich**, AT, kn. 1206.

¹⁴¹ **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25, kn. 9. Nitekim dolus teorisinde; iradesini başkalarına bağımlı hale getiren ve suçun gerçekleştirilmesini başkalarının kararına bırakan kişiler şerik kabul edilmekte iken bağımsız bir iradeyle kendi eylemini gerçekleştirmek isteyen kişiler suçun faili olarak görülmektedir. Bu noktanın fiil hakimiyetiyle olan benzerliğine ilişkin bkz. **Roxin**, TuT, s. 58.

¹⁴² **Roxin**, TuT, s. 72.

¹⁴³ **Jescheck/Weigend**, s. 651.

¹⁴⁴ **Roxin**, AT II, § 25, kn. 30. Ancak fiil hakimiyetinin ne anlama geldiği noktasında taraftarları arasında bir uzlaşmadan bahsetmek mümkün olmadığı gibi en temel alanlar bile tartışmalı niteliğini sürdürmektedir. **Roxin**, TuT, s. 119.

¹⁴⁵ **Jescheck/Weigend**, s. 652.

¹⁴⁶ **Heinrich**, AT, kn. 1205.

hakimiyet kıstasının da yer aldığı bir grup değerlendirme ölçütü ile belirlemektedir.¹⁴⁷ Fail iradesini “*psikolojik bir bulgu*” olmaktan çıkaran bu yaklaşım, normatif kombinasyon teorisi olarak da adlandırılmaktadır.¹⁴⁸ Yargıtay ise 5237 sayılı Kanun sonrasında; fail ve şerik ayrımını istikrarlı olarak fiil hakimiyeti üzerinden gerçekleştirmektedir.¹⁴⁹

Fiil hakimiyeti öğretisi diğer taraftan kanun çalışmaları üzerinde de önemli bir etki göstermiştir. Nitekim öngördüğü ikili iştirak sistemiyle dar faillik anlayışını temel alan mehzat AlCK ve TCK’da; faillik ve şeriklik arasındaki ayrım bu düşünceye dayandırılmıştır. TCK m. 37’nin gerekçesinde müşterek ve dolaylı faillik açıkça fiil hakimiyeti üzerinden izah edilmektedir. Buna göre “*müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir*” ve “*dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır*”. Aynı şekilde AlCK’nın 1975’te değiştirilen iştirak düzenlemelerinin de fiil hakimiyeti düşüncesi üzerine inşa edildiği ancak iştirak alanında konunun daha fazla aydınlatılması görevi yargı ve öğretiyeye bırakıldığından, fiil hakimiyeti düşüncesine kanunda açıkça ve ayrıntılı olarak yer verilmediği, büyük ceza hukuku komisyonundaki görüşmelerde belirtilmiştir. Kanun koyucunun bu tür konularda görüş beyan ederken dikkatli olması gerektiğinin de altı çizilmiştir.¹⁵⁰

Kanun koyucuların bu tür gelişime açık noktalarda görüş benimserken ihtiyatlı davranması gerektiği muhakkaktır. Zira benimsenen yaklaşım; kanunlaştırma sırasında gündeme gelmeyen veya ileride ortaya çıkacak olan sorunların çözümünde yetersiz kalabileceği gibi, öğreti ve yargı uygulaması üzerinde yönlendirici bir etki yapacağından, isabetli yaklaşımların ortaya çıkmasına engel olabilir yahut bu noktada doktrinsel gelişimi yavaşlatan talihsiz bir rol oynayabilir. Bu çerçevede her iki kanunun metninde fiil hakimiyetine yer verilmemesi doğruysa da TCK’da gerekçe üzerinden bu düşünceye güçlü bir referansta

¹⁴⁷ BGH’nin 1950 yılındaki kuruluşundan sonra; başlarda İmparatorluk Mahkemesi’nin yalın subjektif öğretisini takip ettiği ancak sonrasında verilen kararlarda fiil hakimiyeti kavramının giderek artan bir görünüm sergilediği belirtilmektedir. Kavramın mahkeme tarafından kullanılması her durumda subjektif perspektiften sapıldığına işaret etmese de en azından bazı noktalarda subjektif öğretinin nesnel bir kriterle sınırlandırılması ve eksiklerinin tamamlanmasına ilişkin bir amaçla hareket edildiği söylenebilir. Ancak son tahlilde mahkemenin subjektif ve objektif kriterleri tutarlı bir şekilde uygulamadığı, bunlar arasında tutarlı bir bağlantı kurmadığı, fiil hakimiyetine yer verilen kararlardan bunun kriterlerine ilişkin bir çıkarım yapılamadığı ve bu gerekçelerle uygulamada faillik öğretisi alanında ortaya çıkan belirsizliğin II. Dünya savaşı sonrası dönemde daha da kötüleştiği belirtilmektedir. BGH’nin kararlarına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için Bkz. **Roxin**, TuT, s. 100 vd.

¹⁴⁸ **Roxin**, AT II, § 25, kn. 22.

¹⁴⁹ CGK., E. 2022/214 K. 2023/128 T. 8.3.2023; CGK., E. 2023/30 K. 2023/663 T. 13.12.2023; CGK., E. 2019/166 K. 2023/355 T. 14.6.2023; CGK., E. 2022/616 K. 2023/157 T. 15.3.2023; CGK., E. 2023/13 K. 2023/335 T. 7.6.2023; CGK., E. 2021/355 K. 2022/621 T. 6.10.2022; CGK., E. 2022/553 K. 2023/330 T. 7.6.2023.

¹⁵⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25, kn. 2.

bulunulması isabetsizdir. Zira fiil hakimiyeti kriteri bir sonraki başlıkta izah edildiği üzere aslında sadece hakimiyet suçlarında failin kim olduğunu isabetli bir şekilde belirleyebilir.¹⁵¹ Bunun dışında özellikle yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlarda olay üzerinde hakimiyet kuran kişiler, pek tabi yardım eden sayılabileceği gibi sadece suç tipine özgü yükümlülüğünü ihlal eden -eylem üzerinde hakimiyet kurmaksızın- kişilerin fail olması da mümkündür. Ancak dogmatik gelişim sürecinde fail ve şerik ayrımına ilişkin tartışmaların çoğunlukla, hakimiyet ilişkisi gerektiren genel icra suçları (*Begehungsgemeindelikte*) üzerinden (kasten öldürme, yaralama, hırsızlık vs.) yapılması¹⁵², burada ulaşılan isabetli sonuçların genel geçer faillik kriteri olarak değerlendirilmesine yol açmış ve kanunlaşma faaliyetlerinde benimsenen hatalı konumlanmayla birlikte “*fiil hakimiyeti*”ne kaldıramayacağı bir yük yüklenmiştir.

1.2.3. Fiil Hakimiyetinin Yetersiz Kaldığı Suçlar

1.2.3.1. Genel Açıklamalar

Fiil hakimiyetine tüm kasıtlı suçlarda faili belirleme fonksiyonu yükleyen görüş; olgusal (faktisch) anlamda bir fiil hakimiyetinden bahsedilemeyeceği (örneğin ihmali suçlar) yahut fiil üzerindeki hakimiyetin faillik için yeterli olmadığı (icrai hareketle işlenen görev suçları, özgü suçlar, bizzat işlenebilen suçlar) suçlar açısından farklı yaklaşımlar benimsemektedir.¹⁵³

İlk olarak “*fiil hakimiyeti kavramını genişletme*”¹⁵⁴ şeklinde bir yönetime başvurulmaktadır. Buna göre fiil hakimiyeti sadece olgusal değil, sosyal¹⁵⁵ veya normatif¹⁵⁶ bir anlamda ele alınmalıdır. Böylece kavram olgusal ve fiili niteliğinden koparılıp normatifleştirilerek, “*bir nevi hakimiyet*” şeklinde izah edilmekte ve genel fail tanımından “sapmaksızın” sorunlara “çözüm” üretilmeye çalışılmaktadır. Özellikle ihmali suçlardan aşına olunan bir hakimiyet türü olarak “*potansiyel fiil hâkimiyeti*”nden bahsedilmesinin¹⁵⁷ sebebi budur. Bazı suçlarda fiil hakimiyetinin yeterli olmadığını fark eden bir grup yazar ise ilgili suçlardaki özel faillik unsurunun ayrıca dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Böylece

¹⁵¹ Aynı yönde bkz. **Roxin**, AT II, § 25, kn. 33;

¹⁵² Aynı yönde bkz. **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25, kn. 3.

¹⁵³ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özgenç, İzzet, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, 1996, (Özgenç, Suç İştirak) s 147 vd.

¹⁵⁴ Eleştirel bir değerlendirme için bkz. **Herzberg**, TuT, s. 32.

¹⁵⁵ **Welzel**, Strafrecht, s. 104.

¹⁵⁶ **Jescheck/Weigend**, s. 670: **Rengier**, § 43, kn. 18; **Murmann**, Uwe, **Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Bs., C. H. Beck, München, 2021, (**Murmann**, Grundkurs) § 27, n. 25.

¹⁵⁷ Bu yönde bkz. Balcı, Meral, “İcrai Suça İhmali Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı”, **Suç ve Ceza**, (4), 2021, sa. 837-884, s. 849. Aslında **Heinrich**, temelde hakimiyet suçları karşısında yükümlülük suçlarının özel yapısını, failliğin tespitinde dikkate de olsa da ihmali suçları bu kategoride değerlendirmedikten, burada tekrar potansiyel fiil hakimiyetine taraftar olmaktadır. Bkz. **Heinrich**, kn. 1196, 1214.

fiil hakimiyetiyle birlikte özel suç tipinin yapısından kaynaklanan faillik unsuru da değerlendirmeye dahil edildiğinde; temel pozisyonundan kısmen sapılmaktadır.¹⁵⁸

Diğer taraftan fiil hakimiyeti için asgari şart olarak kabul edilen kastın¹⁵⁹ eksikliği nedeniyle taksirli suçlarda daha çarpıcı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu suçlarda bizzat özel taksirli suç tipinden kaynaklanan doğrudan faillik dışında, failliğin diğer türleri ve özellikle müşterek failliğin uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Nitekim TCK m. 37'nin gerekçesinde yer verildiği şekliyle eğer müşterek faillik; birlikte suç işleme kararına ilaveten fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulmasını gerektiriyorsa, bunun tipik neticeye istemeden neden olunan taksirli suçlarda gündeme gelemeyeceği savunulabilir.¹⁶⁰

Görüldüğü üzere fiil hakimiyetine verilen “görev”in kapsamı, sadece kasıtlı suçlarda değil taksirli suçlarda da faillik uygulamalarını etkilemektedir. Bu durum çalışmada neden fiil hakimiyetinin özel bir eleştiriye tabi tutulacağını izah eder niteliktedir. Taksire ilişkin tartışmalar ilgili bölüme bırakılarak, öncelikle *Roxin*'in yükümlülük suçları teorisini takiben fiil hakimiyetinin kasıtlı suçlarda dahi genelgeçer bir fail kriteri olamayacağı ortaya konulacaktır.

1.2.3.2. Yükümlülük Suçlarında Fail

1.2.3.2.1. *Roxin*'in Yükümlülük Suçları Teorisi

Yükümlülük suçlarının, iştirak öğretisi içinde özel bir konuma sahip olduğunu tespit eden kişi *Roxin*'dir. Yazar bu suçlar için geliştirdiği “*yükümlülüğe aykırılık*” formülasyonu ile iştirak öğretisine önemli bir enstrüman kazandırmıştır.¹⁶¹ Bu çerçevede yazar öncelikle ontolojik ve teleolojik perspektiflerin senteziyle oluşturduğu kendi metodolojik yaklaşımına uygun olarak¹⁶², tüm kasıtlı suçlarda fail kavramının içeriğini belirlerken esas alınacak temel bir prensip oluşturmuştur. Buna göre *fail*, *suça yönelik olayların merkez figürüdür*.¹⁶³ Şerik ise faili, ilgili suça yönlendiren yahut onun fiiline katkı sağlayan yan bir figürdür.¹⁶⁴ Bu tanım kanunun; iştirak ayırımına ilişkin benimsediği değerlendirici bakış açısıyla faile verdiği anlamı karşılamakla birlikte ontik olarak da toplumsal bilinçte varlığını sürdüren fail tasavvuruna

¹⁵⁸ Özgenç'e göre özgü suçlarda failliğin formülü şu şekildedir: *özel yükümlülüğün ihlali + fiil hakimiyeti*. Ancak yazar ihmalî suçlarda fiil hakimiyetinin sonuç vermediğini örtülü olarak kabul etmektedir. Bkz. Özgenç, Suça İştirak, s. 163 vd. Ayrıca bkz. Stratenwerth/Kuhlen, § 12, n. 40; Akbulut, Berrin, 'Bağlılık Kuralı', GÜHFD, 14 (1), 2010, sa. 167-214, s. 185.

¹⁵⁹ Rengier, § 41, kn. 10.

¹⁶⁰ Bu yönde değerlendirmeler için bkz. 3.6.3.

¹⁶¹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sanchez-Vera, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, s. 19 vd; Pariona Arana, Raúl, "Täterschaft und Pflichtverletzung – Grundlagen der Pflichtdelikte", *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter, Berlin-New York, 2011, sa. 853-866, (Pariona Arana, FS-Roxin)s. 854 vd.

¹⁶² Roxin'in metodolojik yaklaşımına ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özgenç, Suça İştirak, s. 98 vd.

¹⁶³ Roxin, TuT, s. 29 vd: aynı yazar, AT II, § 25 kn. 10.

¹⁶⁴ Roxin, AT II, § 25, kn. 10.

uymaktadır.¹⁶⁵ Ancak bu temel formül, merkezi figür kavramının içeriğinin hangi maddi kriterler ile doldurulması gerektiğine ilişkin bir belirleme yapmamaktadır. Söz konusu belirleme ancak yasa koyucunun benimsediği değerler, temel davranışın yapısı ve özel suç tipleri dikkate alınarak gerçekleştirilebilir. Aksi halde “merkez figür” ifadesi, soyut kalacak ve faili tespit noktasında kendisinden beklenen yönlendirici fonksiyonu yerine getiremeyecektir.¹⁶⁶

Önce kasıtlı icrai suçlar üzerinden çok kapsamlı bir inceleme yapan yazar, bu suçlarda olayların merkez figürünün en doğru şekilde fiil hakimiyeti ile ve onun sağladığı içeriksel ölçütler ile belirlenebildiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak kanun koyucunun; farklı suç tiplerinde merkez figürü, başka nesnel kıstaslarla belirlemek istemiş olabileceğine de dikkat edilmelidir. Fiil hakimiyetinin; genelde tartışmaların odağında olan kasıtlı genel icra suçlarında (öldürme, yaralama, mala zarar verme ve hırsızlık gibi) isabetliliğini kanıtlamış olması¹⁶⁷, sırf bu nedenle diğer suçlarda uygulanmasını haklı çıkarmaz. Zira her halükârda “*fail kavramı, hukuki materyalden çıkarılmalıdır, ona dayatılmamalıdır.*”¹⁶⁸ Dolayısıyla fiil hakimiyeti düşüncesinin kapsamına ilişkin nihai değerlendirme, ancak özel suç tipleri üzerinde yapılacak bir incelemeyle mümkün olur.

İncelemede en çok göze çarpan ve fiil hakimiyetinin yetersizliğini ortaya çıkaran suçlar, bizzat kanun koyucunun faili, farklı özellikler ile diğerlerinden ayırarak tarif ettiği suçun merkez figürü haline getirmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Kanunun ilgili suç tarifinde özel belirlemeyi yaptığı bir yerde, fiil üzerinde kimin hâkim olduğu anlamını kaybeden bir soruya dönüşmektedir. Zira aranan merkez figür, suçun tipikliğinde belirlenmiştir. Fiil hakimiyeti, faile ilişkin belirlemenin yapılmadığı suçlarda; -örneğin bir insanı kasten öldüren kişi- kim sorusuna cevap vermek için önemli bir enstrümandır. Ancak örneğin suçun süjesi olarak doktordan yahut memurdan bahsedildiğinde merkez figür, fiile hâkim olmakla aynı şeyi ifade etmeyecektir. Sujeliği kanun koyucu tarafından tespit edilen memurun, artık merkez figür olmak için fiil hakimiyetine ihtiyacı olmadığı gibi böyle bir suçta fiil üzerinde hakimiyet kuran kişinin de memur olması ve merkez figür sayılması gerekmemektedir. Dolayısıyla kanun koyucu

¹⁶⁵ Roxin, TuT, s. 29.

¹⁶⁶ Roxin, TuT, s. 29; aynı yönde bkz. Roxin AT II, § 25, kn. 12.

¹⁶⁷ Yazar bu suçları bazen “hareket suçları”, bazen de “hakimiyet suçları” şeklinde isimlendirmektedir. Bkz. Roxin, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Bs., De Gruyter, Berlin, 1973, (Roxin, Kriminalpolitik), s. 21: Roxin, AT II, § 25, kn. 13.

¹⁶⁸ Roxin, TuT, s. 375. Aynı yönde bkz. Cramer, Peter, “Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme”, *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, 1979, sa. 389-403, (Cramer, Abgrenzung), s. 396; Pariona Arana, Raúl, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Nomos, Baden-Baden, 2010. (Pariona Arana, TuP), s. 213; Kızıllı, Fahrettin, “Yükümlülük Suçlarının Kasıtlı Extraneus Aracılığıyla İşlenmesi”, *TAÜHFD*, 2024, 6(2), sa. 513-541, s. 525.

tarafından faillik için özel nitelikler aranan bir yerde; merkez figürün farklı kriterle belirlenmesi son derece doğaldır. Bu basitlikte ortada olan bir gerçekliğin, fiil hakimiyeti taraftarlarınca görmezden gelinmesi ve bu suçların belli oranda bir zorlamayla fiil hakimiyetine uyarlanmaya çalışılması, çözümsüz sorunlar yaratmaktadır. Nitekim öğretide “kasten hareket eden nitelsiz araç” (*qualifikationslosen dolosen Werkzeuges*) isimlendirmesi ile temalaştırılan olaylar, fiil hakimiyetinin yetersizliğini açıkça ortaya koymaktadır.¹⁶⁹

Roxin yükümlülük suçları üzerine incelemesini derinleştirirken AİCK m. 353’te düzenlenen “ifadeye zorlama suçu”ndan yararlanmaktadır. Bu suç ancak ceza muhakemesinde veya diğer adli ve idari prosedürel süreçlerde görevli bir memur tarafından işlenebilmektedir. Burada görevli kişilerin; kötü muamele, şiddet, şiddet tehdidi, psikolojik eziyet şeklindeki cebri davranışlar ile suçun mağdurlarını, ilgili süreçlerde bir şey söylemeye, açıklamaya veya bunu yapmamaya zorlamaları cezalandırılmaktadır. Yükümlülük suçlarında fiil hakimiyetini test eden yazar, üçüncü bir kişinin (*Extraneus*) kamu görevlisini, mağdur üzerinde zorlayıcı ifade usullerini tatbik etmeye zorladığı bir ihtimali gündeme getirmektedir.¹⁷⁰ Normalde görevliye cebir uygulayan kişi, olay üzerindeki hakimiyeti nedeniyle suçun faili kabul edilmelidir. Buna rağmen sadece görevli memuru suç öznesi kabul eden m. 353’e göre, cebir uygulayanın failliği dışlanmaktadır. Nitekim suç tiplerine ilişkin tanımların; failin eylemini ve kişiliğini tarif ettiği ve özel suç tipini karşılamayan şerik davranışlarına ilişkin hükümlerin ise cezalandırmayı genişlettiği kabul edilecekse (dar fail anlayışı) m. 353’te, zorlama hareketlerinin görevli memur tarafından yapılmasını öngören tarifi, bu suçlarda faillik için temel bir koşula işaret ettiği muhakkaktır. Dolayısıyla görev suçlarında ancak failik vasfını taşıyan kimseler (*Intraneus*) suçun tipikliğini yerine getiren davranışı gerçekleştirebilir.¹⁷¹

Bu açıklamalar diğer görev suçları ve özgü suçlar için de geçerli olacaktır. Zira *Roxin*’e göre burada merkez figürü tayin edici karakter, “yükümlülüğe aykırılık”ta aranmalıdır. Ifadeye zorlama suçu özelinde failliği belirleyen noktaya daha dikkatli bakıldığında, memur statüsüne sahip olmak ya da soruşturmayı yürütme yetkisini haiz olmakla failliğin açıklanamayacağı görülecektir. Bu suç açısından failliği oluşturan şey, görevi nedeniyle ilgili prosedürel süreçlerde; ifadeyi uygun bir şekilde alma yükümlülüğü altında bulunan kişilerin, özel yükümlülüklerini bilinçli olarak ihlal etmeleridir. Bu durum -eğer aralarında bir ayrım

¹⁶⁹ *Roxin*, TuT, s. 376.

¹⁷⁰ Somutlaştırmak gerekirse örneğin sanığın babası tarafından uygulanan cebir (TCK m. 28 anlamında) altında kolluk, mağdurdan, zorlayıcı usullerle sanığın lehine ifade almaya çalışmaktadır.

¹⁷¹ *Roxin*, TuT, s. 392, 393: **aynı yazar**, *Kriminalpolitik*, s. 21; AT II, § 25, kn. 271.

yapılacaksa- görev suçlarıyla özgü suçlarda ortaktır.¹⁷² Bu suçlarda fiil hakimiyeti değil, suç tipindeki özel ve -belli kişilere- özgü yükümlülüğün ihlal edilmesi failliği oluşturmaktadır.¹⁷³

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere faillik, suç tipikliğinin konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun tipleştirme tercihi faillik üzerinde doğrudan etkilidir.¹⁷⁴ Ancak tipleştirmedeki herhangi bir farklılık değil, failin belirlenmesine yön verecek temel bir ayrımın tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla *Roxin*, genelde farklı tipler üzerinden suç türlerine ilişkin yapılan rastgele sınıflandırmalardan ziyade, suçun üç temel unsurundan tipikliğin, kanunilik ilkesinin yerine getirilmesindeki özel kriminal politik fonksiyonuna uygun olarak¹⁷⁵, suç tipleri arasında daha sistematik bir ayrıma ulaşmayı hedeflemektedir.

Bunun için; kanunilik ilkesinin, kanun koyucu tarafından, suç tipleştirmelerinde temel olarak nasıl yerine getirildiğine bakılmalıdır. Yazar, atipik tipleştirmeler bir kenara bırakıldığında iki temel metodun kullanıldığını tespit etmiştir.¹⁷⁶ İlkinde kanun koyucu olabildiğince eylemleri tarif etmeye odaklanmaktadır. Örneğin yağma suçunda; eylem halindeki bir yağmacı ve onun davranışı, tüm içsel ve dışsal olgular tanımlanarak (eylem suçu) bize gösterilmektedir. Bundan farklı olarak ikinci metod ise fail davranışının dışsal özellikleri önemsiz olduğunda gündeme gelmektedir. Zira bu suçlarda cezalandırmanın nedeni, kişilerin üstlendikleri sosyal rolün gerekliliklerini yerine getirmemeleridir.¹⁷⁷ Bu şekilde temelden farklılaşan hakimiyet ve yükümlülük suçlarının yapıları, tabi olarak iştirak teorisinde farklı çizgilerin takip edilmesini gerektirir.¹⁷⁸ Yükümlülük suçu birden fazla kişinin katılımı ile gerçekleştirildiğinde merkez figür, kendine düşen özel yükümlülüğü ihlal eden ve ister ihmali ister icrai bir davranış ile neticenin ortaya çıkmasına katkı sağlayan kişidir. Dışsal katkının ihmali-icrai niteliği, boyutu veya fiil hakimiyeti sağlayıp sağlamadığı hususları önemsizdir.¹⁷⁹

Yükümlülük suçlarına özel yapısını kazandıran nitelik, ilgili ceza normunda herkese yönelik olarak öngörülen bir yükümlülük değildir. Öyle değerlendirildiğinde; objektif özen yükümlülüğünün ihlali açısından taksirli suçlar da bu kategoriye dahil edilebilir. Taksirli suçlarda da ceza sorumluluğunun esası, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak korunan hukuki değer açısından izin verilmeyen bir risk yaratılmasıdır. Ayrıca tüm kasıtlı

¹⁷² *Roxin*, TuT, s. 393, 394.

¹⁷³ *Roxin*, TuT, s. 884; aynı yazar, *Kriminalpolitik*, s. 21.

¹⁷⁴ *Roxin*, *Kriminalpolitik*, s. 20, 21.

¹⁷⁵ *Roxin*, *Kriminalpolitik*, s. 15.

¹⁷⁶ *Roxin*, AT II, § 25, kn. 267 vd.

¹⁷⁷ *Roxin*, *Kriminalpolitik*, s. 17: aynı yazar, AT II, & 25, kn. 268.

¹⁷⁸ *Roxin*, *Kriminalpolitik*, s. 21.

¹⁷⁹ *Roxin*, AT II, § 25, kn. 268.

suçlar, yasaklanan bir davranıştan kaçınma veya emredilen bir davranışı gerçekleştirme yükümlülüğünün ihlali olarak ele alınabilir.¹⁸⁰ Ancak her suçta mevcut olan bu yükümlülük, şerikler tarafından da ihlal edildiğinden, bununla bir ayrıma ulaşılamayacağı görülmelidir.¹⁸¹ Yükümlülük suçlarının işlenmesinde merkez figürü tayin edecek olan şey, sadece belli kişilere mahsus, özel bir yükümlülüğün ihlalidir.¹⁸² Bu yükümlülük genelde ceza hukuku dışında bir kural ile belirlenmektedir. Örneğin yükümlülüğün kanundan, kamu görevinden, hukuki ilişkiden, idari bazı koşulların varlığından kaynaklandığı durumlar böyledir.¹⁸³ Elbette bir ceza normu da bahsedilen yükümlülüğün dayanağı olabilir. Örneğin AİCK m. 266'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunda¹⁸⁴; başkasının malvarlığını koruma yükümlülüğü, sayılan “dış sebepler”den farklı olarak bir güven ilişkisinden de kaynaklanabilir. Bu durumda suç tipine özgü özel yükümlülüğün kaynağı, güven ilişkisine yükümlülük doğurucu niteliği atfeden m. 266'daki ceza normu olacaktır. Yine ihmali suçlardan da bilindiği üzere garantör kişinin özel yükümlülük pozisyonu mutlaka bir (“dış”) sözleşmeye dayanmak zorunda değildir. Sadece koruma görevinin üstlenilmesi de dayanak oluşturacaktır. Diğer taraftan, garantörlüğü doğuran öngelen tehlikeli hareket de özel yükümlülüğün ceza hukukundan kaynaklandığı farklı bir örnek oluşturmaktadır.¹⁸⁵

Hukuken dokunulmaması gereken alanlara yönelik barış bozan müdahaleler ile ilgilenen hakimiyet suçlarının aksine yükümlülük suçlarında fail, tarafı olduğu ilişkide sosyal rolünün gerekliliklerine aykırı hareket ettiği için cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla bu suçlar, örneğin güvenilen kişiyle mal sahibi, doktor ile hasta, avukat ile müvekkil veya tehlike yaratan ile tehlikede olan arasındaki ilişkilerde, sosyal rolün gerekliliklerini korumaktadır.¹⁸⁶

Son tahlilde iki temel suç tipi arasındaki büyük farklar bu suçlardaki fail kavramının içeriğini değiştirse de fail her durumda “suça yönelik olayların merkez figürü” olmaya devam

¹⁸⁰ Krş. Putzke, Holm, “Pflichtdelikte und objektive Zurechnung”, *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter, Berlin-New York, 2011, sa. 425-438. s. 433, 434.

¹⁸¹ **Roxin**, TuT, s. 394.

¹⁸² **Roxin**, AT II, § 25 kn. 14.

¹⁸³ Örnek suç tipleri için bkz. **Roxin**, TuT, s. 887.

¹⁸⁴ Bu suç TCK m. 247'de düzenlenen zimmet suçunun unsurlarını da içermektedir. Buna göre ilgili suçta; “**kanun, resmi görev veya hukuki işlem** yoluyla kendisine tanınan; başkasının malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma veya başkasını yükümlülük altına sokma yetkisini kötüye kullanarak veya ii. kanun, resmi görev, hukuki işlem veya **bir güven ilişkisi gereği kendisine yüklenen** başkasının malvarlığı çıkarlarını koruma yükümlülüğünü ihlal ederek korumakla yükümlü olduğu kişinin malvarlığı menfaatlerine zarar veren kişi” cezalandırılmaktadır. (AİCK, m. 266)

¹⁸⁵ Bu tür ceza hukukundan kaynaklanan özel yükümlülük örnekleri üzerinden yazar, öğretideki itirazları da dikkate alarak, öncesinde “yükümlülüğün sadece ceza hukuku dışı bir kuralla belirlenebileceği” yönündeki görüşünü değiştirmiştir. **Roxin**, TuT, s. 887 vd.

¹⁸⁶ **Roxin**, Kriminalpolitik, s. 17., 18: **Roxin**, TuT, s. 888.

etmektedir. Hakimiyet suçlarında fiil hakimiyeti ve yükümlülük suçlarında yükümlülüğe aykırılık ile elde edilen faillik, temel prensibin farklı görünümüleri olarak anlaşılmalıdır.¹⁸⁷

1.2.3.2.2. Literatürdeki Yansımaları Üzerinden Yükümlülük Suçları Öğretisinin Değerlendirilmesi

Roxin'in, hakimiyet suçlarının karşısında özel kategori olarak kabul ettiği yükümlülük suçlarında¹⁸⁸; failliği yükümlülüğün ihlali üzerinden izah eden isabetli yaklaşımı, literatürde önemli ölçüde taraftar bulmuştur.¹⁸⁹ Ancak bunlar arasında yükümlülük suçlarını “özgü suç” şeklinde sınıflandıranlara da rastlamak mümkündür. Bu durum tek başına, fail öğretisi açısından karşı görüşün benimsendiğine işaret etmez. Esas mesele, suç grubunun nasıl isimlendirildiğinden ziyade failliğin hangi kriter ile belirlendiğidir. Özgü suç sınıflandırmasını tercih eden birçok yazarın da *Roxin*'i takiple özgü suçlarda failliği, sadece yükümlülük ihlali ile belirlediği görülmektedir. Özgü konumu nedeniyle özel yükümlülük altındaki kişinin suç katkıları, her halükârda onu fail yapacaktır. Bu suçlarda hukuki değerin ne şekilde ihlal edildiğinden bağımsız olarak yükümlülük ihlali, faillik için kurucu mahiyettedir.¹⁹⁰ Dolayısıyla yükümlülük suçlarında yükümlülük ihlali hareketle faillik tespiti, özgü suç nitelendirmesi ile de ortaya konulabilir. Ancak bana göre “özgü suçlar” gruplandırması, failliği belirleyen özel unsuru karşılayamamaktadır.¹⁹¹ Bu suçlarda -olması gerektiği gibi- sadece yükümlülüğe aykırılık üzerinden faillik tespit edilecekse, hakimiyet suçları karşısındaki konumlarını da güçlendirmek adına, “yükümlülük suçları” kategorisinin açıkça benimsenmesi uygun olacaktır. Buna karşın fail ile şerik ayrımının fiil hakimiyetine dayandığı suçlar ise hakimiyet suçları

¹⁸⁷ *Roxin*, AT II, § 25, kn. 274.

¹⁸⁸ Yukarıda izah edildiği üzere *Roxin*'de yükümlülük suçları; suç tipindeki özel bir yükümlülüğün sadece belli kişilere özgü olarak öngörüldüğü ve yalnızca bunun ihlaliyle failliğin oluştuğu suçlara karşılık gelmektedir. Bu yükümlülük, fiil hakimiyetini sonuçlamayan basit icrai bir katkıyla yahut inisiyatifi dışında gerçekleşen bir olaya müdahale etmeme şeklinde ihmali bir davranışla da ihlal edilebilir. Dolayısıyla öğretide özgü suçlar, görev suçları, memur suçları gibi ayrımlarla incelenen suç tipleriyle beraber, ihmali suçlar da yazara göre yükümlülük suçlarıdır.

¹⁸⁹ Yükümlülük suçlarının kapsamı ve belli sorun alanlarında ulaşılan çözümler açısından farklılaşan yönleriyle birlikte temelde yükümlülüğe aykırılığı, bu nitelikte olduğu değerlendirilen yükümlülük suçlarında, fiil hakimiyetinden bağımsız bir fail kriteri olarak kabul eden yazarlar için bkz. *Herzberg*, TuT, s. 33; *Heine, Günter/Weißer, Bettina, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar* (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 30. Auflage, C.H.Beck, München, 2019, (*Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder-StGB), § 25, kn 21; *Jakobs*, AT, § 21, kn. 104, 116; *Sanchez-Vera*, s. 19 vd: *Pariona Arana, Raúl*, “Mittelbare Täterschaft bei Pflichtdelikten”, *Festschrift für Bernd Schünemann*, De Gruyter, Berlin, München, Boston, 2015, sa. 469-482. (*Pariona Arana*, FS- Schünemann), s. 853 vd: *Lampe, Ernst-Joachim*, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *ZsTW*, 106/4, 1994, sa. 683-745 (*Lampe*, Systemunrecht); *Gropp, Walter/Sinn, Arndt, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Bs., Springer, Berlin, 2020., § 10, kn. 88; *Kindhäuser/Zimmerman*, § 38, kn. 51; *Kühl*, § 20, kn. 14; *Demirel*, Bağlılık, s. 139, 140.

¹⁹⁰ Bu yönde özgü suç kategorisi için bkz. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder-StGB, vor §§ 25, kn. 82.

¹⁹¹ *Roxin*, TuT, s. 394.

olarak ele alınmalıdır.¹⁹² Böyle bir yöntemin faillik öğretisi için daha faydalı olacağı kanaatindeyim.

Yükümlülük suçları öğretisi, tabi olarak hakimiyet düşüncesini genelleştiren ve tüm suçlarda geçerliliğini savunan geleneksel fiil hakimiyeti düşüncesi ile karşı karşıya gelmektedir.¹⁹³ Monist bir anlayışla fail kriteri olarak fiil hakimiyetini benimseyen yaklaşım ile suçun yapısından farklı fail kriterlerine ulaşılmasını savunan yaklaşım arasında *Özgenç* de dahil olmak üzere bazı yazarlar, uzlaştırmacı bir yol tercih etmektedir. Nitekim *Özgenç*, özgü suçların, yükümlülük suçlarından oluştuğunu ancak bu suçlarda fail olabilmek için, çoğunlukla yükümlülüğe aykırılığa ek olarak fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerektiğini ileri sürmektedir. Zira özel yükümlülüğün öngörüldüğü bir yerde kanun, genellikle yükümlülüğün nasıl ihlal edileceğini de tarif eder. Bu durumda tarif edilen eylem üzerinde ayrıca fiil hakimiyeti tesis edilmelidir. Özgü suçların bu türüne, *hakimiyet + yükümlülük suçları* denir.¹⁹⁴ Ancak görevi kötüye kullanma suçundaki gibi ilgili özgü suçta; muayyen bir fiil belirtilmediyse artık özel yükümlülüğün herhangi bir şekilde ihlal edilmesi mümkündür. Bu tür sırf yükümlülük suçlarında; fiil hakimiyetine ihtiyaç duyulmaz.¹⁹⁵ Dolayısıyla sırf yükümlülük suçlarında; özel yükümlülük altında olan kişiler, ortak bir suç işleme kararıyla hareket etmek şartıyla fiil üzerindeki hakimiyetlerine bakılmaksızın müşterek fail kabul edilmelidir.¹⁹⁶ Bu çerçevede resmî belgede sahteciliğin kamu görevlisi tarafından işlenmesi (m. 204/2), hakimiyet + yükümlülük suçuna örnektir. Sahteciliğin hangi eylemler ile gerçekleştirileceği kanunda belirlenmiştir. Kamu görevlisi, resmi bir belgeyi gerçeğe uygun şekilde düzenleme yönünde görevinden kaynaklı özel yükümlülüğünü, herhangi bir şekilde değil belirlenen sahtecilik eylemleri üzerinde fiil hakimiyeti kurarak ihlal ederse ilgili suçun faili olabilir.¹⁹⁷ Yükümlülük suçlarında bir eylemin tarif edilip edilmediğine göre yapılan ayırım, uzlaştırmacı yaklaşım olarak Alman hukukunda da taraftar bulmaktadır.¹⁹⁸

¹⁹² Roxin, Claus, "Pflichtdelikte und Tatherrschaft", in: **Festschrift für Bernd Schünemann**, De Gruyter, Berlin, München, Boston, 2015, sa. 509-532, (Roxin, Pflichtdelikte), s. 509.

¹⁹³ Alman hukukunda yükümlülük ihlaline karşı hakimiyet düşüncesini savunan yaklaşımlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Sancez-Vera**, s. 126 vd.

¹⁹⁴ Aslında daha önce *Özgenç*, yükümlülük suçlarının kabulüyle birlikte özgü veya mahsus suç gibi nitelendirmelere ceza hukukunda ihtiyaç kalmadığını ileri sürmüştür. *Özgenç*, İzzet, "Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)", **SÜHFD**, 1994, C.4, 1-2, sa. 329-348 (*Özgenç*, Yükümlülük Suçları), s. 344, dn. 41. Ancak daha sonra "yükümlülük + hakimiyet suçları" ile "sırf yükümlülük suçları"nı özgü suç başlığı altında bir araya getirmiştir. Dolayısıyla son tahlilde yazar, her yükümlülük suçunun, aynı zamanda bir özgü suç olduğu kanaatindedir. Bkz. *Özgenç*, Genel Hükümler, s. 629, 630.

¹⁹⁵ *Özgenç*, Yükümlülük Suçları, s. 344, 345.

¹⁹⁶ *Özgenç*, İzzet, "Faillığın Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", **SÜHFD**, 1994, C.4, S.1-2, sa. 159-190, (*Özgenç*, Müşterek Faillik), s. 188: **aynı yazar**, Suça İştirak, s. 290, 291.

¹⁹⁷ *Özgenç*, Genel Hükümler, s. 624.

¹⁹⁸ **Stratenwerth/Kuhlen**, § 12, kn. 40; **Hoyer**, in: SK-StGB § 25, kn. 21 vd.

Ancak uzlaştırmacı görüş takip edildiğinde öncelikle ihmali suçların durumu belirsizleşmektedir. Özellikle tipik neticeyi önleme noktasında özel yükümlülük altında olan garantörün, yükümlülüğüne aykırı olarak olaya müdahale etmemesi dışında; fiil üzerinde nasıl hakimiyet sağlayacağı sorusu gündeme gelecektir. İhmali davranışla gerçekleşmekte olan vaka üzerinde fiilî hakimiyet kurulamayacağı anlaşıldığında, bunların da sırf yükümlülük suçu olduğunu kabul etmek gerekecektir. Nitekim *Özgenç* açıkça ifade etmese de ihmali suçlarda failliği, sadece özel yükümlülüğün kasten yerine getirilmemesi üzerinden açıklayarak, bunların sırf yükümlülük suçu olduğuna işaret etmektedir.¹⁹⁹ Aksi halde hakimiyetin form değiştirdiği ileri sürülerek; gerçek anlamda fiil hakimiyetinden uzaklaşılması ve “*potansiyel fiil hâkimiyeti*” gibi yapay bir hakimiyet ilişkisine başvurulması gerekir.²⁰⁰ Oysa *Roxin*’in haklı olarak ifade ettiği üzere “*sadece hiçbir şey yapmamakla bir olay akışını kontrol altına almak mümkün değildir. Olayların hakim bir konumda yönlendirilmesi, meydana gelen sonuç ile failin kişiliği arasında aktif olarak yönlendirici bir davranışa dayanan bir ilişki gerektirir. Bu ilişki, olayların akışına sadece seyirci kalan kişide eksiktir.*”²⁰¹

Yükümlülük suçları öğretisinin monist fiil hakimiyeti öğretisine karşı rüştünü ispat ettiği esas sorun alanı ise bu suçların kasıtlı extraneus aracılığıyla işlendiği durumlardır. Uzlaştırmacı bir yaklaşımla yükümlülük suçlarının ekseriyetinde yükümlülük ihlaliyle birlikte fiil hakimiyetinin failliği belirleyeceği tezi benimsense dahi, yükümlülük altındaki kişinin (*intraneus*) ilgili suçu fail niteliğini haiz olmayanlar (*extraneus*) aracılığıyla gerçekleştirdiği olaylarda bir çıkmazla karşılaşmaktadır. Örneğin resmî belgeyi düzenleme yetkisine sahip memurun, kendi imzasını kullanma imkânı olan üçüncü bir kişiye, imza ile çok sayıda sahte belge düzenlemesini istemesi halinde, m. 204/2’den fail sorumluluğu izah edilememektedir. Bu hallerde; “*resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleme fiili*” üzerinde olgusal hakimiyet tamamen extraneusa aittir. Aynı şekilde şirketteki yönetici konumu gereği ticari sırlara vakıf olan A, bilgisayarında depoladığı ticari bilgilerin rakip şirkete e-posta yoluyla gönderilmesini kişisel asistanından talep edebilir. Böylece ifşa eyleminin dışsal icrası yine bir extraneus tarafından gerçekleştirilmiş olur.²⁰² Ancak *Özgenç*’in benimsediği uzlaştırmacı görüş çerçevesinde TCK m.

¹⁹⁹ *Özgenç*, Suça İştirak, s. 164.

²⁰⁰ Krş. *Heinrich*, AT, kn. 1196, 1214; *Balcı*, s. 849 vd.

²⁰¹ *Roxin*, TuT, s. 516.

²⁰² Benzer örneklerin güveni kötüye kullanma (TCK m. 155), zimmet (TCK m. 247) ve açığa imzanın kötüye kullanılması (TCK m. 209) gibi suçlar için de uyarlanması mümkündür. Bunların her birinde suçun dışsal icrası özel yükümlülük altında olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilebilir. Sonuncusundan devam edecek olursak TCK m. 209/1 hükmüne göre belirli bir tarzda doldurulup kullanılmak üzere kendisine teslim olunan imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kâğıdı, verilme nedeninden farklı bir şekilde doldurma eylemi, intraneus tarafından bir extraneusa yaptırılabilir. Bu bağlamda kâğıdın teslim edildiği kişi, sekreterini arayarak kâğıdı verilme amacı dışında ondan doldurmasını isteyebilir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Kıdıl*, s. 515 vd.

239’da ticari sırrın nasıl açıklanması gerektiği kanunda belirlendiğinden, “ifşa” eylemi üzerinde hakimiyet kurmayan kişi, suçun faili kabul edilemez. Zira özel yükümlülük ihlali tek başına, faillik için yeterli değilse arkadaki kişi fiil üzerinde hakimiyet kurmadığı için öndeki extraneuslar da fiil hakimiyetine rağmen özel yükümlülük ihlalini gerçekleştiremediğinden fail olamayacaktır. Görüldüğü üzere uzlaştırmacı yaklaşım bu örneklerde isabetli sonuç vermemektedir.

Monist fiil hakimiyeti anlayışı ise olgusal temelde istikrarlı şekilde savunulduğunda cezasızlık sonucuna ulaşması gerektiği için²⁰³ çoğunlukla arzulanmayan cezasızlıktan kaçınmak için ihmalî suçlardaki gibi fiil hakimiyetini gerçek anlamından uzaklaştırmakta ve hakimiyeti normatif-sosyal bir anlamda ele almaktadır. Buna göre ilgili olaylarda dışsal icrayı gerçekleştiren konumundaki extraneusu yönlendiren ve suçta aranan özel niteliği haiz bulunan arkadaki intraneus; suçun bu şekilde işlenebilmesini mümkün hale getirmesi itibarıyla sosyal veya normatif anlamda hâkim konumdadır.²⁰⁴

Kanaatimce tüm yükümlülük suçlarının yapısı gereği faillik, yalnızca, kanun koyucu tarafından haksızlığın özü olarak değerlendirilen ve belli bir gruba münhasıran öngörülen özel yükümlülüğün ihlali ile açıklanmalıdır. Aksi halde sahtecilik ve ticari sır örneklerinde ya en istenmeyen cezasızlık sonucuna²⁰⁵ varılacak ya da -ihmalî suçlardakine benzer şekilde- fiil hakimiyetine normatif-sosyal bir anlam verilerek fiil hakimiyeti kavramı belirsizleştirilecektir.²⁰⁶ Gerçek ve olgusal hakimiyetten vazgeçildiğinde ise öğretinin temel anlayışı terk edilmiş olur.²⁰⁷ Bu suçlarda özel yükümlülüğün ihlali yönünde intraneusun davranışlarının dışsal özellikleri ve mahiyeti, faillik ve şeriklik arasında bir ayrım için belirleyici değildir. Dolayısıyla örneğin TCK m. 209/1 bağlamında kâğıdın; imzalayan tarafından güvenilerek teslim edildiği kişi, yükümlülüğünü bilinçli olarak ihlal ettiğinde; bizzat dolduran mı yoksa başkasına doldurtan mı olduğu anlamını kaybedecektir. Bizzat doldurduğunda, kalem ve mürekkep vererek yardım eden veya olaydaki gibi intraneusun

²⁰³ Nitekim *Otto* onu normatif bir bakışla ele alan değerlendirmelerin, fiil hakimiyetini temel yaklaşımından kopardığı düşüncesiyle gerçek bir fiil hakimiyeti düşüncesinde ısrar ederek ilgili olaylarda hem intraneusun hem extraneusun cezasız kalması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. *Otto*, AT, § 21, kn. 93 vd; aynı yazar, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, *JURA*, 27 (5), 1987, sa. 246-258, s. 256.

²⁰⁴ Bu değerlendirmeye ilgili olaylarda intraneusun dolaylı fail, extraneusun ise yardım eden olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Welzel*, Strafrecht, s. 104; *Rengier*, § 43; kn. 18; *Jescheck/Weigend*, s. 670; *Murmann*, § 27, n. 17, 25.

²⁰⁵ Bunun “büyük bir adaletsizlik” ve “katlanılmaz bir sonuç” olduğu yönünde sırasıyla bkz. *Jescheck/Weigend*, s. 670; Christian Jäger, *ExamensRepetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, (11. Bası) C.F. Müller, Heidelberg, 2024, kn. 350.

²⁰⁶ *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder-StGB, § 25, kn. 21.

²⁰⁷ Aynı yönde *Herzberg*, eğer fiil hakimiyetinin orijinal anlamı çarpıtılmak istenmiyorsa, *Roxin*’in görüşlerini takip etmenin gerekli olduğunu belirtmektedir. *Herzberg*, TuT, s. 33.

talimatı sonucunda belgeyi -fiil hakimiyetiyle- dolduran kişi; her halükârda suçun asli muhatabı olmadığından yardım eden sayılmalıdır. İki ihtimalde de özel yükümlülük, doğrudan intraneus tarafından ihlal edilmektedir. Dolayısıyla faillik ve şeriklik arasındaki ayrım, fiil hakimiyeti ile değil özgü yükümlülüğün ihlali ile izah edilmelidir. Arkadaki intraneusun suçla korunan hukuki değerle doğrudan bağlantısı, onun doğrudan fail olarak kabulünü gerektirir.²⁰⁸

1.2.3.3. Bizzat İşlenebilen Suçlarda Fail

Bizzat işlenebilen suçlar, *Roxin* tarafından oluşturulan ve nispeten yeni sayılabilecek yükümlülük suçlarına göre, çok daha uzun bir zamandır bağımsız suç kategorisi olarak ele alınmaktadır.²⁰⁹ Öğretide bu kategorinin varlığı büyük ölçüde kabul edilmişse²¹⁰ de bizzat işlenebilen suç tipine bu karakterini kazandıran temel nedenin ne olduğu ve hangi suçların bu kategoriye dahil edileceği oldukça tartışmalıdır.²¹¹ Anlaşmazlıkları bir kenara bırakarak değerlendirmek gerekirse; tipik eylemin mutlaka bizzat gerçekleştirilmesini öngören suçların bu kapsamda kabul edilebileceğini söylemek mümkündür. Zira bizzat işlenebilen suçlarda hareketin ifade ettiği özel değersizlik ancak bu şekilde gerçekleşebilir.²¹² Bu nedenle özellikle başkası aracılığıyla suçun gerçekleştirilmesini ifade eden dolaylı faillik burada mümkün olmayacaktır.²¹³ Ayrıca böyle bir suç -örneğin askerden firar- aynı suç işleme kararı çerçevesinde birlikte gerçekleştirilmiş olsa dahi, ihlalin yoğun şahsi niteliği gereğince kişilerin sadece yan yana fail sayılması gerektiği savunulmaktadır.²¹⁴

Bizzat işlenebilen suçlarda korunan hukuki değer için suçta yapısal anlamda öyle bir merkez figür belirlenmiştir ki bu kişinin pozisyonu, herhangi bir delegasyon ilişkisini

²⁰⁸ Aynı yönde bkz. **Kıdıl**, s. 530 vd; Witteck, Lars, **Der Betreiber im Umweltstrafrecht**, Nomos Baden-Baden, 2005, s. 119, 120; Teresa Pizarro Beleza, "Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten", **Bausteine des europäischen Strafrechts-Coimbra-Symposium für Claus Roxin**, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, sa. 267-282, s. 273-274; Manfred Hake, **Beteiligtenstrafbarkeit und "besondere persönliche Merkmale"**, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994, s. 170, dn. 14; Schild, Wolfgang/Kretschmer, Bernhard, in: **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, 6. Bs., Nomos, Baden-Baden, 2023, § 25 n. 70. Yükümlülüğün ihlali kriteriyle arkadaki intraneusun dolaylı fail kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Roxin**, TuT, s. 898; **Gropp/Sinn**, § 10, kn. 118; **Heine/Weißer**, § 25, n. 21; **Cramer**, Abgrenzung, s. 399.

²⁰⁹ **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder-StGB, vor §§ 25, kn. 85.

²¹⁰ Özgü suç oldukları yönündeki itiraz için bkz. **Özgenç**, Suça İştirak, s. 179; Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay, **Özgü Suç**, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 127.

²¹¹ 1900'lerin başından itibaren yapılan tartışmalar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. bkz. Schünemann, Bernd, "Vom kriminalpolitischen Nutzen und Nachteil eigenhändiger Delikte – Ein Rehabilitierungsversuch", **Festschrift für Heike Jung**, Nomos, 2007, (Schünemann, FS-Jung) 881 vd. Ayrıca bkz. **Kitapçıoğlu Yüksel**, s. 114 vd.

²¹² Aynı yönde bkz. Satzger, Helmut, "Die eigenhändigen Delikte", **JURA**, 2011/2, (Satzger, Eigenhändig), s.103; Kulhanek, Tobias, "Kategorisierung einer Verbandsstrafbarkeit nach verschiedenen Deliktstypen und -formen – Überlegungen zu eigenhändigen Delikten, Täterschaft und Teilnahme, Amtsdelikten und subjektiven Tatbestandsmerkmalen", **ZsTW**, 2015, 127(2), s. 306.

²¹³ **Schünemann**, FS-Jung, 881; **Satzger**, Eigenhändig, s. 103; **Akbulut**, Bağlılık, s. 188; **Demirel**, Bağlılık, s. 153, 154.

²¹⁴ **Jakobs**, AT, § 21, kn. 22.

reddeder.²¹⁵ Yani hiçbir delegasyon yöntemiyle merkez figür pozisyonu elde edilemez. Bu yöntemin hukuki niteliği, önde kasıtlı extraneusun arkada intraneusun yer aldığı hallere ilişkin yapılan tartışmalarda ortaya çıktığı şekliyle yükümlülük suçlarındaki gibi bir anlam taşımaz. Zira ilgili suçta özgü bir yükümlülüğün ihlali cezalandırılıyorsa²¹⁶, önde olmayan kişinin yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bizzat işlenebilen suç gerçekleştirmesi de mümkün değildir. Fail ile suçun icrası arasındaki bu devredilmez yakın bağlantı, bizzat işlenebilen suçları karakterize eden husustur. Bu suçlarda tipik hareketin icrası, failin şahsına sıkı sıkıya bağlıdır. (*höchstpersönliche Ausführung der Tathandlung*)²¹⁷

Bu çerçevede “yalan tanıklık” ve “yalan yere yemin etme gibi” gibi ifade suçlarının, bizzat işlenebilme niteliği en az tartışmalı olan suçlar olduğunu söylemek mümkündür.²¹⁸ Tanığın yalan beyanda bulunması veya yemin etmesi bizzat işlenebileceği için, onun üzerindeki zorlama, fiil hakimiyetine rağmen zorlayan için hiçbir şekilde dolaylı failliği gündeme getirmeyecektir.²¹⁹ Tüm zorlamaya rağmen arkadaki için sadece azmettiren sorumluluğundan bahsedilebilir.²²⁰ Aynı şekilde firar suçlarını da buraya dahil etmek mümkündür. Örneğin dışardan hasmına haber göndererek, verdiği sürede askerden ya da infaz kurumundan firar etmezse halihazırda kaçırmış olduğu ailesini öldürmekle tehdit eden kişi, davranışın yarattığı irade hakimiyetine rağmen firar suçunun faili olamaz.

Şimdiye kadar söylenenlerden anlaşıldığı üzere bizzat işlenebilen suçlarla yükümlülük suçlarının iç içe geçmesi mümkündür.²²¹ Nitekim öğretilde bu suçlardaki özel yükümlülük yerine, tipik davranışı bizzat gerçekleştirmenin üzerinde durulmasına karşı çıkmaktadır. Bu yönde *Schmidt* yıllar önce, “eylemin bizzat gerçekleştirilmesi” üzerinden bir kategori oluşturmaktansa, ilgili suçlarda örtülü veya açık şekilde işaret edilen belirleyici karakterdeki özel hukuki ilişkilere ve yükümlülüklere dayanarak normatif perspektifle söz konusu iştirak

²¹⁵ **Satzger**, *Eigenhändig*, s. 109.

²¹⁶ Bu durumda “gerçek olmayan bizzat işlenebilen suçlar”dan bahseden *Roxin*, bunların “şahsa sıkı sıkıya bağlı yükümlülük suçları” (*höchstpersönliche Pflichtdelikte*) şeklinde, yükümlülük suçlarının bir alt grubu kabul edilebileceği ve yükümlülük suçlarının kriterleriyle izah edilebileceği kanaatindedir. Ancak yazar yine de bu suçların, devam ettirilmesi gereken bir kategorisi olarak bizzat işlenebilen suçlar içinde, gerçek olanlarıyla birlikte ele alınmasını faydalı görmektedir. Zira bunların “gerçekliğini” gölgeye düşüren “yükümlülük suçu” niteliği kısmen tartışmalıdır. Bkz. **Roxin**, AT II, § 25, kn. 303-307.

²¹⁷ **Schünemann/Greco**, in: LK, § 25, kn. 52.

²¹⁸ **Roxin**, AT II, § 25, kn. 303; **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder-StGB, vor §§ 25, kn. 85; Krey, Volker / Esser, Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil** 7. Bs., Kohlhammer, Stuttgart, 2022, § 8, kn 230. Öğretilde *İçer*, yalan tanıklık suçunun hem özgü suç hem de bizzat işlenebilen suç olduğu kanaatindedir. Bkz. *İçer*, Zafer, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK. m. 272)”, MÜHFD, 2012, 18/1, sa. 181-228, (**İçer**, Yalan Tanıklık), s. 223.

²¹⁹ **Demirel**, Bağlılık, s. 154; **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder-StGB, vor §§ 25, kn. 85.

²²⁰ **Roxin**, AT II, § 25, kn. 303.

²²¹ Krş. **Satzger**, *Eigenhändig*, s. 105.

pozisyonlarının belirlenmesini önermiştir.²²² Aynı yönde *Özgenç*, özgü suçlardan bazılarının bizzat işlenebilen suç olarak kabulüne karşıdır. Zira mahsus-özgü suçta, diğer genel suçlardan farklı olarak failin özel bir yükümlülük altında olması gerekir. Özel yükümlülüğün varlığından hareketle bazı suçların bizzat işlenebilen suç olarak değerlendirilmesinde isabet yoktur. Yalan tanıklık suçunu örnek veren yazar, sadece bildiklerini ilgili merci karşısında açıklamak zorundaki kişinin fail olabileceğini, çünkü suçta aranan asli yükümlülüğün sadece bu kişiye yöneldiğini tespit etmektedir. Aynı şekilde bizzat işlenebilen suç kategorisine dahil edilen, ceza infaz kurumundan veya askerlikten firar gibi suçların da mahsus suç örneği teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla bunlar, bizzat işlenebilen suç sayılmamalıdır.²²³

Bizzat işlenebilen suçların çalışmamız açısından ayrı bir kategori oluşturması için, failliğin belirlenmesinde bağımsız bir karakter göstermesi gerekir. Bunun için de fiil hakimiyeti ve yükümlülük ihlali kriterlerinin; merkez figürün kim olduğu sorusuna tam olarak cevap veremediğini ortaya koymak lazımdır. Bununla birlikte fiil hakimiyetinin yetersizliği, konunun ele alınması sırasında kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. O halde “yükümlülük ihlali”nin neden uygun düşmediği üzerine odaklanılmalıdır. Zira bu suçların sıklıkla özgü-yükümlülük suçlarına dahil edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Baştan söylemek gerekirse bizzat işlenebilirlik, özel bir yükümlülüğün cezalandırıldığı suçlarda da genel icra suçlarında da karşımıza çıkmaktadır.²²⁴

Yükümlülük kısmında böyle bir tipleştirme tercih edildiğinde; ayırt edici olan, belli kişilere özgülenen yükümlülüğün, bu suçlarda ancak suç tipinde tarif edildiği şekilde ve bizzat gerçekleştirilebilmesidir. Dolayısıyla söz konusu ayırım gereği, özgü yükümlülük, başkasının eyleminden yararlanarak -yükümlülük suçlarında mümkün olduğu şekliyle- ihlal edilememektedir. Özgü yükümlülüğü ihlal eden davranışın, hedef alınan esas muhatap tarafından ne şekilde ihlal edeceği özel olarak tarif edilmiştir. Tipik davranışın bizzat yapılmasıyla yükümlülük ihlali ve faillik ortaya çıkmaktadır. Bu hususiyeti gereği, yükümlülük suçunun unsurlarını ihtiva eden türlerinde dahi bizzat işlenebilen suçların farklı bir suç grubu olduğunu kabul etmekte yarar vardır. Zira buradaki şahsen gerçekleştirme unsuru, failliğin

²²² Eberhard Schmidt, “Die mittelbare Täterschaft”, in: **Festgabe für Reinhard von Frank**, II. Band, Scientia, Aalen, 1930, sa. 106-133, s. 106, 119, 128, 129. Aynı yönde bkz. Roeder, Hermann, “Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt”, **ZStW**, 69, 1957, s. 250. Bu iki yazarın geniş fail anlayışından hareketle bizzat işlenebilen suçlara itiraz ettiği yönünde bkz. **Schünemann**, FS-Jung, s. 881, dn. 6.

²²³ **Özgenç**, Suça İştirak, s. 179. Aynı yönde bkz. **Kitapçioğlu Yüksel**, s. 127.

²²⁴ Herzberg, Rolf Dietrich “Eigenhändige Delikte” **ZsTW**, 82/4, 1970, sa. 896-947, (**Herzberg**, Eigenhändige), s. 910.

tespiti noktasında belirleyici bir fonksiyon görmektedir. Nitekim ilgili suçlarda dolaylı failliğin hiçbir şekilde gündeme gelememesi, bu özel unsura dayanmaktadır.

Bir an için özgü-yükümlülük suçlarında da extraneus açısından müşterek yahut dolaylı failliğin mümkün olmadığı düşünülerek, bu noktanın iki suç gurubunda ortak bir özellik oluşturduğu ve esastan farklılık yaratmadığı ileri sürülebilir.²²⁵ Arkadaki extraneusun, intraneusu araçsallaştırarak dolaylı fail olamayacağı iki suç grubunda da gerçekten ortaktır. Bizzat işlenebilen suçları farklılaştıran nokta ise yasağın intraneusu da kapsaması ve “bizzat”lık öngören suç tipinin hiçbir şekilde “arkada kalarak” gerçekleştirilememesidir. İntraneusun gerçekleştireceği fail haksızlığı sadece doğrudan gündeme gelebilir. Yükümlülük suçlarında ise yasak, “*doğrudan fail olamayan birinin, dolaylı fail de olamayacağı*” şeklindedir.²²⁶ Arkada duran intraneus, extraneusun kasıtlı ve istekli eyleminden -yardım eden- istifade edilebilir yahut extraneusun hatasından yararlanarak veya eyleme zorlamak suretiyle amacını gerçekleştirebilir. Bizzat işlenebilen suçlarda ise hiçbirisi söz konusu olamaz. Bu nedenle dolaylı failliğin her iki suçta da gündeme gelemeyeceğini ileri sürmek, eksik bir değerlendirmedir.²²⁷ Bizzat işlenebilen suçlarda dolaylı faillik yasağı mutlaklıdır. Kanun koyucu intraneusa, suçun tipikliğini nasıl gerçekleştireceği noktasında doğrudan faillik dışında seçenek bırakmamıştır.

Bununla birlikte bizzat işlenebilen suçların; hakimiyet suçları karşısında yükümlülük suçları kadar bağımsız konuma sahip olmaması anlaşılabilir bir sebebe dayanmaktadır. Zira belli kişilerin özel yükümlülük altında fail pozisyonunda olduğu yükümlülük suçlarında; fiil hakimiyetinin karşılaştığı sınır, bir ölçüde açık kanuni düzenleme ile izah edilebilmektedir. Genel icra suçlarından farklı olarak kanun koyucu, belli özellikleri bulunan fail grubunun ancak özel yükümlülüğü ihlal ederek ilgili haksızlığı gerçekleştirebileceğini, suç tipindeki tarif ile ortaya koymaktadır. Örneğin rüşvet, irtikap, görevi kötüye kullanma gibi suçlarda, memuru esas muhatap alan özel bir yükümlülüğün ihlali kurucu nitelik gösterdiğinden, fiil hakimiyeti, kanun tarafından çizilen sınırı geçmemektedir. Bizzat işlenebilen suçlar kategorisinde ise sınır çoğunlukla özel suç tipine ilişkin yorum faaliyeti ile belirginleştirilmektedir. Dolayısıyla yükümlülük suçlarındaki özel durumun, benimsenen yaklaşıma göre farklı adlandırmalarla da olsa (özgü suç, görev suçu, memur suçları vs.) kabul edilmesi daha kolaydır. Bizzat işlenebilen

²²⁵ Kitapçıoğlu Yüksel, s. 125.

²²⁶ Bkz. Herzberg, Eingenhändige, s. 913.

²²⁷ Aynı yönde Herzberg, Eingenhändige, s. 913.

suçlarda ise “bizzat işleme” unsuru, suç tipinin yorumlanması ile ortaya çıkarılmakta ve kategorinin reddi aksi bir değerlendirmeye mümkün olmaktadır.²²⁸

Bizzat işlenebilen suçların bahse konu zayıf tarafının, AİCK’unda iki özel norm sayesinde belli ölçüde desteklenmiş olduğu ileri sürülebilir. Bunlardan ilki (m. 160) başkasını yalan yere yemine ve yalan ifadeye yönlendirme suçudur.²²⁹ Buradaki haksızlık, yalan tanıklığa dolaylı failliği de kapsadığına göre kanun koyucunun yalan tanıklık suçunun dolaylı fail tarafından gerçekleştirilemeyeceğini açıkça kabul ettiği anlaşılmaktadır. Kanun bu düzenlemeyle yalan tanıklık suçu bakımından fail haksızlığının, sadece mahkemede tanıklık yapan kişi için gündeme geleceği varsayımını benimsemiştir. Aksi halde m. 160 gereksiz bir norm olacaktır.²³⁰ Diğer destekleyici unsur, nevi şahsına münhasır yapıyla tam sarhoşluk (m. 323a) suçunda bulunabilir. Bu suç ile Alman kanun koyucu, sarhoşken işlediği suçtan dolayı kusur yeteneği tespit edilemediği için cezalandırılmayan kişiyi, alkol veya uyuşturucu maddeler kullanarak kendini, -en azından taksirle- bu duruma soktuysa (*sich in einen Rausch versetzen*) cezalandırmak istemiştir.²³¹ Burada kullanılan kendini (*sich*) ifadesinin, suçu sadece bizzat işlenebilir hale getirdiği ve kanun tarafından bu durumun açıkça düzenlendiği değerlendirilmektedir. Bu iki düzenleme; bizzat gerçekleştirmenin özel rolüne ilişkin kanuni dayanak olarak kullanılmaktadır.²³²

Öğretide *Kitapçioğlu Yüksel*, AİCK m. 160’daki suçun “bizzat işleme” açısından özel bir anlam taşımadığına yönelik görüşlere referans yapmakla birlikte, m. 160’daki gibi bir düzenlemeye TCK’da yer verilmemesini, bizzat işlenebilen suçların reddi doğrultusunda destekleyici bir argüman olarak öne sürmektedir.²³³ Yazara göre ayrıca, “*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*

²²⁸ Krş. **Satzger**, Eigenhändig, s. 105.

²²⁹ AİCK m. 160/1: “*Bir başkasını yalan yemin etmeye sevk eden kişi iki yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır; bir başkasını yemin yerine geçen yalan beyanda bulunmaya ya da yemin etmeksizin verilen yalan ifadeye sevk eden kişi ise altı aya kadar hapis cezası veya yüz seksen günlük yevmiye para cezasına kadar para cezası ile cezalandırılır.*”

²³⁰ **Satzger**, Eigenhändig, s. 105.

²³¹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ersoy, Uğur, “Alman Ceza Hukukunda Tam Sarhoşluk Suçunun Dogmatik Temelleri”, **İNÜHFD** 12(2), 2021, sa. 557-565, s. 559 vd.

²³² **Satzger**, Eigenhändig, s. 105.

²³³ Buna ilaveten yazar, AİCK m. 271’de de özgü bir suç mahiyetindeki resmî belgede sahteciliğin, fail vasfına haiz olmayan kişilerce dolaylı bir şekilde gerçekleştirilmesini tiplendiren özel suça dikkat çekmektedir. Bu hüküm m. 160’a yüklenen özel anlamı boşluğa düşürmektedir. Zira burada Alman kanun koyucu, -kabule göre değişen- özgü suç veya yükümlülük suçunda gerçekleşmesi mümkün olmayan dolaylı failliği, ayrıca düzenlemiştir. Bu yönde bir tercih, ilgili suçun bizzat işlenebildiğine işaret etmez. Suçun extraneus tarafından dolaylı bir şekilde gerçekleştirilmesini, özel olarak tiplendiren kanun, burada bizzat işlemeyi değil yazara göre özgülüğü dikkate almaktadır. **Kitapçioğlu Yüksel**, s. 126 vd.

*benimsenseydi bizzat işlenebilen suç olarak ayrı bir suç grubunun varlığını ve bizzat işlenebilen suçların dolaylı faillik yolu ile işlenemeyeceğini kabul etmek gerekirdi.”*²³⁴ Burada nasıl bir norm ihdasına ihtiyaç olduğu tam olarak anlaşılmassa da sonuçta bizzat işlenebilen suçların tümü için dolaylı faillik yoluyla işlenmelerini düzenleyen bir normun gerekliliği üzerinde durulmaktadır.

Yazarın argümanları kendi içinde çelişkilidir. Zira suç kategorisinin kabulü için “özel dolaylı faillik suçları” yahut -belki- genel düzenlemenin gerekliliğine vurgu yapılırken, AİCK’da istendiği şekliyle öngörülen suçların (m. 160, 271), bizzat işlenebilirliğe kanuni dayanak olamayacağı ileri sürülmektedir. Ancak bu çelişkili argümanın son kısmına katıldığımızı söylememiz gerekir. Zira extraneus için dolaylı faillik yasağı sadece bizzat işlenebilen suçlara mahsus olmayıp yükümlülük suçlarında da söz konusudur. Bu nedenle “dolaylı faillik suçları” her iki durumda da bu engeli aşmak için ihdas edilebilir. Ancak kanun koyucuların bu özel tipleştirmeyi tercih etmemesi veya kanunun yazımı aşamasında ilgili sorunların öngörülebilmesi ne bizzat işlenebilen suçların ne de yükümlülük suçlarının reddi için bir argüman olabilir. Nitekim extraneus için azmettirme sorumluluğu her zaman mümkün olduğundan, ceza politikası açısından özel bir tipleştirmeye ihtiyaç duyulmamış olması da muhtemeldir.

Diğer taraftan şahsen gerçekleştirilmesi gerekse de bazı suçlarda cezalandırılan şey özgü bir yükümlülüğün ihlali değildir. Bu durumda iki suç grubu birbirinden açıkça ayrılabilir. Zira bizzat yapılması gereken davranış, herkese yönelen bir yasağı ihlal etmektedir. Dolayısıyla bizzat işlenebilen bu suçlarda; “bizzatlık” öngörülme hakimiyet suçu kapsamında değerlendirilecek bir suç söz konusudur. Nitekim AİCK’da öngörülen, belli akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki (ensest suçu (m.173)) buna örnek gösterilebilir. Suç sadece cinsel ilişkinin bizzat gerçekleştirilmesi ile işlense de belli kişilere özgülenen bir hukuki yükümlülüğün ihlalinin bahsedilemez. Dolayısıyla yükümlülük suçu değildir.²³⁵ Aynı şekilde iki kanunda da aracı sevk ederek gerçekleştirilebilen, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarının (TCK m. 179/2, 3, AİCK m. 315-c) bizzat işlenebilirlik niteliği olmasa hakimiyet suçu sayılması gerekirdi.²³⁶ Bu niteliği haiz olmasaydı, örneğin şoförü bilerek hataya düşürüp,

²³⁴ **Kitapçıoğlu Yüksel**, s. 126 vd.

²³⁵ *Roxin*’e göre özgü bir yükümlülüğün ihlalinin konu edinmeyenler “*gerçek bizzat işlenebilen suçlar*”dır. **Roxin**, TuT, s. 909, § 44, kn. 545: **aynı yazar**, AT II, § 25, kn. 297 vd. Alman hukukundaki enest suçunun bizzat işlenebilen suç olduğu yönünde ayrıca bkz. Krey/Esser, § 8, kn. 230; Erden Tütüncü, Efser, **Kriminolojik Değerlendirmeler Işığında Ceza Hukukunda Fücür (Enest)**, 12 Levha, İstanbul, 2018, s. 65; Ritscher, Christian, in: **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 4. Auflage 2021, § 173, kn 23.

²³⁶ **Herzberg**, *Eigenhändige*, s. 911.

sürüş sırasında alkol almasını ve sarhoş olmasını sağlayan kişi, suçun dolaylı faili kabul edilebilirdi. Ancak suç, mevcut halinde aracı sürmek suretiyle işlenebileceği için bu ihtimal dışlanmalıdır.²³⁷ Dolayısıyla özel ceza normlarında kanunun formülasyonundan, hareketin ifade ettiği özel değersizliğin sadece bizzat gerçekleştirme ile ortaya çıkabileceği anlaşıyorsa, mutlaka yükümlülük suçundan bahsetmek isabetli bir yaklaşım değildir.²³⁸

Özetle bizzat işlenebilen suçlar yükümlülük ve hakimiyet suçlarından bir yönüyle ayrılmakta olup failliğin tespitinde dikkate alınması gereken bir hususiyet taşımaktadır. Bizzat işlenebilirliğin bulunduğu suç tipinde; dolaylı failliğin tamamen devre dışı kalması, oldukça önem arz etmektedir. Arkadaki kişinin failliği ne yükümlülüğün ihlali kriteri ile ne de fiil hakimiyeti ile tesis edilememektedir. Bu durum intraneusu da kapsayan bir yasak olması açısından; yükümlülük suçlarından temelde fark oluşturmaktadır. Hakimiyet alanında ortaya çıkan bizzat işlenebilen suçlar ise bunların yükümlülük suçu sayılamayacağı yönünde daha güçlü bir işarettir.²³⁹ Son tahlilde suçun şahsa sıkı sıkıya bağlı icrası, merkez figürü “bizzat icra” üzerinden tespit etmeyi zorunlu kılmaktadır. Sadece yükümlülük ihlali veya fiil hakimiyeti kriteri, bu suçların failini belirlemekte yetersiz kalmaktadır.

1.2.4. Pozitif Hukukun Farklı Bir Faillik Kriteri Benimsemeye Engel Teşkil Edip Etmediği Meselesi

Yukarıda anlatılanlar ışığında, kasıtlı suçlarda “suça yönelik olayların merkez figürü”nün; hakimiyet, yükümlülük ve bizzat işlenebilen suçlarda farklı yöntemlerle belirlenmesi gerektiği genel hatları ile ortaya koyulmuş ve hakimiyet suçları dışında; faillik kriteri olarak fiil hakimiyetinden vazgeçilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak böyle bir yöntem; kanunun cevaz verip vermediği, özel olarak incelenmelidir. Fiil hakimiyetinden ayrılmaya karşı yöneltilen bazı itirazların, belli kanuni düzenlemelere dayandığı ve dolaylı olarak kanunilik

²³⁷ Bizzat işlenebilen trafik suçlarının yükümlülük suçu olmadığını tespit eden *Demirel*, bir olaya herkesin tanıklık yapabileceği dikkate alındığında, yalan tanıklık suçu için de bu değerlendirmenin geçerliliğini koruyacağı kanaatindedir. Dolayısıyla bizzat işlenebilen suçların da yükümlülük suçu olduğu görüşü isabetsizdir. *Demirel*, *Bağlılık*, 155-156.

²³⁸ Krş. *Herzberg*, *Eigenhändige*, 911.

²³⁹ Tüm bunlar da yeterince ikna edici bulunmazsa; bizzat işlenebilen suçlardaki yükümlülük -veya özgümlük- karakterinin tartışmalı yönü dikkate alınarak, öğretinin gelişimi açısından bunların bağımsız bir şekilde incelenmelerine imkân tanınmasında yine yarar vardır. Ayrıca eğer şimdiye kadarkilerin hiçbiri böyle kabul edilmeyecekse bile kanun koyucunun özel bir yükümlülük içermeyen ancak bizzat işlenmesi gereken başka bir suç tipini her zaman ihdas edebilmesi mümkündür. Dolayısıyla bizzat işlenebilen suçlarla yükümlülük suçları arasındaki çizgiyi ortadan kaldırmak gibi katı bir tutum yerine, bu suçların yapısından kaynaklanan özel durumların daha dikkatli incelenmesine de fırsat tanıyabilmek adına bizzat icra gerektiren suçları ayrı bir suç grubu kabul etmek gerekir. Nitekim *Roxin*, şahsa sıkı sıkıya bağlı yükümlülük suçu mahiyetinde kabul ettiği “*gerçek olmayan bizzat işlenebilen suçları*”, yükümlülük karakterleri kısmen tartışmalı olduğundan hala ayrı bir kategoride incelemeyi faydalı bulmakta ve kendi kabulüne aykırı olarak bu suçların yükümlülük mahiyetine karşı özellikle *Herzberg* tarafından ileri sürülen gerekçelerin ciddiyetle dikkate alınmasını önermektedir. *Roxin*, *AT II*, § 25, kn. 306.

ilkesinin ihlali kaygılarını taşıdığı görülmektedir. İtirazlar Türk ve Alman hukukunda gündeme getirilmektedir. Dolayısıyla kanunilik ilkesine işaret eden bu itirazların değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Pozitif düzenlemelere dayanan karşı argümanlardan önce Türk ve Alman kanun koyucunun, genel hükümlerin kaleme alınmasında nasıl bir faillik tasavvurundan hareket ettiği ve tespit edilen iradenin, kanunun uygulaması konusunda ne ölçüde belirleyici rol oynayacağı ortaya konulmalıdır. Kanunun yorumlanmasında benimsediğimiz metodolojiyi de izah edecek olan bu inceleme sayesinde taksirli suçlardaki faillik tartışmalarında da sonuç verecek değerlendirmelerde bulunulacaktır.

1.2.4.1. Faillığe İlişkin Kanun Koyucuların “Kanunlaşmayan” İradelerinin Değerlendirilmesi

Kanun koyucuların iradesini tespit için, pozitif düzenlemeler ile birlikte kanun materyallerine de (*Gesetzesmaterialien*) başvurulmalıdır. Zira çoğu zaman kanunlaşan metinlerde belli bir yaklaşımdan yana açık tutum sergilenmese de ilgili düzenleme, kanun yapımında rol alan aktörlerin benimsediği bir iradeye dayanır. Kanun metnine yansımayan iradenin ortaya çıkarılması amacıyla kanun çalışmaları sırasındaki görüşmelerden, düzenlemenin ortaya çıkmasında temel alınan teklif metinlerinden ve madde gerekçelerinden yararlanılması mümkündür. Bunlardan madde gerekçeleri; kanunun yazımı aşamasındaki aktörlerin nasıl bir tasavvura sahip olduğunu görece daha açık göstermekle birlikte pozitif hukukun parçasını oluşturmazlar. Kanun materyalleri üzerinde inceleme yapıldığında, daha önce de tespit ettiğimiz üzere, Alman ve Türk kanun koyucuların, fail tanımlarına ilişkin maddede (AİCK, m. 25; TCK m. 37) fiil hakimiyeti düşüncesini esas aldığı anlaşılmaktadır. TCK’nın; özgü suçlarda failliği ayrıca m. 40/2’de düzenlemiş olması ve madde gerekçesinde yer alan ifadeler, Türk kanun koyucunun fiil hakimiyetini mutlak bir kriter olarak görmediğini ortaya koymaktadır.

1.2.4.1.1. Alman Kanun Koyucu

Daha eski olması ve mehz niteliği gereği önce Alman kanun koyucunun pozisyonunu tespit etmek gerekir. Almanya’da yaklaşık 50 yıl önce gerçekleşen ceza hukuku reformu ile esasen 1872 yılında yürürlüğe giren AİCK’nın genel hükümleri, Büyük Ceza Komisyonu tarafından tümüyle yeniden düzenlenmiştir. Burada bazı eski maddelere bağlı kalınırken, yeni hükümler de ilk defa kanuna girmiştir. Doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik şeklinde üç farklı faillik türünün m. 25’te tanımlanması, bu yeniliklerden biridir. Kanunun eski halinde de öğreti ve uygulamada kabul edilen farklı faillik statülerine, pozitif hukuk ile geçerlilik tanındığı

söylenbilir.²⁴⁰ Bu üçlü faillik kabulü ile önemi giderek artan bir soru ise fail-şerik ayrımı için Alman kanun koyucunun ne yönde irade benimsediğidir. Bunun cevabı için m. 25'teki faillik tanımlarını da kapsayan genel iştirak düzenlemelerine (§ 25-30) yönelik, Adalet Bakanlığının büyük komisyona sunduğu kanun teklifine ve bu sunumda ortaya konulan gerekçelere bakılması faydalıdır. Anılan maddelerin bugünkü haliyle içeriksel anlamda tamamen örtüşen ve büyük ölçüde de aynı ifadeleri içeren teklifin, komisyondaki tüm farklı önerilere ve itirazlara rağmen kabul edildiği dikkate alındığında; teklifin dayandığı hukuki görüşün belli bir referans noktası oluşturacağı değerlendirilmektedir. İlgili kanun teklifinin 1955 yılında büyük komisyona sunulması sırasında bakanlık yetkilileri; teklif edilen iştirak düzenlemelerinin fiil hakimiyeti düşüncesine dayandığını ifade etmişlerdir. Ancak bu düşünceye kanunda ayrıntılı şekilde yer verilmemesinin bilinçli bir tercih olduğu ve iştirak alanında konunun daha fazla aydınlatılması görevinin yargı ve öğretiye bırakıldığı açıklamalarına yer verilmiştir. Kanun koyucunun bu tür konularda görüş beyan ederken dikkatli olması gerektiğinin altı çizilmiştir.²⁴¹

Bu düşüncelerin m. 25'teki; oldukça nötr fail tanımlarında vücut bulduğunu söylemek mümkündür. Zira Alman kanun koyucu; “*suçu bizzat işleyen*” “*suçu başkası aracılığıyla işleyen*” ve “*birden fazla kişi tarafından suçu birlikte işleyen*” şeklinde doğrudan, dolaylı ve müşterek failleri tanımlamıştır. Bu tanımda herhangi bir görüşe açıkça yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla faillik maddesinin uygulaması, teklife esas olan fiil hakimiyeti düşüncesine bağlı hale getirilmemiştir. Bu nedenledir ki BGH, kanun değişikliği sonrası dönemde de belli ölçüde subjektif fail teorilerine bağlı kalmayı sürdürebilmektedir. Nitekim komisyonda bakanlık adına sunum yapan yetkililerden birisi; teklifte, faillğe yönelik daha sınırlı bir tanıma yer verilmediğini ve gelecekteki hukuk uygulaması üzerinde yönlendirici etkide bulunmaktan kaçınıldığını söylemiştir.²⁴² Günümüze değin Alman ceza hukukunda ve iştirak öğretisinde yaşanan önemli gelişmelere bakınca kanun yapımındaki yaklaşımın isabetli olduğu rahatça söylenebilir. Zira 1955 yılında Büyük Ceza Komisyonu'na sunulan ve önemli ölçüde kanunlaşan bakanlık teklifinde; faillik türleri, “fiil üzerinde bizzat hakimiyet kuran”, “başkası aracılığıyla hakimiyet kuran” veya “birlikte -fonksiyonel- hakimiyet kuran” şeklinde tanımlanmış olsaydı, *Roxin*'in ilk defa 1963 tarihli doçentlik tezinde gündeme getirdiği yükümlülük suçları kategorisi²⁴³ ve savunduğu faillik öğretisi aynı gelişimi gösteremezdi ya da sadece *de lege ferenda* bir anlam ifade edebilirdi. Ancak teklif aşamasında henüz ortaya

²⁴⁰ Schünemann/Greco, in; LK, vor §§ 25, kn. 2.

²⁴¹ Schünemann/Greco, in; LK, § 25, kn. 2.

²⁴² Bkz. Schünemann/Greco, in; LK, § 25, kn. 2.

²⁴³ Yükümlülük suçları öğretisinin ortaya çıkışı ve gelişimi hakkında bkz. *Roxin*, Pflichtdelikte, s. 509 vd.

çıkamamış ve komisyon görüşmeleri sırasında da gelişimini tamamlayamadığı için yeterince kabul görmeyen yükümlülük suçları öğretisi; kanundaki nötr tanımlamalar sayesinde, bugün Alman ceza hukukunun gelişimine katkı sağlayabilmekte ve kanunun lafzıyla çelişmeden sorunlara çözüm üretebilmektedir.

1.2.4.1.2. Türk Kanun Koyucu

Yukarıda ifade edildiği üzere fiil hakimiyeti öğretisi 5237 sayılı TCK'nın yapımı aşamasında da benimsenmiş ve faillığe ilişkin 37. maddenin gerekçesinde, faillik türleri ayrıntılı olarak fiil hakimiyeti ile izah edilmiştir. Ancak gerekçede verilen örneklerin hepsi hakimiyet suçlarıyla ilgilidir. Yöntem olarak isabetliliği tartışmalı olsa da örnekler üzerinden ilgili faillik türleri izah edilirken, en çok karşılaşılan hakimiyet suçları seçilmiştir. Örneğin; silahlı bir yağma suçunda gözcülük yapan kişinin, *“diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde diğer suç ortaklarıyla suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu sonucuna ulaşılsa fail olarak sorumlu tutulması”* gerektiğine vurgu yapılmıştır. Aynı şekilde yağmanın müşterek faillerce gerçekleştirilmesinde; her birinin tipik haksızlığın sadece belli bir parçasını yerine getirerek, suçun tümünden sorumlu tutulabilecekleri anlatılmıştır. Diğer taraftan birlikte suç işleme kararı ile mağdura ateş eden suç ortaklarının, mermilerden sadece birinin isabet etmesi halinde de kasten öldürmeden müştereken sorumlu olacakları vurgulanmıştır. Böylece müşterek faillğin nedenselliği ikame edici etkisinden bahsedilmiştir. Dolaylı faillik için örnek verilmese de hakimiyet ilişkisine vurgu yapılmıştır. Buna göre *“dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır.”*

Görüldüğü üzere madde gerekçesi, tamamen hakimiyet suçları ve hakimiyet ilişkisi üzerinden kaleme alınmıştır. Ancak maddenin mevcut haliyle yasalaşması ve gerekçenin yazımında etkisi bilinen Özgenç'in bizzat kendisi, fiil hakimiyetinin sadece hakimiyet suçlarında ve özgü suç içinde değerlendirdiği “yükümlülük + hakimiyet” suçlarında uygulanabileceği görüşündedir.²⁴⁴ Yukarıda izah ettiğimiz üzere yazar, örneğin resmî belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesini (m. 204/2) *yükümlülük + hakimiyet* suçu kabul etmektedir. Ancak yazara göre özgü suç içinde diğer bir grubu; sırf yükümlülük suçları oluşturmaktadır. Burada kanun koyucu tarafından öngörülen özel yükümlülüğün; nasıl ihlal edilmesi gerektiğine ilişkin belirleme yapılmadığından (m. 257, görevi kötüye kullanma)

²⁴⁴ Özgenç, Genel Hükümler, 629, 630; aynı yazar, Suça İştirak, s. 145 vd, 290, 291; aynı yazar, Müşterek Faillik, s. 188 vd; aynı yazar, Yükümlülük Suçları, s. 344 vd.

suçların faili, sadece özel yükümlülüğünü ihlal eden kişidir. Artık fiil üzerinde hakimiyet kurulmasına ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla yükümlülüğünü nasıl ihlal ederse etsin bu kişinin şerik olması mümkün değildir.²⁴⁵ Bunun da ötesinde *Özgenç*, ihmali suçları örtülü olarak sırf yükümlülük suçu kabul etmektedir. Zira bu suçlarda failliğin sadece özel yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile ortaya çıkacağını ileri sürmektedir.²⁴⁶ Ayrıca yazar, bu suçlarda fail-şerik ayrımını fiil hakimiyetiyle yapmaya çalışan görüşlere mesafe koymaktadır.²⁴⁷ Bu görüşlerini yazar, kanun yapımından çok önce doktora tezi ile oluşturmuş ve kanunun yürürlüğe girmesi öncesi ve sonrasındaki yıllar içinde de istikrarlı biçimde savunagelmıştır. Dolayısıyla m. 37'nin gerekçesinde sadece fiil hakimiyetini esas alan açıklamalar, izaha muhtaç bir durum yaratmaktadır. Yazarın kabulünü takip ettiğimizde en azından ihmali suçlarda ve sırf yükümlülük suçlarında fail; fiil hakimiyeti ile değil suç tipindeki özel yükümlülüğün ihlaliyle belirlenmektedir.

Bu kabulden hareketle bile failliğin yükümlülüğün ihlali ile belirlendiği suçlar önemli bir sayıya ulaşmaktadır. Kanunun açıkça sadece özel yükümlülüğün ihlalini tipleştirdiği suçlar bunun göstergesidir.²⁴⁸ En iyi örneklerden birisi olması itibarıyla TCK m. 83'te kanun koyucu; garantörlüğü doğuran kaynakları belirttikten sonra, garantörün ölüme neden olan yükümlülük ihmalini cezalandırmaktadır. Aynı şekilde TCK m. 88'de hükmün uygulanması, m. 83'ün koşullarına bağlandığından özel bir yükümlülüğün ihmal suretiyle ihlal edilerek kasten yaralanmaya neden olunması faillik için yeterli görülmüştür. Yine m. 251'de; denetimle yükümlü kamu görevlisinin zimmet ve irtikap suçlarının işlenmesine göz yumarak yükümlülüğünü ihlal etmesi tipleştirilmiştir. Diğer bazı suçlarda zaten suçun başlığı, failin kim olduğu sorusuna cevap vermektedir. Örneğin; TCK m. 98; "*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*", m. 175'te: "*akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali*", m. 233'te "*aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali*", m. 322'de "*savaş zamanında yükümlülükler*"ın kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi ile fail haksızlığı gerçekleşmektedir. Ayrıca *Özgenç*, görevi kötüye kullanmayı, sırf yükümlülük suçu kabul ederek, ilgili tarifte açıkça yükümlülüğe aykırılığa vurgu yapılmasa da bu niteliğin suçun

²⁴⁵ *Özgenç*, *Yükümlülük Suçları*, s. 345.

²⁴⁶ *Özgenç*, *Suç İştirak*, s. 163 vd.

²⁴⁷ *Özgenç*, *Suç İştirak*, s. 149, 150.

²⁴⁸ Bu noktada bir suçun yükümlülük niteliği için; açıkça suç tipinde özel bir yükümlülüğü ihlalinden bahsedilmesine gerek olmadığını vurgulamak isteriz. Örneğin zimmet, irtikap ve rüşvet gibi memur suçlarında (m. 247, m. 250, m.252) veya yukarıda zikredilen açığa imzanın kötüye kullanılması (m. 209) veya ticari sırrın ifşası (m. 239) gibi suçlarda yükümlülük niteliği, ilgili suçun yapısından anlaşılmaktadır. Aynı yönde bkz. *Demirel*, *Bağlılık*, s. 115.

yapısından tespit edilebileceğini göstermiştir. Buna göre yan ceza kanunları da dikkate alındığında, sırf yükümlülük suçları listesinin kolayca uzatılabileceğini söylemek mümkündür.

Özetle m. 37'nin gerekçesinde fiil hakimiyetini esas alarak yapılan açıklamalar, *Özgenç*'in uzlaştırmacı yaklaşımla kabul ettiği *yükümlülük + hakimiyet suçlarında* ve *sırf yükümlülük* suçlarında bile sonuç vermemektedir. Bunlar sayısı azımsanamayacak bir suç grubuna karşılık gelmektedir. Ancak bu suçlar, yazar tarafından bizzat işlenebilen suçlarla birlikte özgü suç kategorisine dahil edildiğinden, nihai değerlendirmeyi TCK'da açıkça yer verilen özgü suçlarda iştirak düzenlemesi ile birlikte yapmak gerekir.

TCK m. 40/2'de: *“özü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.”* ifadesi yer almaktadır. Fıkra ile ilişkin gerekçede ise şu kısım oldukça önemlidir: *“sadece özel faillik niteliğine sahip olmak, özgü suçun faili olarak sorumluluk için yeterli olmayabilir. Bunun için, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hâkimiyet kurulması gerekir. Örneğin resmî belgede sahtecilik suçunun işlenişine iştirak eden kamu görevlisi kişilerin, bu suçun nitelikli şekli açısından müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmeleri için, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, ayrıca belgede sahtecilik fiili üzerinde ortak hâkimiyet kurmaları gerekir.”* Gerekçedeki ifadeler ve verilen suç örnekleri *Özgenç*'in doktora tezindeki değerlendirmelerinin bire bir yansımasıdır:

Burada ilk adımda özel faillik niteliğine sahip olmaktan ne kastedildiğine dikkat edilmelidir. Kanun *Özgenç*'in daha önce ayrıntısıyla izah edilen görüşlerine uygun olarak, hakimiyet suçlarından farklılaşan tüm suçları özgü suç kabul etmektedir. *Özgenç*'e göre özgü suçlar, yükümlülük suçlarından oluşan bir suç grubudur. Bizzat işlenebilen suçlar ise bu şekliyle özgü suçlardan ayrı bir özellik göstermemektedir.²⁴⁹ Kanaatimce kanunun özgü suç dediği suçlarda, bizzat işlenebilenler bir kenara koyulacak olursa failliği karakterize eden esas nokta yükümlülüğe aykırılıktır. Bu nedenle “yükümlülük suçları” kategorisinin özellikle iştirak öğretisi açısından bu suçların yapısına daha uygun olduğu düşüncesindeyim. Bu çerçevede yazarın temel görüşleriyle şekillenen ilgili maddede; özgü suç ifadesinin, yükümlülük suçları ile bizzat işlenebilen suçları kapsadığı kabul edilmelidir. Haliyle gerekçede özgü suça ilişkin yapılan değerlendirmeler, bana göre bu suçlar ile ilgilidir. Bu çerçevede özgü suç için kullanılan “*özel fail niteliğine sahip olmak*” ifadesi, yükümlülük suçlarında “*özel yükümlülüğü ihlal*

²⁴⁹ *Özgenç*, Suça İştirak, s. 179. Aynı yönde bkz. *Kitapçıoğlu Yüksel*, s. 127.

etmek” veya bizzat işlenebilen suçlarda “*tipik eylemi şahsen gerçekleştirmek*” anlamındadır. Zira bu suçlarda özel fail niteliği ancak bu şekilde elde edilebilir.

Gerekçede bu unsurların her durumda fail sorumluluğu için yeterli olmayabileceği vurgulanmıştır. Görüldüğü üzere burada “yeterli değildir” gibi dışlayan bir ifade yerine “*yeterli olmayabilir*” şeklinde; yeterli olabileceğini de kabul eden bir yaklaşım benimsenmiştir. Ancak devamında; özel yükümlülük ihlalinin yetersiz kaldığı bir durumu ortaya koymak adına verilen örnek, resmî belgede sahtecilik suçu olunca, sanki sırf yükümlülük suçunun gerekçede reddedildiği gibi bir sonuca varılabilir.²⁵⁰ Ancak Özgenç’in temel yaklaşımıyla birlikte; gerekçe üzerinde dikkatli bir inceleme yapıldığında, yazarın istikrarlı olarak resmi belgede sahtecilik suçunu, yükümlülük ihlalinin yetersiz kaldığı özgü suçlara örnek için kullandığı²⁵¹, gerekçede de ilgili suçun sadece örnek olarak verildiği, bunun diğer yükümlülük suçlarının varlığını inkar anlamına gelmediği anlaşılabacaktır. Gerekçede “bunun için” diye başlayan cümlede; yükümlülüğe aykırılık ihlalinin faillik için yeterli olmadığı durumlarda ne yapılması gerektiği açıklanmaktadır. Buna göre *özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hâkimiyet kurulması* aranacaktır. Yine bu cümle Özgenç’in “*yükümlülük ihlali + fiil hakimiyeti*” formülü ile açıkladığı özgü suçları karşılamaktadır.²⁵² Görüldüğü üzere yazar aslında özgü suçlarda “özel faillik niteliğini” yükümlülük ihlali ile açıklamaktadır. Yükümlülük ihlalinin belli bir eylemin gerçekleştirilmesine bağlandığı durumlarda ayrıca fiil hakimiyetini aramaktadır. Bu görüşünün gerekçede; *özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hâkimiyet kurulması* şeklinde yer bulduğu görülmektedir. Ancak TCK m. 40 gerekçesinde Özgenç’in kabulüne uygun olarak, “*yükümlülük + hakimiyet suçları*”na odaklanılmış olması, diğer yükümlülük suçlarının varlığına yönelik gerekçedeki referansın zayıf kalmasına sebebiyet vermiştir.

Son tahlilde genel fail tanımlarını ihtiva eden TCK m. 37’nin devamında m. 40/2’de özgü suçlarda failliğin ayrıca düzenlenmesi, m. 37’nin sanki sadece genel icra suçlarında failliği düzenlediği gibi görüntü ortaya çıkarmaktadır.

1.2.4.2. Kanun Yorumunda “Objektifleştirilmiş İrade”

Tarihsel olarak fiil hakimiyeti düşüncesine dayanan Alman kanun koyucu, m. 25’te yer verdiği nötr fail tanımları ile öğreti ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel gelişmelere açık

²⁵⁰ Nitekim Demirel; sırf yükümlülük suçlarında Özgenç’in fiil hakimiyetinden tamamen vazgeçtiğini tespit ederek, m. 40’ın gerekçesinde, özgü suçlar için -ayrım yapmadan- özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hâkimiyet kurulması gerektiğine vurgu yapılmasının, soru işareti oluşturduğunu ifade etmektedir. Bkz. Demirel, Bağlılık, s. 117, dn. 397.

²⁵¹ Özgenç, Müşterek Faillik, s. 188, 199; aynı yazar, Suça İştirak, s. 290, 291.

²⁵² Özgenç, Suça İştirak, s. 165.

kapı bırakmıştır. Bu sayede yükümlülüğe aykırılık öğretisi, (en azından m. 25 bağlamında) kanuni bir itirazla karşılaşmamaktadır. TCK'nın faillik tanımlarına ilişkin 37. madde gerekçesindeki hakimiyet suçları odaklı örnekler ve açıklamalar, sanki kanun koyucunun tek faillik kriteri olarak fiil hakimiyetini kabul ettiği anlamını çıkarmaya elverişli ise de özgü suçlarda failliğin m. 40/2'de düzenlemesi ve bu madde gerekçedeki açıklamalar, fiil hakimiyetinin mutlak ve genel bir fail kriteri kabul edilmediğini ortaya koymaktadır. İki madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde; m. 37'nin gerekçesinde fiil hakimiyetine yapılan vurgu, faillik-şeriklik ayrımını, hakimiyet suçları üzerinden somutlaştırma çabası olarak görülmelidir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere fail-şerik ayrımına ilişkin teoriler; dogmatik gelişim süreci içinde hakimiyet suçlarının etrafında şekillenmiştir. Kanun koyucu da gerekçedeki açıklamalarda bu geleneği sürdürmüştür. Faillik tanımları ve fail-şerik ayrımı, en çok karşılaşılan hakimiyet suçları ile detaylandırılmak istenmiştir. Her suçta geçerli olması beklenen faillik düzenlemesine ilişkin açıklamalarda, sadece hakimiyet suçlarının esas alınması, yöntem olarak yanlış olsa da m. 40/2'deki özgü suç düzenlemesiyle birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun faili belirleme fonksiyonunu sadece fiil hakimiyetine yüklediğini söylemek mümkün değildir.

Ayrıca gerekçenin kanun metnine dahil olmadığı dikkate alındığında Türk ceza hukuku uygulamasının elinde fiil hakimiyetine hiçbir vurgu yapılmayan m. 37'deki genel fail tanımları ile birlikte, özgü suçta failliği; “*ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi*” şeklinde tanımlayan bir kanun maddesi bulunmaktadır. Özgü suçta fail, özel yükümlülüğünü ihlal eden kişi ise, yükümlülüğe aykırılık kriterinin fiil hakimiyetinden tamamen bağımsız bir fail kriteri olarak benimsenmesinin önünde kanuni bir engel yoktur. Madde gerekçesinde özgü suçların çoğunlukla *yükümlülük + hakimiyet* suçu kabul edilmesi bağlayıcı bir nitelik taşımaz. Bu irade kanun metnine yansıtılmadığı sürece kanunun uygulanmasında mutlak bir sınır çizmez. Aynı yorum, m. 37'nin gerekçesi açısından da geçerlidir. Gerekçedeki açıklamaların örnekleyici mahiyette olduğu, m. 40/2'nin varlığı ile zaten tespit edilmiştir. Zaten tek başına gerekçedeki açıklamaların, m. 37'nin uygulamasına mutlak sınır çizeceğini söylemek de doğru olmaz. Bana göre göre kanun metninin açık lafzına aykırı olmadığı sürece; dogmatik alandaki bilimsel ilerlemeler sayesinde daha isabetli bir fail yaklaşımına ulaşılması yahut kanunun yapımı aşamasında var olan bilimsel yaklaşımın ilgili alanda daha tutarlı çözümler sunduğunun anlaşılması halinde bu bulguların dikkate alınması mümkündür.²⁵³ Dolayısıyla kanun

²⁵³ Krş. Renzikowski, Joachim, "Die fahrlässige Mittäterschaft", in: **Festschrift für Harro Otto**, Carl Heymanns, Köln, 2007, sa. 423-439, (**Renzikowski**, FS-Otto), s. 438, 439; **aynı yazar**, Restriktiver, 277, 278.

yapımında rol alan aktörlerin fiil hakimiyetine ilişkin subjektif tarihsel iradesi veya özgü suçların çoğunu *yükümlülük + hakimiyet suçu* olarak gören yaklaşımı, kanun metnine yansımadağı sürece kasıtlı suç failinin farklı bir şekilde belirlenmesine engel teşkil etmez.

Diğer taraftan tespit edilen tarihsel irade; normun uygulanmasına yönelik mutlak bir sınır çizemez. Normun yorumunda yöntem olarak sadece kanun koyucunun subjektif iradesini esas alan yaklaşım (subjektif teori) kanunun, kanun koyucu tarafından önceden öngörülmeven birçok soruna çözüm üretmek durumunda kaldığı gerçeğini görmezden gelmektedir.²⁵⁴ Ayrıca subjektif irade, her durumda normun objektif içeriğine yansımamaktadır. Bu bilinçli bir tercih olabileceği gibi kanun yapımındaki hatalar nedeniyle tarihsel iradenin asgari bir ölçüde dahi ilgili normda ifadesini bulamamasından da kaynaklanabilir. Dolayısıyla öğreti ve uygulamada; normun objektif anlamını merkeze alan yaklaşımların daha çok taraftar bulması bu yönüyle şaşırtıcı değildir.²⁵⁵

Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da sıklıkla ifade edildiği üzere; kanun maddelerinin yorumunda belirleyici husus, kanun koyucunun subjektif veya tarihsel iradesi değil, normda ifadesini bulan ve maddenin lafzından, içinde yer aldığı anlam bağlamından ortaya çıkarılabilecek olan objektifleştirilmiş iradesidir.²⁵⁶ 1952 yılına ait bir kararda mahkeme;²⁵⁷ benimsediği temel metodolojiye ilişkin detaylı açıklamalara yer vermiş ve sonraki yıllarda da sıklıkla bu karara referans yapmıştır. Kararda yine kanun koyucunun ilgili normda ortaya çıkan objektifleştirilmiş iradesinin yorum açısından belirleyici yönüne vurgu yapılmış olup iradenin hükmün lafzı ile içinde yer aldığı anlam bağlamından tespit edileceği belirtilmiştir. Ayrıca yasalaşma sürecine dahil olan organ veya kişilerin hükmün muhtevasına ilişkin subjektif düşüncelerine; -tek başına- belirleyici bir anlam yüklenemeyeceği ifade edilmiştir. Bunlar ancak objektif iradeyi tespit için gereken ve hükmün lafzı ile bağlamını esas alan bir yorumun sonuçlarını, teyit ettiği veya bu tür bir yorum yöntemiyle ortadan kaldırılamayan tereddütlere cevap verdiği ölçüde dikkate alınabilmektedir. Dolayısıyla temel belirleyici noktanın, kanun koyucunun normda objektifleştirilen iradesi olduğu belirlendikten sonra bu iradenin tespiti bağlamında farklı yorum metotlarından istifade edilebilir. Nitekim lafzi

²⁵⁴ Aynı yönde bkz. Walz, Christian, “Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien”, *ZJS* 4/2010, sa. 482-490, s. 485.

²⁵⁵ Subjektif ve objektif yorum teorileri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, *Rechtstheorie*, 11. Bs., C.H.BECK, 2024, 798 vd.

²⁵⁶ BVerfG, 2 BvL 8/13, 28.11.2023, Rn. 118. Bu ifadenin, benimsenen temel bir yaklaşımı ortaya koyduğuna işaret etmek amacıyla atıf yapılan diğer kararlar için bkz. BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (130 vd); 105, 135 (157); 133, 168 (205 kn. 66); 144, 20 (212 vd. kn. 555); 163, 1 (27 kn. 54.)

²⁵⁷ BVerfGE 1, 299, 21.05.1952.

yorum, sistematik yorum, amaçsal yorum veya tarihsel yorum olarak bilinen yöntemlerin bu tür bir yorumlamaya hizmet ettiği değerlendirilmektedir. Kanun koyucunun objektif iradesini ortaya çıkarmak için; bu metotların bir araç olarak kullanılması mümkündür. Bunların birbirini dışlamadığını aksine tamamlayıcı nitelik gösterdiğini ifade eden başka bir kararda mahkeme²⁵⁸, yasanın objektif muhtevasına ışık tuttuğu ölçüde yasa materyallerinin kullanılmasında da bir beis görmemektedir. Ancak yasanın hazırlık çalışmalarına mutlaka belli ölçüde temkinle yaklaşılmalı, bunlardan çoğu zaman sadece destekleyici mahiyette istifade edilmelidir. Yasama faaliyeti yürüten mercilerin niyetlerini, bakış açılarını, değerlendirmelerini; yasa metni ile eş tutan bir hataya düşülmemelidir. Kanun koyucuya atfedilebilecek subjektif bir irade, kanunun kendisinde yeterince belirgin bir şekilde ifade bulunduğu ölçüde dikkate alınabilecektir. Mahkeme ayrıca önemli bir eserden²⁵⁹ alıntı ile şu cümleye yer vermiştir: *“devlet, yasanın oluşum sürecine katılanların kişisel ifadeleriyle değil, yalnızca yasanın kendisiyle sözünü söyler. Kanun koyucunun iradesi, kanundaki iradedir.”*²⁶⁰

Alman Federal Mahkemesi’nin ortaya koyduğu bu isabetli yorum metodolojisi; özünde yorum için kanun metniyle objektif nitelik kazanan iradeyi ön planda tutmakla birlikte, belli ölçüde subjektif iradeyi de dikkate almayı mümkün kılmaktadır. Zira kanun koyucunun objektif iradesini ortaya çıkarırken; lafzi yorum, sistematik yorum, amaçsal yorum veya tarihsel yorum yöntemlerinden istifade edilmelidir.²⁶¹ Burada kesin olan şu ki; kanunun anlamı, sadece oluşum sürecinde etkili olan organ veya kişilerin görüşleri, amaçları veya niyetleri ile izah edilemeyecektir.²⁶² Nitekim kanunun oluşumuna birçok aktör dahil olduğundan; yukarıda da ifade edildiği gibi, nihayetinde parlamentodaki çoğunluğun bu aktörlerin düşüncelerine gerçekten katıldığını söylemek de genellikle mümkün değildir. Dolayısıyla çoğu zaman kanun materyallerinden; kanun koyucunun gerçek subjektif iradesini tespit etmek de olanaksızdır.²⁶³ Dolayısıyla kanun koyucunun subjektif iradesi yerine normda vücut bulan objektif iradesi aranmalı ve norm uygulayıcılarının, kanunun oluşum sürecinde ileri sürülen özel

²⁵⁸ BVerfGE 11, 126. 17.05.1960.

²⁵⁹ Radbruch, Gustav, **Rechtsphilosophie**, 4. Bs., Koehler, Stuttgart, 1950, s. 210 vd.

²⁶⁰ BVerfGE 11, 126. 17.05.1960.

²⁶¹ Özellikle lafzi ve sistematik bir yorumla kanunun muhtevası belirlenemiyorsa; kanun koyucunun tarihsel iradesi önemli bir yorum aracı olabilir. Bu çerçevede kanun materyalleri üzerinde yapılacak bir incelemeyle ilgili normda; belli bir temel kararın ifade bulunduğu tespit edilebiliyorsa, kanun lafzındaki ve sistematigindeki belirsizlikten hareketle, hukuk yaratma yoluna gidilemez. İlgili normda ifade bulan, kanun koyucunun açıkça belirlenebilir iradesinin, bu şekilde görmezden gelinmesi ve uygulayıcının kendi konseptiyle ikame edilmesi anayasaya aykırı bulunmaktadır. Bkz. BVerfGE 149, 06.06.2018, kn. 77vd. Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Puppe, Ingeborg, **Kleine Schule des juristischen Denkens**, 5. Bs., Utb, (Puppe, Denkens) s. 134 vd.

²⁶² Aynı yönde bkz. **Roxin/Greco**, § 5, kn. 32.

²⁶³ Kanun materyallerinden böyle bir iradeyi tespit etme yönteminin güvenilir olmadığı yönünde bkz. **Puppe**, Denkens, s. 133 vd.

değerlendirmelere bağlı hale gelmesi önlenmelidir. Böylece yasal düzenlemelerin hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğine de katkı sağlanmış olur. Zira kanunda somutlaşan objektif irade, özellikle ceza hukuku bağlamında normun muhatapları açısından, meşru hareket alanının sınırlarını göstermektedir. Sadece subjektif iradeyle şekillenen bir yorum, ceza normunun bu fonksiyonunu zayıflatacaktır. Nitekim subjektif iradeyle hükümde ifade bulan objektif irade arasında açık farklılık olması halinde, normun muhataplarından; subjektif iradeyi tespit etmelerini ve ona göre hareket etmelerini beklemek kabul edilemez.²⁶⁴ Zaten bunun kanun materyallerinden ne ölçüde tespit edilebileceği de tartışmalıdır. Öğretide kanun materyallerinde yer alan değerlendirmelerin doğrudan kanun koyucunun iradesiyle aynı anlama gelmeyeceği ifade edilmekte, parlamentodaki çoğunluğun genellikle yasanın taslağı üzerinde yapılan görüşmeler, komisyondaki tartışmalar veya alternatif teklifler hakkında bilgi sahibi olmadığına vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla gerçek anlamda bir metni yasalaştıran meclis çoğunluğunun, kanunun yapımı aşamasında etkili olan bilimsel görüşleri benimseyerek bir maddenin yasalaşmasına olumlu oy verdiğini söylemek de zordur. Bu nedenle kanunlaşma aşamasındaki değerlendirmelerin, yasama organının iradesini ortaya çıkarma noktasında sadece birer ipucu vazifesi göreceği belirtilmektedir.²⁶⁵

Bu anlamda kanun hükmünün uygulanması, hükümden açıkça anlaşıldığı şekliyle kanun koyucunun benimsediği hukuk politikasına ve değer yargılarına bağlı kalmayı gerektirir. Kanun koyucunun tarihsel iradesi, normda somutlaşan objektif iradenin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmelidir.²⁶⁶ Tam olarak bu bağlamda AİCK ile TCK'nın farklılaştığı özel bir noktaya vurgu yapmak gerekir: *dolaylı faillik*. Yukarıda yer verdiğimiz üzere AİCK m. 25'te doğrudan ve müşterek faillikle birlikte, dolaylı faillik de son derece kapsayıcı şekilde tanımlanmıştır. Buna göre “*suçu başkası aracılığıyla işleyen kişi*” dolaylı faildir. Böylece suçun ne zaman başkası aracılığıyla gerçekleştirilmiş sayılacağı, çok büyük ölçüde öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. Yukarıda “*kasıtlı extraneus önde intraneus arkada*” şeklinde ele alınan olay grubunda; Alman öğretisinin gerek monist fiil hakimiyeti anlayışıyla gerekse yükümlülüğe aykırılık kriteri üzerinden dolaylı failliği rahatça izah edebilmesi, kanunun sağladığı hareket alanı ile mümkün olmaktadır. Kanunun bu tanımı sayesinde; algılama ve irade yeteneği

²⁶⁴ Tarihsel yorum olarak da adlandırılan ve kanun koyucunun subjektif iradesini tespit etmeye yönelik yorum metodunun “pratikte neredeyse tamamen faydasız olduğu” yönünde ayrıca bkz. Herzberg, Rolf Dietrich, “Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? - Eine Skizze und Kritik der überkommenen Auslegungsmethodik”, **JuS**, 2005/1, sa. 1-8, (Herzberg, Ratio Legis) s. 4-5.

²⁶⁵ Aynı yönde bkz. Schlehofer, Horst, “Juristische Methodologie und Methodik der Fallbearbeitung”, **JuS**, 1992, s. 575 vd.

²⁶⁶ Krş. **Roxin/Greco**, § 5, kn. 32.

arkadaki intraneus tarafından sakatlanmamış bir kişinin eylemi ile işlenen suç, “*başkası aracılığıyla işleme*” şeklinde kabul edilebilmektedir. Müşterek faillik açısından aynı değerlendirme TCK m. 37 için de yapılabilirse de dolaylı faillik tanımında kanun koyucunun fiil hakimiyetine yönelik kanun metninde güçlü bir referansta bulunduğu ve “*suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanmak*”tan bahsettiği görülmektedir.²⁶⁷ Kanun maddesinin gerekçesi ve yazımı sırasındaki tartışmalar da metindeki referansı destekler niteliktedir.²⁶⁸

Özetle dolaylı faillik bir kenara bırakıldığında TCK’nın faillik tanımlarında, fiil hakimiyeti anlayışının kanun metnine bağlayıcı bir şekilde yansıtılmadığı kabul edilmelidir. Bu durum öncelikle farklı suçlarda failliğin fiil hakimiyeti dışında bir kriter ile de belirlenebilmesinin önünde kanuni bir engel olmadığını göstermektedir. Diğer taraftan müşterek faillik bakımından kasıtlı suçlara ilişkin sınırlama yapılmamasıyla birlikte değerlendirildiğinde suç yapısına uygun olduğu müddetçe, müşterek failliğin taksirli suçlarda da uygulanmasının kanuni açıdan mümkün olduğu söylenebilir. Failliğin aksine şeriklik hükümleri için aynı serbestlik söz konusu değildir. Zira azmettirme ve yardım etme şeklindeki iştirak statüleri için Alman ve Türk kanun koyucu, kasıtlı suçun varlığını aramaktadır. Dolayısıyla şeriklik için kanun koyucu iradesinin doğrudan kanuna yansıtıldığını söylemek mümkündür. Bu da doğal olarak kanuni bir sınır getirmektedir.²⁶⁹

1.3. Taksir ve Faillik Öğretisinin Kesişim Noktası Olarak Tipik Davranış ve Failin Hareket Haksızlığı

Tüm netice suçlarında failin hareket haksızlığını belirlemek için öncelikle tipe uygun bir davranışın tespiti gerekir. Gerçek anlamda objektif isnadiyet ise bundan sonraki aşama ile ilgilidir. Tipik davranış ile dar anlamda objektif isnadiyet arasındaki bu ayrım “suç tipinin sadece neticenin haksızlığından oluşmadığı” düşüncesinin, uygulamaya geçirilmesi bakımından önemli olduğu gibi ceza hukukunun birçok alanında faydalı sonuçlar getirecektir. Bu faydalardan birisi de suça iştirak bahsinde ortaya çıkacaktır. Yukarıda bahsedildiği üzere faillik, esasen suç bağlamında tipik hareketi gerçekleştirenler için gündeme gelmektedir.²⁷⁰

²⁶⁷ Bir başkasını araç olarak kullanmanın; arkadakinin üstün hâkim pozisyonuyla ilişkisi hakkında bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 632.

²⁶⁸ Dolaylı faillik tanımının yazımında yapılan tartışmalar için bkz. Yılmaz, Zekeriya, **Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu**, Seçkin, Ankara, 2004, s. 765 vd.

²⁶⁹ Bu argüman aynı şekilde, tarihsel olarak kanun koyucunun tüm faillik türlerini sadece kasıtlı suçlar için düzenlemek istemiş olması bakımından da geçerliliğini sürdürecektir. Şeriklik hükümlerinin aksine kanun metnine dahil edilmeyen böyle bir tarihsel iradenin, taksirli suçlarda farklı faillik türlerinin uygulanmasına tek başına engel teşkil etmeyeceği savunulmaktadır. Bkz. **Renzikowski**, Restriktiver, s. 277, 278.

²⁷⁰ Kasıtlı ve taksirli suç faili birbirinden farklı kriterlere göre belirlense de her halükârda yalnızca kanunda cezalandırılan hareketi gerçekleştiren kişiler fail olabilir. **Stratenwerth/Kuhlen**, § 15, kn. 72.

Taksirli netice suçlarında bu fiil, suç tipinin kapsamında kalan izin verilmeyen tipik bir tehlikeyi yaratan davranışı ifade etmektedir. Başkasının eylemi üzerinden tipikliğin gerçekleştirilmesi halinde şahsi sorumluluk ilkesi, bu davranışın tespiti noktasında önemli bir işlev görmektedir. Dolayısıyla şahsi sorumluluk ilkesinin yaptığı sınırlamayla birlikte taksirli suç failinin “*ceza hukuku anlamında izin verilmeyen tipik tehlikeyi oluşturan kişi*” olduğunu söylemek mümkündür.²⁷¹ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sadece belli türde tehlikeli davranışlar, taksirli suç tiplerinin hareket haksızlığını karşılayabilmektedir.²⁷²

Bu bağlamda taksirli netice suçlarında tipe uygun davranışın, neticenin isnadından ayrılmasına ilişkin gerekliliği daha iyi ortaya koyabilmek için söz konusu ayrımı kasıtlı suçları da kapsayacak şekilde gerekçelendiren *Frisch*’in isabetli görüşleri üzerinden inceleme yapılması faydalı olacaktır.

1.3.1. *Frisch*’in “Tipik Davranış Öğretisi” Üzerine

1.3.1.1. *Frisch*’in Temel Açıklamaları

Frisch söz konusu ayrıma ilişkin en kapsamlı değerlendirmelerini, “*Tipik Davranış ve Neticenin Isnadiyeti*”²⁷³ başlıklı monografik eserde kaleme almıştır. Eserinde yazar mağdurun sorumluluğu ilkesi etrafında tartışılan olay gruplarını çıkış noktası yapmıştır.²⁷⁴ Bu sorunla ilgili tartışmaların işaret ettiği tehlike, yazarın ifadesi ile objektif isnadiyetin “*dogmatik ve heterojen bir süper kategori*” haline dönüşmesi ve çözülmeyen tüm tipiklik sorunlarının buraya havale edilmesidir. Buraya havale edilen olay gruplarında doğru bir çözüme ulaşılabilmesi için ilgili problem alanlarının tipik davranış ile mi yoksa isnadiyet ile mi ilgili olduğunun belirlenmesi gerekir. İki temel suç kategorisinin (tipik davranış ve objektif isnadiyet) içeriğini ve birbiriyle ilişkisini daha yakından belirlemek, esasen uzunca zamandır ihmal edilen önemli bir boşluğun doldurulması demektir. Böylece objektif isnadiyet altında gerçekten neticenin isnadını ilgilendiren sorunlara odaklanılabilecektir.²⁷⁵

Süper kategoriye dönüşmedeki sorunlu kısım, sadece belli tipiklik unsurlarının yanlış ve farklı sınıflandırılması değildir. Burada esas sorun “gereksizce şişirilen” isnadiyet öğretisinin, suç incelemesinde ihtiyaç duyulan bir kategorinin (tipik davranış incelemesi) önem

²⁷¹ Krş. **Frisch**, Verhalten, s. 70 vd, 77 vd; aynı yazar, **Strafrecht, Examenswissen, Examenstraining**, Vahlen, 2022, (**Frisch**, Strafrecht) & 6, kn. 56.

²⁷² Zira izin verilmeyen her riske karşı cezaya başvurulması, özellikle netice suçlarında ilgili hukuki değerleri koruma açısından uygun ve gerekli bir enstrüman olarak değerlendirilmemektedir. Bkz. **Frisch**, Verhalten, s. 78.

²⁷³ *Frisch*, Wolfgang, **Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs**, C.F. MÜLLER, Heidelberg, 1988.

²⁷⁴ **Frisch**, Verhalten, 1 vd.

²⁷⁵ **Frisch**, Verhalten, s. 8.

ve gerekliliğinin anlaşılmasına ve nihayetinde onun oluşturulmasına engel teşkil etmesidir. Ayrıca yanlış sınıflandırma; her zaman yanlış kararların veya yanıltıcı, yüzeysel çözümlerin ortaya çıkmasına zemin hazırlayacaktır.²⁷⁶

Yazar objektif isnadiyet öğretisinin “şışırılmış hali”ne yönelik en temel itirazını tipik haksızlık anlayışındaki değişim üzerinden gerçekleştirmektedir. Buna göre objektif isnadiyetin ilk ortaya çıktığı zamanda haksızlık anlayışı, büyük ölçüde neticenin değersizliği üzerinden tanımlanırken günümüzde hareketin haksızlığını dışlayan bir düşünceye rastlamak oldukça güçtür.²⁷⁷ Bu durum, norm teorisi ve kişisel haksızlık teorisine dayandırılmaktadır. Yazara göre hukuk düzeni; belli değersiz durumların ortaya çıkmasını engellemeye çalıştığında dahi yani sırf netice suçlarındaki gibi sadece bununla ilgilendiğinde bile, ancak ilgili normlar aracılığıyla kişilere belli davranışları emrederek veya yasaklayarak amacını gerçekleştirebilir. Bu yönüyle hukuk düzeninin veya sisteminin esasında doğru davranışa yönelik bir davranış düzeni olduğu değerlendirildiğinde, ceza hukuku anlamında haksızlığın tasviri de buna uygun bir nitelik göstermelidir. Artık haksızlık, davranış düzeninin normlarıyla yönlendirmek istediği kişilerin haksızlığıdır. Bu anlamıyla ceza hukukunda haksızlık için, her şeyden önce kişinin davranış normlarından sapması, emir ve yasaklara aykırılık göstermesi gerekir. Bu ise ilk etapta davranış haksızlığını gündeme getirecektir. Kişisel haksızlığın ikili yapısı gereği neticenin değersizliği, haksızlığın bir parçası olarak kabul edilmeye devam etmektedir. Ancak ceza hukuku bağlamında haksızlığın, hareketin haksızlığı olmaksızın elde edilemeyeceği konusunda bir uzlaşma söz konusudur.²⁷⁸

Frisch’e göre ceza hukuku anlamında haksızlık anlayışındaki bu dönüşüm, suç incelemesi açısından benimsenen kategorilerde de kendisini göstermeliydi. Zira haksızlık kavramına ilişkin temel tartışmalarda neticenin haksızlığı nispeten önem kaybettiğine ve bununla orantılı bir şekilde davranışın haksızlığına belirleyici bir önem atfedildiğine göre bu dönüşümü hukuk uygulamasına yansıtabilecek bir kategorileşmenin beklenmesi doğaldır. Başka bir ifadeyle “*davranışın haksızlığının artan önemi göz önüne alındığında, aslında neticenin değersizliğini dogmatik olarak hayata geçiren kategorilerde belirli bir durgunluk veya en azından daha mütevazı bir büyüme beklenirdi.*” Bununla haksızlığın anlamındaki değişime paralel bir şekilde suçun temellerini oluşturacak kategoriler içinde davranışın haksızlığına ilişkin dogmatik uygulamaya geçirecek tipik haksızlık içinde bir bölümün varlığı

²⁷⁶ **Frisch**, Verhalten, s. 23.

²⁷⁷ **Frisch**, Verhalten, s. 23-24.

²⁷⁸ **Frisch**, Verhalten, 24.

anlaşılmalıdır. İhmal edilen inceleme kategorisi ise, “tipik davranış”tır (*tatbestandmäßiges Verhalten*). Yazara göre ceza hukuku alanında ders kitaplarına ve şerhlere bakıldığında sistematik yönden neticenin değersizliği ile ilişkili olmak durumundaki “neticenin objektif isnadiyeti” adlı dogmatik kategorinin, sürekli genişlediği görülmektedir. Ancak davranış haksızlığını hayata geçirecek ve net olarak uygulanmasına imkân sağlayacak, tutarlı şekilde tasarlanmış bir “tipik davranış” kategorisini bulmak oldukça güçtür.²⁷⁹

Bu kategorinin oluşturulması için bugünkü hâkim öğretinin²⁸⁰ objektif isnadiyetin ilk koşulu olarak kabul ettiği “izin verilmeyen tehlikenin yaratılması”na odaklanmak gerekir. Bu çerçevede yazar geniş anlamda “süper objektif isnadiyet kategorisi”ni benimseyenlerce sıklıkla dile getirilen “*failin netice için hukuken önemli bir tehlike yaratmadığı durumda davranışın nedenselliğine rağmen neticenin faile isnat edilemeyeceği*”²⁸¹, “*davranışın riski azaltması halinde neticenin faile isnat edilemeyeceği*”²⁸², “*davranışın genel hayat riski içinde kalması halinde neticenin faile isnat edilemeyeceği*”²⁸³, “*neticenin sorumlu mağdurun kendine zarar vermesi veya kendini tehlikeye atmasıyla*”²⁸⁴ yahut sorumlu üçüncü kişinin devreye girmesiyle meydana gelmesi halinde faile isnat edilemeyeceği”²⁸⁵ şeklindeki değerlendirmeleri sorgulamaktadır.²⁸⁶ Bu değerlendirmelerde ceza hukuku açısından mesele gerçekten isnadiyet ile mi ilgilidir? Yoksa asıl eksiklik, herhangi bir ceza hukuku haksızlığı için asgari şart olan tipik davranışta mı aranmalıdır?²⁸⁷ Yazara göre bu cümlelerin ilişkili olduğu olaylarda hareketten kaynaklı izin verilmeyen bir tehlikenin ortaya çıkmadığı sonucuna varıldığında, esasen korunan hukuki değere ilişkin tehlike açısından ilgili suçta yasaklanan bir davranışın eksikliği tespit edilmiş olur. Davranışın izin verilmeyen belli bir tehlikelilikle nitelendirilmesi, netice suçlarında tipik davranışın çekirdeğini oluşturan en temel elementtir. Bu tür bir

²⁷⁹ **Frisch**, Verhalten, s. 25.

²⁸⁰ Frisch, objektif isnadiyeti süper suç kategorisine dönüştüren yaklaşımı, “normatif netice isnadiyeti öğretisi” olarak adlandırmaktadır. Bkz. **Frisch**, GA 2003, 735.

²⁸¹ **Jescheck/Weigend**, s. 287; Eisele, Jörg, in: **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 30. Auflage, C.H.Beck, München, 2019, (**Eisele**, Schönke/Schröder-StGB) vor §§ 13, kn. 93. Aynı şekilde izin verilen risk kapsamında kalmak şartıyla neticenin faile objektif olarak isnat edilemeyeceği yönünde bkz. Akbulut, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, (**Akbulut**, Genel Hükümler), s. 379.

²⁸² **Rengier**, § 13, kn. 56 vd; **Heinrich**, AT, kn. 246.

²⁸³ Gallas, Wilhelm, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, in: **Festschrift für Paul Bockelmann**, C.H.BECK, München, 1979, sa. 155-180, (**Gallas**, FS-Bockelmann) s. 163.

²⁸⁴ **Kindhäuser/Zimmerman**, § 11, kn. 23; § 33, kn. 15.

²⁸⁵ Taksir sorumluluğu bağlamında rücu yasağının, objektif isnadiyete engel olacağı yönünde bkz. Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Bs., Adalet, Ankara, 2019, (**Hakeri**, Genel Hükümler), s. 206.

²⁸⁶ **Frisch**, Verhalten s. 31 vd; aynı yazar, FS-Roxin, s. 232 vd; GA 2003, s. 733 vd.

²⁸⁷ **Frisch**, Verhalten s. 31 vd.

tehlikeliliğin tespit edilememesi, bir isnat sorunundan önce ilgili netice suçlarında tipik davranışın eksikliğine yol açacaktır.²⁸⁸

Tipik davranışın yokluğu, doğal olarak neticenin faile isnat edilmesi ihtimalini devre dışı bırakır. Ancak bu sonucun tipik davranış eksikliğinde gündeme gelen ilave bir etki (*Zusatzeffekt*) olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira bir neticenin faile isnadiyeti için, bu neticeye dayanak oluşturacak bir haksız davranışa ihtiyaç duyulur.²⁸⁹ Neticenin isnadiyeti ile tipik davranış arasındaki bu bağlantının fark edilmesi, objektif isnadiyetin amacına aykırı bir şekilde genişleyerek “şişmesine” ve “süper kategori” haline gelmesine engel olmak bakımından önemlidir.²⁹⁰ Dolayısıyla bu nazarla değerlendirildiğinde gerçekten objektif isnadiyet ile ilgili sorunları, ilk olarak failin davranışının izin verilmeyen bir tehlike içerdiği tespitinden sonrasına bırakmak gerekir.²⁹¹ Ayrıca yazara göre neticenin ancak kendi sorumluluğunda hareket eden mağdurun veya kendi eylemlerinden sorumlu olan üçüncü kişilerin eylemleri ile ortaya çıkabileceği bir durum, neticenin isnadiyetinden önce (özgürlüğü korumak adına) mağdurun veya üçüncü tarafların bu tür eylemleri tetikleyen veya mümkün kılan davranışların izin verilmeyen karakterini çoğunlukla (regelmäßig) ortadan kaldırır. Elbette bu durum, söz konusu davranış sonucunda gündeme gelebilecek diğer ihlallerin varlığını etkilemez.²⁹²

Frisch’e göre burada esas itiraz noktası, objektif isnadiyetin tipik davranış kategorisini silikleştirecek şekilde gereğinden fazla genişlemiş olması değildir. Objektif isnadiyet üzerindeki yığılma hem teorik açıdan hem hukuk pratiği açısından farklı sorun alanlarının birbirine karıştırılması itibarıyla daha derin bir yanlışa işaret etmektedir.²⁹³ Zira isnadiyetten farklı olarak tipik davranış kategorisinin ilgilendiği esas mesele, hukuk tarafından tanınan özgürlüğün kapsamı ve sınırlarıdır. Nitekim davranışın izin verilmeyen tehlikeliliği içermesi noktasında yapılan değerlendirme, bir isnadiyetten ziyade bu kapsam ve sınırlara riayet edilip edilmediğini ortaya koymakta ve bu yönüyle isnadiyete ön gelen bir aşamayı oluşturmaktadır. Dolayısıyla başkalarının hukuki değerleri nazara alınmak suretiyle hareket özgürlüğünün sınırları ve kapsamına ilişkin yapılacak tartışmalar, henüz isnadiyet problemlerinin ortaya çıkmadığı bir aşamada (örneğin kişilerin henüz harekete geçmediği durumlar) da gündeme gelebilir. Hukuk uygulaması yönünden değerlendirildiğinde de bu ayrımın isabetliliği ortaya

²⁸⁸ **Frisch**, FS Roxin, s. 232 vd; **aynı yazar**, GA 2003, s. 733.

²⁸⁹ **Frisch**, FS Roxin, s. 232; **aynı yazar**, GA 2003, s. 733.

²⁹⁰ **Frisch**, Verhalten, s. 31.

²⁹¹ **Frisch**, FS-Roxin, s. 232. Mantıksal olarak izin verilmeyen riski yaratan davranışı belirlemenin, isnadiyet sorunundan önce geldiği yönünde bkz. **Puppe/Grosse-Wilde**, in: NK-StGB, vor §§ 13–15, kn. 154.

²⁹² **Frisch**, FS Roxin, s. 232.

²⁹³ **Frisch**, GA 2003, s. 734.

çıkmaktadır. Zira hukuki özgürlüğün kapsam ve sınırlarına ilişkin belirleme esas olarak “*bir kişinin özgürlüğünü, genel bir yasa uyarınca diğer kişilerin özgürlükleri (ve menfaatleri) ile herkes için (yani karşılıklı olarak) kabul edilebilir bir dengeye getirmek*”tir. Bu bağlamda göz önünde bulundurulması gereken temel prensiplerin “*bireylerin eşitliği, özgürlüklerin ve menfaatlerin değeri, belirli özgürlük kısıtlamalarının özgürlüklerin ve menfaatlerin korunması için uygunluğu ve gerekliliği, bizzat sorumlu hak sahibinden koruyucu tedbirlerin beklenebilirliği*” şeklinde sıralanması mümkündür. Isnadiyet tarafında önem arz eden noktalar ise “*davranışın kontrol edilebilirliği veya -neticenin- hukuka uygun davranışla önlenebilirliği*”dir.²⁹⁴ Dolayısıyla farklı sorun alanlarıyla ve çözüm ilkeleriyle ilgilenen bu iki kategorinin ayrılmaması ve her şeyin isnadiyet sorununa dönüştürülmesi kafa karıştırıcı olmaktan öte hukuk uygulaması yönünden tehlikelidir.²⁹⁵

1.3.1.2. Değerlendirme

Frisch’in “tipik davranış öğretisi”ni kısaca değerlendirmek gerekirse yazarın, hâkim konumdaki objektif isnadiyet öğretisine yönelik revizyon önerisinde bulunduğunu söylemek mümkündür.²⁹⁶ Ancak bu revizyon, aynı zamanda öğretinin kazanımlarını korumak suretiyle gerçekleştirilmelidir. Zira objektif isnadiyet teorisiyle suçun tipikliğine ilişkin dogmatikte, olumlu manada kapsamlı bir değişim yaşandığı bilinmektedir. Bunun sonucunda tipik haksızlık olması gerektiği gibi normatif bir yönde değişim göstermiştir.²⁹⁷ Ancak norm teorisi açısından değerlendirildiğinde gerçekleştirilen bir fiilin neticesi üzerine odaklanan objektif isnadiyetin, bu yönüyle yetersiz kaldığı görülmektedir. *Frisch*’in yaptığı ayırım, bu eksikliğin gün yüzüne çıkarılması bakımından oldukça önemlidir.²⁹⁸ Yazarın ayırımı, aslında göz önünde olan bir yaraya parmak basmaktadır. Zira temel formülüne bakıldığında tehlikenin yaratılması ve tehlikenin gerçekleşmesi şeklinde iki farklı süreci bünyesinde bulunduran objektif isnadiyet, çoğunlukla bir neticenin faile veya eyleme isnadı için başvurulmuş bir enstrümana dönüşmüştür. Bu çerçevede yapılan değerlendirmeler, tüm meselenin halihazırda ortaya çıktığı kabul edilen bir tipik suç neticesinin (*Taterfolg*) ilgili eylem veya süjeyle ilişkilendirilmesinden ibaret olduğu izlenimi yaratmaktadır. Oysa bir olayın meydana getirdiği sonuç ancak isnadiyet süreci veya incelemesiyle yasaklanan bir eylemin yol açtığı “tipik netice” vasfını kazanacaktır.²⁹⁹ *Frisch*,

²⁹⁴ **Frisch**, GA 2003, s. 734.

²⁹⁵ **Frisch**, GA 2003, s. 734.

²⁹⁶ *Frisch* bunu “sistematik bir düzeltme” (systematische Korrektur) olarak görmektedir. Bkz. *Frisch*, Wolfgang, “Objektive Zurechnung des Erfolgs”, **JuS**, 2011, sa. 116-123, (**Frisch**, JuS 2011) s. 22.

²⁹⁷ *Seher*, Gerhard, “Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen”, in: **Festschrift für Wolfgang Frisch**, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, sa. 207-222, s. 221. Bu anlamda bkz. **Roxin/Greco**, § 7, kn. 28.

²⁹⁸ **Seher**, s. 221.

²⁹⁹ **Seher**, s. 209.

haklı olarak bu sürecin normal seyrine dönmesini talep etmektedir. Örtülü olarak daha başlangıçta en sondakinin “olduğu” ima edildiğinde, onun varlığı için gerekli temel unsurların ehemmiyeti anlaşılamamaktadır.

“Tipik neticenin kime isnat edileceği” sorusunda görünür hale gelen yanlışlık, bir yönüyle tipik hareket için de geçerlidir. Çoğu zaman onun da zaten gerçekleştiği kabul edilmekte ve tipik harekete isnadiyet değerlendirmesi için bir bağlantı noktası oluşturma görevi verilmektedir.³⁰⁰ Nitekim ders kitaplarında suçun maddi unsurları içinde “hareket”in, yaygın bir şekilde suç öncesi bir kavram olarak izah edilmesi, bu çerçevede sadece geleneksel anlamda nedensel-final-sosyal türlerinden bahsedilmesi tesadüf değildir. Bunun devamında esas vurgunun nedenselliğe ve daha da önemlisi objektif isnadiyete kaydırılması, sanki anlatılan üç tür hareketten tercih edilenin varlığıyla hareket haksızlığının da tamamlanmış sayıldığı ve tipikliği yerine getiren bir harekete ulaşıldığı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.³⁰¹ Yani en başta nedensel-final ve sosyal olandan birinin isabetli bulunması veya sadece izahıyla sanki suç tipine uygun, (tipik) davranış meselesi tamamlanmış sayılmaktadır.³⁰² Suçun hareket unsuruna yönelik bu yetersiz yaklaşıma karşı çıkan *Frisch*, tipik davranışın, suç tipinin temelindeki davranış normları göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerektiğini ancak o zaman tipik davranışın haiz olması gereken sınırlandırıcı bir mahiyete kavuşacağını, bu sınırlandırıcı etkiye farklı amaçla tasarlanan genel hareket kavramlarıyla ulaşılamayacağını ortaya koymaktadır.³⁰³

Frisch'in öncüsü olduğu ayrımın, özellikle sırf netice suçlarında tipikliğin hukuka aykırılığa karine teşkil etme fonksiyonu açısından da değerlendirilmesi gerekir. Bilindiği gibi tipiklik, alışıldık suç yapısında hukuka aykırılık bakımından bir karine oluşturacaktır. Bu çerçevede tipe uygun davranışın; meşru savunma, hakkın kullanımı gibi istisnai durumların devreye girmesiyle kesintiye uğrayacak bir şekilde hukuka aykırılığı -karina olarak- kabul edilmektedir.³⁰⁴ Hukuka aykırılığın davranış türlerinin bir niteliği olabileceği dikkate alındığında, bu ancak ex-ante bir değerlendirmeye tespit edilebilir. Yani hukuka aykırılık değerlendirmesi bir neticenin ortaya çıkmasına bağlı değildir. Dolayısıyla tipikliğin karine fonksiyonu; esasında tipikliğin tümüyle gerçekleştirilmesinden değil tipik davranışın

³⁰⁰ **Seher**, s. 209.

³⁰¹ Ders kitaplarından bu duruma örnek olarak bkz. Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 277 vd; s. 331 vd; **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 278 vd; 375 vd.

³⁰² Krş. **Seher**, s. 209.

³⁰³ **Seher**, s. 209-210.

³⁰⁴ Schmoller, Kurt, “Das „tatbestandsmäßige Verhalten“ im Strafrecht”, in: **Festschrift für Wolfgang Frisch**, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, sa. 237-258, (**Schmoller**, FS-Frisch) s. s. 241.

gerçekleştirilmesinden ortaya çıkar. Bunun için de sırf netice suçlarında dahi tipik davranışın belirlenebilir olması gerekir ki bu davranışın gerçekleşmesiyle hukuka aykırılık yönünde bir karine etkisi ortaya çıkabilsin.³⁰⁵ *Frisch*'in ayrımı ile bu suçlarda tipikliğine karar verilecek davranış, karine fonksiyonunun tutarlı bir şekilde kabulüne imkân sağlamaktadır.³⁰⁶

Son olarak, belli davranışlara ilişkin soyut bir cezalandırılabilirlik değerlendirmesi içeren tipikliğin yani bu tür soyut ceza tehdidinin, kriminal politik açıdan genel önleyici amaçla ihdas edildiğini söylemek mümkündür. Buna göre belli bir davranışın suç tipine dahil edilmesi ve soyut anlamda cezalandırılabilir kabul edilmesiyle bireyler, tarif edilen bir icrai davranışı gerçekleştirmemeye veya emredilen bir davranışı yerine getirmeye motive edilmektedir.³⁰⁷ Tipikliğin arkasındaki bu kriminal politik amaç, onun kanunilik ilkesiyle arasındaki ilişkiyi de izah eder niteliktedir. Zira suç tipindeki soyut ceza tehdidinin, etkili bir genel önlemeyi sağlaması için ilgili kanuni tarifi yeterince açık ve belirli olması gerekir. Bu gerekliliğin büyük ölçüde suç teşkil eden davranışların açık bir şekilde yasal olarak tanımlanmasıyla ilgili olduğuna dikkat edilmelidir.³⁰⁸ Aksi halde ceza hukuku, genel önleme açısından pozitif yönden “*bilinç oluşturma etkisini*”, negatif yönden “*caydırıcı etkisini*” gösteremeyeceğinden, kurallarına uyulmasını sağlama noktasında zafiyete düşer. Buna göre suç tipindeki soyut ceza tehdidinin potansiyel suçlular üzerindeki caydırıcı etkisi, yasak davranışın suçtan önce açık bir şekilde belirlenmiş olmasıyla mümkündür. Yasaklananın belli olmadığı bir yerde hangi davranışın gerçekleştirilmesinden korkulması gerektiği de meçhul kalacaktır.

Diğer taraftan pozitif genel önleme bağlamında suç tipindeki ceza tehdidinin, toplumda hukuka yönelik güven ve bağlılığı güçlendirdiği ve norma uygun davranış eğilimleri oluşturduğu değerlendirildiğinde bunun da ancak suç teşkil eden davranışların kanunda açıkça belirlenmesiyle mümkün olduğu kabul edilmelidir.³⁰⁹ Özetle suç tipindeki belirlilik, hem anayasal koruma altında olan kanunilik ilkesinin hem de tipikliğin arkasındaki genel önleme amacının bir gerekliliğidir.³¹⁰ Kriminal politik açıdan kanun koyucunun, sırf netice suçlarında genel önleme amacından vazgeçtiği iddia edilmeyecekse bu suçlarda da tipik davranışın ortaya

³⁰⁵ *Schmoller*, FS-Frisch, s. 241.

³⁰⁶ *Schmoller*, FS-Frisch, s. 244.

³⁰⁷ *Roxin/Greco*, § 7, kn. 61.

³⁰⁸ *Roxin/Greco*, § 7, kn 62; § 5, kn. 22, 23.

³⁰⁹ *Roxin/Greco*, § 5, kn. 22, 23.

³¹⁰ *Roxin/Greco*, § 7, kn. 62.

çıkarılması, (kanunilik ilkesinin “belirlilik” emrini yerine getirmekle beraber) soyut ceza gerekliliğini öngören düzenlemedeki genel önleme amacına hizmet edecektir.³¹¹

Özetle izin verilmeyen riskin yaratılması, *gerçek anlamda objektif isnadiyetin* temel dayanağını oluşturması bakımından neticenin isnadiyla yakından ilişkili olmakla birlikte özellikle sırf netice suçlarında hareketin haksızlığını karakterize etmesi yönüyle ayrıca özel bir öneme sahiptir. Bu suçlarda hareketin haksızlığını vurgulamanın neden faydalı olacağına ilişkin referans noktası oluşturacak açıklamalara yukarıda yer verilmiştir. Bu düşüncelerle *Frisch*’in ayrımını takip etmenin “sistematik bir düzeltme” açısından daha tercih edilebilir bir suç incelemesi imkânı sunduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu aşamanın objektif isnadiyet içine alınması ve böylece *geniş anlamda objektif isnadiyet* kategorisiyle toplu bir inceleme yapılması tercih edilecekse de izin verilmeyen tehlikenin oluşturulması bağlamındaki değerlendirmelerin, tipik davranışı tespit etmeye yönelik olduğu özellikle vurgulanmalıdır.³¹² Tüm bunlara ilaveten failliğin, suç tipini yerine getirecek tipik davranışla ortaya çıktığı düşünüldüğünde bu ayrımın çalışma açısından ayrı bir önemi haiz olduğu anlaşılabacaktır.

1.3.2. Kasıtlı Ve Taksirli Suç Failinin Gerçekleştirdiği Ortak Hareket Haksızlığı: Tipik İzin Verilmeyen Tehlikenin Yaratılması (*Tatbestandsmäßige Unerlaubte/Mißbilligte Gefährschaffung*)

Frisch’in isabetli değerlendirmeleri ışığında kasıtlı ve taksirli netice suçlarında *tipik davranışın özü*³¹³nü oluşturan “izin verilmeyen tehlikenin yaratılması”na daha yakından bakmanın faydalı olacağını düşünüyorum. Bu unsur ilgili suçlarda genel itibarıyla objektif haksızlık yapısının ve özelde tipik davranışın daha iyi anlaşılmasına ve belli ölçüde bu suçlarda iştirak meselesinin maddi bir içerik kazanmasına katkı sağlamaktadır. Tüm netice suçlarında bu ortak “öz”den hareket edildiğinde, yukarıda vurgulandığı üzere kasıtlı ve taksirli suçlar arasındaki ayrımın da zannedildiği kadar derin olmadığı ortaya çıkacaktır.

³¹¹ Aslında objektif isnadiyet öğretisiyle netice suçlarında objektif tipikliğin yalın nedensellikten kurtarıldığı ve “izin verilmeyen riskin neticede gerçekleşmesi” esasına dayanan tipik haksızlık yargısıyla -toplumdaki bireylerin davranışlarının yönlendirilmesi amacı güdüldüğü belirtilmektedir. Buna göre objektif isnadiyet incelemesine dayanan tipik haksızlık yargısı, kriminal politik perspektifle değerlendirdiği davranışları nihayetinde yasal ve illegal şeklinde ayırır. Bu ayrım “vatandaşlara ceza hukukunun kurallarına göre hangi davranışlardan kaçınmaları ve gerekirse ne yapmaları gerektiğini bildirir”. Bkz. **Roxin/Greco**, § 7, kn. 28, 62. Ayrıca “neticenin isnadiyetinin dışlanması sadece sorumluluktan muafiyete yol açarken, normlar bütünüünün sınırları aynı zamanda eylem özgürlüğü alanını da tanımlamaktadır.” **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 4.

³¹² Nitekim öğretilde **Murmann**, bu ikinci yolu tercih ederek hukuken izin verilmeyen tehlikenin oluşturulması gerekliliğinin aslında tipik davranışın belirlenmesiyle ilgili olduğunun altını çizmektedir. Yazara göre bu belirleme, objektif isnadiyet meselesi değildir. Bu aşamada tespit edilecek tipik davranış, devamında neticenin isnadiyeti için dayanak oluşturacaktır. Bkz. **Murmann**, Grundkurs, § 23, kn 34, dn. 65.

³¹³ “als Kernstück des tatbestandsmäßigen Verhaltens” bkz. **Frisch**, Verhalten, s. 33.

Her iki suç grubunda da suçun tipik haksızlığı (*Unrechttatbestand*), -objektif açıdan- asgari izin verilmeyen riski yaratan bir davranışın varlığını gerektirir. Ancak taksirli suçlarda izin verilen ve verilmeyen tehlike arasındaki sınırın çizilmesi kasıtlı suçlardan çok daha önemlidir.³¹⁴ Çünkü kasıtlı suçlarda failin davranışı zaten çok yüksek bir risk yarattığından bunun hukuken izin verilmeyen mahiyeti -çoğu zaman- açıkça ortadadır. Bununla karşılaştırıldığında taksirli davranışların yarattığı riskler derece itibarıyla daha düşük seviyededir.³¹⁵ Başka bir ifadeyle “ceza hukukunu ilgilendiren en önemsiz riskler” taksirli suçlarda gündeme gelmektedir. Nitekim bugün objektif isnadiyet öğretisinin hâkim duruma gelmesi nedeniyle sıklıkla ele alınan “izin verilmeyen tehlikenin yaratılması” sorununun, “özen yükümlülüğüne aykırılık” bağlamında ilk olarak taksirli suçlarda tartışılmış olması da tesadüf değildir.³¹⁶ Dogmatik tarihsel gelişimde bu tür bir davranışla ilk olarak taksirli suçlarda ilgilenilmiş ve bunun için genellikle “objektif özen yükümlülüğüne aykırılık” kavramı kullanılmıştır. Ancak esasında bu tür bir aykırılıkla ilgili suç tipi bağlamında “*hukuken izin verilmeyen bir riskin yaratılması*” kastedilmektedir.³¹⁷ Dolayısıyla farklılığına rağmen mesele aynı kalmaktadır: *ceza hukukunun konusu olabilecek başlangıç seviyesindeki tehlikeyi tespit etmek*.

Tüm netice suçlarında gerekli olan bir temel unsurun, sanki sadece taksirli suçlara özgü bir hususmuş gibi algılanmasına yol açmamak ve taksir ile kast haksızlığı arasındaki ilişkiyi doğru tespit etmek için taksirli suçlarda da “*izin verilmeyen tehlikenin yaratılması*” kavramını kullanmanın isabetli olduğu düşüncesindeyim Aynı yönde *Hoyer* haklı olarak, izin verilmeyen tehlikelilik ile objektif özene aykırılık arasındaki ikiliğin kaldırılmasında ve bunun tek ve bütüncül bir kavramla ikame edilmesinde zaruret görmektedir. Yazar özellikle ders kitaplarında ve şerhlerde yaygın bir şekilde bu iki kavramın ayrı ayrı ele alınmasını sakıncalı bulmaktadır. Zira bu izahatlar, iki kavramın içeriksel manada birbirlerinden farklı olduğuna yönelik hatalı bir izlenim yaratmaktadır.³¹⁸ *Hoyer*’in haklı olarak eleştirdiği bu “ikiliğin”, Türk ceza hukuku öğretisinde de sıklıkla görüldüğünü ifade etmek gerekir.³¹⁹

³¹⁴ **Murmann**, Grundkurs, § 30, kn. 8 vd.

³¹⁵ **Murmann**, Grundkurs, § 30, kn. 17.

³¹⁶ **Murmann**, Grundkurs, § 30, kn. 17.

³¹⁷ “*Hukuken izin verilmeyen bir riskin yaratılması aslında eskiden 'özen yükümlülüğüne aykırılık' olarak adlandırılan ve taksirli davranışın bir koşulu olarak tartışmasız kabul edilen şeyin yalnızca başka ve daha net bir ifadesidir.*” Roxin, Claus, “Streitfragen bei der objektiven Zurechnung”, **Festschrift für Manfred Maiwald**, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, sa. 715-734, (**Roxin**, Streitfragen), s. 727; Krş. **Murmann**, Grundkurs, § 23, kn 35; § 30, kn. 9.

³¹⁸ Bkz. **Hoyer**, in: SK-StGB § 15, kn. 14.

³¹⁹ Bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 414, 422.

Netice suçlarında tipik davranışın özü olması itibarıyla izin verilmeyen tehlikenin yaratılması, kasıtlı suçlar açısından da fail davranışıyla yakından ilgilidir. Bu bağlamda kasıtlı suçlarda failin yarattığı tehlikenin, daha nitelikli bir tehlike olduğu kabul edilmelidir. Bu yönüyle hukuken izin verilmeyen tehlikenin yaratılması mahiyetindeki tipik davranışlar, kasıtlı suçlarda daha dar bir alanda ortaya çıkmaktadır. Zira öncelikle tipikliği yerine getirecek ve neticede gerçekleşecek tehlikenin kasten oluşturulması gerekir.³²⁰ Ayrıca bu suçlarda söz konusu tehlikeyi içeren kasıtlı davranışlar arasında ayırım yapılmakta ve sadece gerçekleştirene fiil hakimiyeti kazandıran (hakimiyet suçlarında) veya “özel yükümlülük ihlalini” ortaya çıkaran (yükümlülük suçlarında) ya da bizzat gerçekleştirilen (bizzat işlenebilen suçlarda) davranışların tehlikesi, suçun tipikliği bağlamında dikkate alınmaktadır.³²¹ Bu kriterleri sağlamayan tehlikeli davranışlar ise şerikliğe ilişkin hükümlerin konusudur.

Yukarıda ifade edildiği üzere taksir alanında da sayısı az olmakla birlikte neticeyi ortaya çıkaracak davranışa ilişkin ilave tarif içeren bizzat işlenebilen suçlarda veya yükümlülük suçlarında yaratılan tehlikeler arasında aynı ayırım yapılacaktır. Dolayısıyla bu suçlarda cezalandırılmayan “şeriklik” hallerini tespit etmek kolaydır. Diğer taraftan yaygın görünümüyle sırf netice suçu mahiyetindeki taksirli suç tiplerinde; tipik davranışın tespiti ise izin verilmeyen tehlikenin yaratılması temelinde belirlenecektir.³²² Ancak aşağıda inceleneceği üzere şahsi sorumluluk ilkesi gereği, kendi sorumluluğunda hareket eden özgür kişiler üzerinden elde edilen nedensellikler açısından tipik davranışın tespitinde farklı bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, izin verilmeyen tehlikenin oluşturulması ve neticede gerçekleşmesi üzerinden yapılan incelemenin (tehlike incelemesi), özellikle taksirli suçlarda pratik bir öneme kavuştuğu söylenebilir.³²³ Bunun nedeni öncelikle izin verilmeyen tehlikenin oluşturulmasındaki derece farkında aranmalıdır. Zira kasıtlı suçlarda tehlike, daha nitelikli bir şekilde ortaya çıkarıldığı için çoğu zaman tehlikenin izin verilen sınırlar içinde kalıp kalmadığına ilişkin ayrıca bir incelemeye gerek duyulmamaktadır.³²⁴ Dolayısıyla netice suçlarının temelini oluşturan tehlike incelemesinin pratik sonuçlarının genelde taksirli suçlarda gündeme gelmesi, kasıtlı suçlarda bu incelemeye dahil edilecek materyalin eksikliğiyle ilgili değildir. Tam aksine burada nitelikli bir tehlike materyalinden bahsetmek daha doğru olur.

³²⁰ **Roxin/Greco**, § 11, kn. 72.

³²¹ Krş. **Murmann**, Grundkurs, § 30, kn. 9.

³²² Krş. **Murmann**, Grundkurs, § 30, kn. 9; **Roxin/Greco**, § 10, kn. 55, 56; § 24, kn. 10.

³²³ **Roxin/Greco**, § 11, kn. 49; **Frisch**, GA 2003, s. 730.

³²⁴ **Frisch**, GA 2003, s. 730.

Kasıtlı suçun faili bilinçli bir şekilde neticeye yönelen riski oluşturduğunda burada artık izin verilmeyen risk yaratmanın belli bir niteliğe kavuştuğundan (*bestimmte qualifizizierte Risikoschaffungen*) bahsetmek gerekir. Dolayısıyla bu suçlarda yasaklanan davranış, izin verilmeyen tehlikenin daha özel ve nitelikli bir halini oluşturmaktadır.³²⁵

Bu çerçevede daha önce de ifade edildiği üzere aynı hukuki değeri korumayı amaçlayan suçlar yönünden (örneğin kasten öldürme ve taksirle öldürme) kast ve taksirin birbirini dışladığı, sadece haksızlık veya kusur içerikleri itibarıyla birinin diğerinden daha ağır olması hasebiyle aralarında sadece bununla sınırlı bir normatif kademe ilişkisinden bahsedilebileceği yönündeki yaklaşım isabetli değildir.³²⁶ Kast ve taksir arasında suçun temel haliyle nitelikli hali arasındakine benzer şekilde bir artı-eksi ilişkisi söz konusudur.³²⁷ Zira öğretide haklı olarak tespit edildiği üzere eğer kanuni tarifte tipik davranışa ilişkin ilave bir belirleme yapılmamışsa taksirli suçun tipikliği, izin verilmeyen tehlikenin oluşturulması ve bunun neticede gerçekleşmesi bağlamında nedenselliğe ilaveten tümüyle geniş anlamda objektif isnadiyetin unsurları içinde tamamlanmaktadır.³²⁸ Kasıtlı suç tipikliği ise tipik davranışın özünü teşkil eden “izin verilmeyen riskin oluşturulması”na ilave olarak objektif ve subjektif unsurlar ihtiva etmektedir. Nitekim herkesin işleyebileceği ve sadece belli bir neticeye neden olmanın cezalandırıldığı kasıtlı suçlarda bile (kasten öldürme, kasten yaralama) hem izin verilmeyen tehlikenin kasten yaratılması hem de bu davranışın suç tipini yerine getiren fail bakımından (dar fail yaklaşımı) fiil hakimiyetiyle gerçekleştirilmesi gerekir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere fiil hakimiyeti her ne kadar maddi objektif teoriyi esas alsada kendi içinde subjektif unsurlar da içerir.³²⁹ Dolayısıyla kasıtlı suçlarda hem kastın dahil olması hem failliği tayin edici yönüyle

³²⁵ **Frisch**, Verhalten, s. 48. Bu nedenle kasıtlı suçlarda objektif isnadiyetin, (büyük oranda) gerçekten objektif isnadiyetle yani tehlikenin neticede gerçekleşmesi aşamasıyla ilgili olduğu ölçüde pratik bir öneme kavuşacağı doğrudur. Bkz. **Frisch**, GA 2003, s. 730.

³²⁶ Buna göre taksir, kastın daha hafif bir formu değil, kendine özgü bağımsız yapısıyla (hem haksızlık hem de kusur alanında) “*ondan farklı bir şey*”dir. Bu çerçevede *Jescheck/Weigend*’e göre taksirli suçun haksızlık ve kusur içeriğinin kasıtlı muadiline göre hafif olması ise taksirli failin hukuk düzeninin emrine kastta olduğu gibi bilinçli değil yalnızca dikkatsizlik nedeniyle aykırı davranmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle aynı koşullar altında bir suç tipine ilişkin değerlendirmelerde kast ve taksir birbirini dışlar. Dolayısıyla failin kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiğinin ispat edilemediği bir yerde „in dubio pro reo” gereği, taksir sorumluluğunun kabul edilmesi isabetli değildir. Yazarlara göre taksirli suçlar yedek veya tamamlayıcı suç tipleri olarak değerlendirilemeyeceğinden BGH kararlarında görülen bu uygulamanın reddedilmesi gerekir. İlgili olaylarda eğer kast ispat edilemiyorsa taksirden mahkûmiyet kararı verilebilmesi için taksirin kendine özgü unsurlarının açıkça tespit edilmesi gerekir. **Jescheck/Weigend**, s. 563; Aynı değerlendirmeler doğrultusunda kast ve taksir arasında normatif kademe ilişkisinin mevcut olduğu yönünde bkz. Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Bs., Ernst und Werner, Bielefeld, 2021, § 28, kn. 26; **Rengier**, § 52, kn. 2.

³²⁷ **Herzberg**, JuS, 1996, s. 380; **Roxin/Greco**, § 24, kn. 79-80.

³²⁸ **Roxin/Greco**, § 11 kn. 49; § 24, kn. 10.

³²⁹ İradesini başkalarına bağımlı hale getirme veya bağımsız bir iradeyle kendi eylemini gerçekleştirme üzerinden failliği değerlendiren dolus teorisiyle fiil hakimiyetinin benzerliğine ilişkin bkz. **Roxin**, TuT, s. 58.

fiil hakimiyetindeki -sınırlı da olsa- subjektif karakter, tipik haksızlığa ilave bir subjektif unsur dahil etmektedir.

Diğer taraftan birçok kasıtlı netice suçunda tipik davranışın daha somut tanımlanması (sınırlı da olsa taksirli suçlarda da mümkün) anlamına gelecek ilave belirlemeler yapılmaktadır. Bu çerçevede örneğin “*fiilin işleniş biçimi, kullanılan araç, yer, zaman, mağdurun veya suç konusunun ya da failin bir niteliği*” ayrıca tarif edilebilmektedir.³³⁰ Nitekim yükümlülük suçlarında suçun yalnızca özel yükümlülük altındaki kişi tarafından işlenebileceği ve bu suçlarda failiğin yükümlülüğün ihlali üzerinden belirlenmesi gerektiği daha önce izah edilmişti. Dolayısıyla bu tür netice suçlarında kast ve özel yükümlülük ihlali, izin verilmeyen riskin nasıl yaratılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Aynı durum bizzat işlenebilen suçlar için de söylenebilir. Benimsenen faillik kriterlerinin hepsi izin verilmeyen riskin nasıl oluşturulması gerektiğine yönelik sınırlayıcı bir unsur mahiyetindedir. Ayrıca hakimiyet suçlarında fiilin nasıl işleneceği, yeri, zamanı, fiilin yöneldiği mağdur veya suçun konusu özel olarak belirlenmişse tüm bu ilave unsurların, “*izin verilmeyen bir riskin oluşturulması*”na yönelik olduğuna dikkat edilmelidir. Dolayısıyla tipik davranışın özü aynı kalmaktadır.

Neticeli suçlarda taksir haksızlığının geniş anlamda objektif isnadiyet içinde gerçekleştiği ve kasıtlı suçun haksızlığında buna birtakım ilave unsurların dahil olduğu tezi doğru olmakla birlikte bu ilavelerin tipik davranış bağlamında ortaya çıktığı düşüncesindeyim. Dolayısıyla kasıtlı suçlarda esas nitelikli hale gelen “tehlikenin yaratılması aşaması”dır. Dar anlamda neticenin objektif isnadiyetinde, isnadiyet kuralları açısından iki suç tipinde bir farklılık söz konusu değildir.

Bu açıklamalardan sonra taksir ile kast arasındaki artı-eksi ilişkisi, daha iyi anlaşılacaktır. Zira eğer taksirin izin verilmeyen *tipik* bir tehlikenin neticede gerçekleşmesiyle tamamlandığı kabul edilecekse ve bu içeriğiyle objektif isnadiyet kasıtlı suçlarda da objektif haksızlığın bir unsuruysa demek ki her kasıtlı suçun içinde bir taksirli suç bulunmakta (*kast = taksir + X*.³³¹), kasıtlı suçta haksızlığın önemli bir kısmını muadil taksirli suçun haksızlık içeriği oluşturmaktadır. Bu yönüyle taksir haksızlığı ortak “*değersizlik özü*”nü (*Unwertkern*) teşkil

³³⁰ **Schmoller**, FS-Frisch, s. 245.

³³¹ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 80. Aynı yönde bkz. **Herzberg**, JuS 1996, s. 381; aynı yazar, “Grundprobleme der deliktischen Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch”, **NStZ**, 2004, sa. 593-600, (**Herzberg**, NStZ 2004), s. 595 vd; **Puppe**, FS-Otto, s. 398 vd; **Freund**, § 6, kn. 112a, dn. 129.

eder.³³² Dolayısıyla kastın olduğu yerde taksirin oluşmayacağı tezi;³³³ TCK m. 81'deki temel suçun, kasten öldürmenin nitelikli şekilde işlenmesi (tasarlayarak, canavarca hisle veya kan gütme saikiyle vs.) halinde oluşmayacağını ileri sürmekle aynı derecede yanlıştır.³³⁴ İzin verilmeyen tehlike ve bunun neticede gerçekleşmesi yönünden taksirin tüm kavramsal özelliklerini ihtiva eden ve dolayısıyla onun özel bir halini (*Sonderfall der Fahrlässigkeit*) oluşturan³³⁵ kasıtlı suçun oluştuğu tespit edilmişse bu durum evleviyetle muadil taksirli haksızlığın da tespit edildiği anlamına gelir.

Nitekim kastın taksirin unsurlarını ihtiva ettiği düşüncesi, ölüm neticesini isteyen birinin, gerçekten isteğine uygun bir şekilde mağdurun ölümüne neden olduğu ancak izin verilmeyen bir tehlikeye yol açılmadığı için “kasten öldürme”den bahsedilemeyeceği olaylarla da teyit edilebilir. Örneğin ölmesini istediği kişiyi; uçağın düşmesini umarak uçak yolculuğuna ikna eden veya yıldırım düşmesini umarak ormana gitmesini sağlayan kişi, tesadüfen her şey arzuladığı şekilde gerçekleşse de mağduru kasten öldürmüş sayılmaz. Çünkü her iki ihtimalde de kişi, izin verilmeyen bir tehlike oluşturmamış yani temel taksir haksızlığı gerçekleşmemiştir.³³⁶ Bu klasik ders kitabı örneklerine günlük hayatta gerçekleşmesi daha mümkün olanlarını da eklemek mümkündür. Bir profesyonel boks müsabakasında kurallar çerçevesinde rakibinin kafasına vurup onu ağır yaralayan boksörün (B) durumu bu bağlama uygundur. Darbeyi gerçekleştiren B'nin, Avrupa şampiyonu olan rakibinin gelecekteki muhtemel rekabetinden kurtulmak için onu öldürmek amacıyla hareket ettiği ve nihayetinde darbe alan boksörün de öldüğü ihtimali üzerinden mesele izah edilebilir.³³⁷ Burada ölüm neticesine ilişkin B'nin kastı tespit edilemediğinde sorunun taksir bağlamında tartışılması gerekecekti. Ancak bu incelemede (haklı olarak) taksirle öldürmeden sorumluluk için öncelikle izin verilen riskin dışına çıkılması gerektiği, bunun için özen yükümlülüğünü ihlal eden bir davranışa ihtiyaç olduğu, boks müsabakalarında yaralama veya ölmeye yönelik risklerin tolere edilebilir sınırlar içinde kaldığı değerlendirilerek taksir haksızlığı reddedilecekti. İşte bu

³³² Bu ortaklığın -suç tipinin temelindeki- aynı davranış normunun kınanabilir bir şekilde ihlaliyle temellendirilmesine ilişkin bkz. **Hoyer**, in: SK-StGB, § 15, kn. 15.

³³³ Kast ve taksir arasında nitelik farklılığı kabul edildiğinde bunun devamında doğal olarak aynı olayda kast veya taksirden sadece birinin gündeme gelebileceği sonucuna varılmaktadır. Bu çerçevede kastın varlığı, taksirin dışlanması anlamına gelse de kastın yokluğu taksirin varlığına işaret etmez. Özetle taksire ilişkin bir cezalandırma ancak kastın olmadığı veya ispat edilemediği bir durumda gündeme gelir. Ancak bu negatif unsurların üzerine aynı zamanda taksirin pozitif unsurları da tespit edilmelidir. Bu yönde bkz. **Sternberg-Lieben/Schuster**, in: Schönke/Schröder-StGB, § 15, kn. 3.

³³⁴ Benzer şekilde teşebbüs için “tamamlanmamış olma şartı”nı arayan yaklaşımın da aynı hataya düştüğü yönünde bkz. **Herzberg**, JuS, 1996, s. 380.

³³⁵ **Puppe**, FS-Otto, s. 398. Taksirin kasta göre genelliği üzerinden aynı yönde bkz. **Jakobs**, AT, § 9, kn. 4.

³³⁶ **Puppe**, FS-Otto, s. 398

³³⁷ Örnek olay için bkz. **Herzberg**, JuS 1996, s. 380.

değerlendirmeler esas olarak kasıtlı suçlar için de geçerlidir. Çünkü kasıtlı suç için de bu objektif özellikleri haiz temel bir hareket haksızlığına ihtiyaç vardır. İzin verilen sınırlar içinde hareket eden bir kişinin yaptığı şey, kasıtlı suçlarda da tipik davranış tespitini engellemektedir.³³⁸ Zira kast ancak bu temel haksızlığa yani taksir haksızlığına ilave olarak gündeme gelebilir. Dolayısıyla tipik neticeyi gerçekleştirmeye yönelik bir irade, niyet veya amaç gibi subjektif unsurlar mevcut olsa bile başkasına verilen zararın izin verilen bir riskin gerçekleşmesiyle ortaya çıkması, normalde ilaveten gündeme gelen subjektif haksızlık unsurlarını önemsiz hale getirmektedir. Neticenin istenmesi, ceza hukukunun temel objektif haksızlık unsurlarından (özellikle izin verilmeyen riskin yaratılması gerekliliğinden) feragat edilmesine veya bunların esnetilmesine gerekçe oluşturmaz.³³⁹

Kast ve taksir arasındaki bu bağlantının yeterince açık bir şekilde vurgulanmamasını eleştiren *Herzberg*, tamamlanmış kasıtlı suçlar söz konusu olduğunda dikkat edilmesi gereken şeyin altını çizmektedir: *taksir, her kasıtlı sorumluluğun ön koşuludur; failin taksirle işlemediği bir kast suçu olamaz, taksirli işleme kendi başına cezasız kalsa bile.*³⁴⁰ Yazarın haklı olarak işaret ettiği gibi bu ilişkinin anlaşılmaması, olayların çözümünde hataya düşülmesine neden olmaktadır.³⁴¹ Bu bağlamda aynı olayla ilgili kasıtlı suça yönelik değerlendirmede dar anlamda neticenin objektif olarak isnat edilemeyeceği belirlendikten sonra ilgili taksir suçuyla yönelik değerlendirmelere geçilerek bu sefer taksir için özen yükümlülüğüne aykırılığın söz konusu olup olmadığı ele alınmaktadır. Oysa kasıtlı suç incelemesinde neticenin objektif isnadiyeti reddedilirken bu sorunun çoktan cevaplanmış olduğu gözden kaçmaktadır. Ya da geniş anlamda objektif isnadiyetin kabulüne rağmen, failin tipiklik unsurlarında hataya düştüğü değerlendirilerek kasıtlı suçun reddedildiği bir durumda, taksirli suç için incelemenin tamamlanmış olduğu yani taksirli haksızlığının zaten tespit edildiği anlaşılamamaktadır. Bu ihtimalde taksir sorumluluğuna başvurulabilmesi için hala özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın elde edilmeye çalışılması, sanki bir neticeye objektif isnadiyete uygun şekilde neden olan bir failin, bunu herhangi bir özene aykırılık gerçekleştirmeden, izin verilen riskin sınırları içinde kalarak yapabilmesi mümkünmüş gibi bir izlenime yol açmaktadır.

³³⁸ Krş. **Herzberg**, JuS 1996, s. 381.

³³⁹ Krş. **Puppe**, FS-Otto, s. 398; **Herzberg**, JuS 1996, s. 381.

³⁴⁰ “*mag die fahrlässige Begehung für sich allein auch straflos sei*”, **Herzberg**, JuS 1996, s. 381. *Herzberg*’in bu değerlendirmesi oldukça isabetlidir. Örneğin tamamlanmış kasten mala zarar verme suçunda fail, mala taksirle zarar vermenin tüm unsurlarını gerçekleştirmiştir.

³⁴¹ **Herzberg**, JuS, 1996, s. 381, dn 30.

Daha önce de ifade edildiği üzere taksirin kasttan ayrı ve bağımsız bir yapıya sahip olduğu şeklindeki yanlış tezin benimsenmesi³⁴², taksirin geleneksel olarak “özen yükümlülüğüne aykırılık” üzerinden karakterize edilmesiyle belli oranda ilişkilidir.³⁴³ Bu tür bir aykırılığa kasıtlı suç incelemesinde yer verilmemesi, özene aykırılığın münhasıran taksirli suça özgü bir unsurmuş gibi anlaşılmasına yol açmıştır.³⁴⁴ Dolayısıyla kasıtlı hareketine rağmen sanki fail hala özene aykırı davranmamış gibi düşünülmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere esasında özen yükümlülüğüne aykırılık, izin verilmeyen bir tehlikenin oluşturulmasını, izin verilen riskin aşılmasını ifade eder.³⁴⁵ Suç tipi bağlamında ilgili özenin gerekliliklerine riayet edilip edilmediğine yönelik değerlendirme; aynı zamanda kişilerin izin verilen riskin sağladığı hareket alanı içinde kalıp kalmadıklarını belirlemek için yapılır.³⁴⁶ Taksir dogmatığı içinde bu hukuki değerlendirmenin daha çok özen yükümlülüğüne aykırılık ölçütü üzerinden yapılması, kast ve taksir arasında aliud bir ilişkinin olduğunu göstermez.³⁴⁷ Dolayısıyla zaten izin verilmeyen riskin yaratılmasından öte bir anlamı olmayan “özen yükümlülüğüne aykırılık” kriteri, kast ve taksir arasındaki ilişkinin yanlış değerlendirilmesine yol açan yönüyle sorunludur.³⁴⁸

Ayrıca özgü bir yükümlülüğün failliği tayin edici özel rolü nedeniyle yükümlülük suçları olarak kabul edilenlerden farklı olarak taksirli sırf netice suçlarında anılan özen yükümlülüğü genel niteliktedir. Bu bağlamda haksızlığın özene aykırılıkla ilişkilendirilmesi özellikle icrai suçlar yönünden “norm mantığı”na uygun olmayan bir değerlendirmeye zemin hazırlamaktadır.³⁴⁹ Taksirli icra suçlarında; failin gerekli özeni göstermediği veya özene uygun davranmadığından hareketle taksirin kabul edilmesi, ilgili suçun fail için bir yapma yükümlülüğü getirdiği ve cezalandırmanın bir ihmalden kaynaklandığı izlenimi yaratmaktadır. Oysa taksirli icra bakımından normun ortaya çıkardığı yükümlülük, kastta da olduğu gibi yasaklanandan imtina edilmesi, dikkatsiz ve özensiz davranışlardan kaçınılmasıdır. Bunun ihlali ise yasaklananın yapılması üzerinden izah edilmelidir.³⁵⁰ Özetle icrai taksirde norm,

³⁴² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 191; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 509, 510; Önder, s. 316.

³⁴³ Taksirdeki özensizliğin, faile yönelik kendine özgü bağımsız suçlamayı temellendirdiği yönünde bkz. Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder-StGB, § 15, kn. 3; Krş. Renzikowski, Restriktiver, s. 224; Heinrich, AT, kn. 1010, 1011.

³⁴⁴ Krş. Roxin/Greco, § 24, kn. 80.

³⁴⁵ Aynı yönde bkz. Puppe, FS-Otto, s. 397, 398. Taksirle ilgili yeterli malumata sahip kişilerin, burada sadece terminolojik bir farklılık olduğunu bildikleri yönünde bkz. Herzberg, JuS 1996, 379.

³⁴⁶ Herzberg, JuS 1996, s. 389.

³⁴⁷ Roxin/Greco, § 24, kn. 80.

³⁴⁸ Krş. Puppe/Grosse-Wilde, in: NK-StGB, vor §§ 13–15, kn. 154.

³⁴⁹ Jakobs, AT, § 9, kn. 6.

³⁵⁰ Jakobs, AT, § 9, kn. 6. Aynı yönde Roxin/Greco, § 24, kn. 12.

özenli davranış sergilemeyi değil dikkatsiz davranıştan kaçınmayı emreder. Dolayısıyla burada taksiri tanımlayacak kriterin, failin yaptığı bir şeyi ihmal gibi göstermemesi gerekir. Failin taksir sorumluluğu, yerine getirmediği özen ile değil, yarattığı izin verilmeyen tehlike ile izah edilmelidir.³⁵¹ Örneğin kibritlerle uğraşırken iş yerinde yangın çıkaran bir kişiye yapılan suçlama, kibritleri emredilen özene uygun bir şekilde kullanmaması değil, bunları özensizce kullanarak (TCK m. 170’de öngörülen neticede gerçekleştiği üzere) hukuken izin verilmeyen bir tehlike yaratmasıdır.³⁵² Aynı şekilde trafikte hatalı sollama yapmak isterken karşı taraftan gelen araca çarpan ve sürücünün ölümüne neden olan kişiye yapılan suçlama, trafikte gösterilmesi gereken özene uygun davranmaması değil, hatalı bir sollama yaparak başkalarının hayatı bakımından tolere edilmeyen bir tehlike yaratmasıdır. Buradaki tipik davranışın, gerekli özenin gösterilmemesi üzerinden tarif edilmesi, icrai davranışa dayanan esas suçlamayı ihmal bir görünüme sokmaktadır.³⁵³

Son olarak taksir haksızlığında özene aykırılığa dayanılması, ceza hukuku dışı normlara aykırılığın “*kendiliğinden*” taksir haksızlığına yol açacağı şeklinde yanlış bir varsayıma da neden olmaktadır.³⁵⁴ Oysa aşağıda izah edileceği üzere soyut anlamda belli davranış normlarına aykırılık, bunlar kanuni düzenleme haline gelmişse bile (trafik hukukunda olduğu gibi) birçok durumda ceza hukukunu ilgilendirmeyen haksızlıklar olarak kalmaktadır.

Taksirli davranışın “özen yükümlülüğüne aykırılık” üzerinden izah edilmesi noktasında tüm sakıncalı hususlara yeterince vurgu yapıldığı düşünülerek, aşağıda taksirli davranışı tespit etmek üzere tipik izin verilmeyen tehlikenin tespiti amacıyla öğreti ve uygulamanın objektif özene aykırılık kavramıyla ortaya koyduğu prensiplerden istifade edilmesinde bir sorun olmayacağı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede modern taksir dogmatığının ulaştığı sonuçlardan yararlanmak adına, aşağıda zaman zaman söz konusu iki kavramın birbirleri yerine kullanılması tercih edilmiştir.

1.4. Ara Sonuç

Yukarıda kasıtlı suç failinin temelde üç farklı şekilde belirlenebileceği izah edilmiştir. Suça iştirak edenler arasındaki ayrımın, özellikle netice suçlarında ve daha da özelde sırf netice suçlarında zorlaştığı bilinmektedir. Bu tür suçlarda ilgili suça iştirak eden ve suçun dayanağını oluşturan davranış normlarına aykırı davranmak suretiyle suçla korunan hukuki değer için

³⁵¹ Krş. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 12.

³⁵² Krş. **Jakobs**, AT, § 9, kn. 6; **Roxin/Greco**, § 24, kn. 12.

³⁵³ Krş. **Renzikowski**, Restriktiver, s. 212; **Burgstaller**, s. 32, dn.7.

³⁵⁴ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 12.

temel hareket haksızlığının özü olarak “izin verilmeyen tipik bir tehlike” oluşturan kişiler arasında, kimin suç tipine uygun davranışı gerçekleştirdiğini belirlemek gerekecektir. Kasıtlı suçlardaki fail kriterleri tipik davranışı gerçekleştiren faili, korunan hukuki değere yönelik diğer tehlike “odakları”ndan ayırmaktadır. Başka bir ifadeyle fail belirlemesi, tipikliğin gerçekleştirilmesine kasıtlı bir şekilde izin verilmeyen risk oluşturarak katkı sağlayanlar arasında tipik davranışı gerçekleştiren kişinin tespiti anlamına gelmektedir. Tehlike odaklarından sadece tipik davranışı gerçekleştiren kişinin failliği kabul edilmektedir.³⁵⁵ Yükümlülük suçlarında bu davranışın tek başına özel yükümlülüğün ihlaliyle ortaya çıktığı sonucuna varılmıştır. Hakimiyet suçlarında suça yönelik vakalar üzerinde olgusal bir hakimiyet tesis eden kişi tipik davranışı gerçekleştirendir. Çoğu zaman ayrı bir neticeye yer verilmeyen bizzat işlenebilen suçlarda ise bu davranış, kanuni tanım gereği mutlaka bizzat işlenebilecektir. Her bir kriter, kasıtlı suçun özel muhatabı olan dar faili ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla dar fail kabulünden hareketle genelde faillik ile tipikliğin gerçekleştirilmesi arasında var olduğu belirtilen bağlantının daha da özelde fail ile tipik davranış arasında söz konusu olduğunu söylemek gerekir. Bu nedenle kasıtlı suçlarda fail kıstasları, bu suçlarda tipik davranışın nasıl tespit edilmesi gerektiğine ilişkin izahatlar olarak değerlendirilmelidir.

Bu tür bir değerlendirme; kasıtlı suçlarda failliğin, neticenin haksızlığından ziyade hareketin haksızlığıyla ilişkili olduğunu ortaya koymaktadır. Birçok kasıtlı suçta belli hareketler dışında özel bir neticeye yer verilmemesi (sırf hareket suçları) ve kasıtlı netice suçlarının teşebbüs aşamasında kalması halinde de faillik ve şerikliğin belirlenebilmesi, aslında bu yaklaşımın isabetliliğini göstermektedir. Nitekim TCK m. 37/1’de de “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişiler*”den bahsedilmektedir. Bazı suç tanımlarında fiil dışında neticenin de yer aldığı bilincinde olan kanun koyucu yine de bir ayırım yapmaksızın failliği, kanuni tarifte yer verilen fiilin yani tipik davranışın gerçekleştirilmesine eşitlemiştir. Bu tanım, netice suçlarında dahi failliğin neticeye neden olma üzerinden tarif edilemeyeceğini göstermektedir. Bu yönüyle kasıtlı netice suçlarında, nedensellik esaslı geniş fail anlayışının benimsenmediği görülmektedir.

Aslında bu tür bir geniş failliğin reddi için TCK m. 37’deki düzenlemeye veya ikili iştirak sisteminin benimsenmesine gerek yoktur. Zira literatürdeki hâkim kabule göre tüm netice suçları için tipiklik unsurları içinde objektif isnadiyet incelemesine yer veriliyorsa artık

³⁵⁵ Dolayısıyla kasıtlı netice suçlarında tipikliği yerine getirecek fail davranışının, -tüm netice suçlarında varlığı aranan- izin verilmeyen tehlikeyi yaratmakla birlikte kasıtlı suçun ilave kriterlerini de karşılaması gerekir. Bkz. Frisch, Wolfgang, “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs” in: **Festschrift für Claus Roxin**, De Gruyter, Berlin, 2001, sa. 213-238, (Frisch, FS-Roxin) s. 227.

hiçbir özel davranış tarifine yer verilmeyen sırf netice suçlarında (kasıtlı veya taksirli) dahi nedensellik üzerinden geniş failliğin benimsenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla genelde kabul edildiği şekliyle izin verilmeyen riskin yaratılmasını da içine alan bir kapsamda objektif isnadiyet elde edilemiyorsa ya suçun tipik davranışı veya bu davranış ile netice arasındaki risk bağlantısı eksik kalmaktadır. Her iki ihtimalde de suçun tipikliği gerçekleştirilemeyeceğinden burada nedensel aktörlerden her birinin geniş faillik gereği fail olduğunu ileri sürmek anlamsızdır.

Geniş failliğin çoğunlukla kabul edildiği taksirli suçlarda faillik meselesi; esasen neticeyi ortaya çıkaran taksirli davranışa “katkı” sağlayan kişiler arasında “fail ve diğerleri” şeklinde bir ayırım yapıp yapılmayacağıyla ilgilidir. Bu suçlarda sorumluluk sadece fail statüsüyle mümkün olduğundan (tek faillik sistemi), faillik sınırlandırıldığında diğerleri “cezasız taksirli şeriklik” (*straflose fahrlässige Teilnahme*) bağlamında değerlendirilmektedir. Yapılan tartışmadan anlaşılabileceği üzere taksirli failliği dar yorumlayarak aranan kritere uymayan özensizlikler açısından cezasızlığı kabul etmek şeklindeki yaklaşıma karşı itiraz esasen sırf netice suçlarında karşımıza çıkmaktadır. Zira kanun koyucu kasıtlı suçlardaki gibi taksirli suçlarda da tipik davranışın, sadece özel yükümlülük altındaki kişiler tarafından veya bizzat yerine getirilmesini arayabilir. Bu durumda suç tipinin dışında kalan kişiler için şerik sorumluluğu da mümkün olmayacağından cezasızlık neticesi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.³⁵⁶ Dolayısıyla bu suçlarda tarifi dışında kalan kişilerin yol açtığı izin verilmeyen bir tehlike neticede gerçekleşse de faillik gündeme gelmeyecektir. Yukarıda verilen örnekler dışında bu tür taksirli suçların hangileri olduğu, özel hükümlerin konusunu oluşturmaktadır.³⁵⁷ Ancak TCK’nın AİCK’ya göre bu tür taksirli suç düzenlemelerine daha az yer verdiğini söylemek mümkündür. Türk kanun koyucu, taksirli suçları genelde sırf netice suçu olarak tariflemeyi tercih etmektedir. Ancak sık karşılaşılmaya da hukukumuzda taksir alanında yükümlülük suçu veya bizzat işlenebilen suçlara yer verilmesi, tek fail sistemiyle de failliğin dar yorumunun mümkün olduğunu gösteren pozitif bir dayanak oluşturmaktadır.

Kanaatimce kasıtlı suçlarda dar failliğin kabulü yönünde ileri sürülen argümanlar³⁵⁸ taksirli suçlar için de geçerli olup dogmatik açıdan bu suçlarda dar failliğin izahı mümkündür. Geniş faillik anlayışının; dogmatik açıdan nedensel hareket ve eşdeğerlilik teorisine dayandığı düşünüldüğünde³⁵⁹ haksızlık anlayışındaki dönüşümle birlikte bu tür bir faillik kabulünün zaten

³⁵⁶ Stratenwerth/Kuhlen, § 15, kn. 78; Jakobs, AT, § 21, kn. 111.

³⁵⁷ Schünemann/Greco, in; LK, § 25, kn. 245.

³⁵⁸ Yukarıda bkz. 1.2.1.1.

³⁵⁹ Bkz. Açıkgöz, s. 23.

orjinal anlamıyla sürdürülmesi de mümkün değildir. Burada özellikle objektif isnadiyet incelemesinden öğretinin aşına olduğu sorumluluk ilkesine önemli bir rol düşmektedir. İkinci bölümde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere bu ilke birden fazla kişinin müdahil olduğu olaylarda ceza hukukundaki en basit haksız eylem konumundaki taksirli davranışın belirlenmesi açısından dar bir yorumun benimsenmesini sağlamaktadır.

TCK’da taksirli suçlar için faillik dışında bir başka suç işleme formuna yer verilmediğinden burada formal tek faillik sisteminin (*formales Einheitstätersystem*) kabul edildiği söylenebilir.³⁶⁰ Ancak bu sistem içinde de taksirli suçların kapsamı ve özellikle taksirli davranışın dar belirlenmesi suretiyle dar faillik yorumuna geçerlilik tanınması mümkündür.³⁶¹ “Geniş faillik yorumunda neticeye neden olan her hareket tipik fiil olarak kabul edilirken dar faillik yorumunda suçun kanuni tanımında sınırları çizilmiş davranış tipik fiil olarak kabul edilmekte”yse³⁶² zaten modern taksir ve objektif isnadiyet öğretisinin taksirli haksızlığı tespit ederken nedenselliğe ilave olarak yaptığı tüm belirlemeler, geniş faillik iddiasını zayıflatmaktadır. Bu çalışmadaki kabul doğrultusunda sırf netice suçlarında taksirli haksızlığın; geniş anlamda objektif isnadiyetle ortaya çıktığı düşünüldüğünde haksızlığın nedensellikten çok daha fazlası olduğu bir yerde, onun “sahibi” konumundaki failin, nedensellikle tarif edilmesi güçtür.

İleride özel olarak üzerinde durulacak nokta ise suçun tipikliğine yönelik vakalara özgür iradeyle hareket eden bireylerin dahil olduğu durumlarda, sorumluluk ilkesinin yaptığı ilave sınırlamalardır. Taksirli suçlarda geniş faillik iddiası, özellikle bu ikinci durum açısından sorun üretmeye devam etmektedir. Zira taksirli netice suçlarında çoğu zaman taksirli davranış üzerine ayrıca bir belirleme yapılmadığından, sürece dahil olan özgür bireylerin davranışları dış dünyadaki deterministik süreçlerle aynı şekilde değerlendirildiğinde ceza hukuku sisteminin bütünlüğünü bozan uyumsuzluklar kaçınılmaz hale gelmektedir. İkinci bölümde; mağdurun ve üçüncü kişilerin nedensel sürece kasıtlı müdahalede bulunduğu olaylar üzerinden taksirli geniş faillik anlayışının genel çerçevesi ve yarattığı çelişiklere işaret edildikten sonra, şahsi

³⁶⁰ Buna alternatif olan fonksiyonel tek fail sisteminde ise kavramsal ve dogmatik düzeyde farklı katılım biçimleri muhafaza edilir. Ancak düalist iştirak sisteminin aksine, kabul edilen tüm iştirak türleri suçun işlenmesinin eşdeğer biçimleri olarak değerlendirilir ve sonuç olarak hepsi için aynı ceza öngörülür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schumann, Heribert, *Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, (Schumann, Einheitstätersystem) s. 10.

³⁶¹ Krş. Schneider, Steffen, *Das Täterschaftsattribut der Risikoherrschaft und die Beteiligungsformen der fahrlässigen Erfolgsdelikte*, Doktora Tezi, Jena Friedrich Schiller Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2002, s. 91.

³⁶² Açıkgöz, s. 28.

sorumluluk ilkesinin taksirli failin dar yorumundaki özel rolüne ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.



İKİNCİ BÖLÜM

TAKSİRLİ SUÇLARDA DAR FAİLLİĞİN İZAHI

2.1. Taksirli Netice Suçlarında Geniş Faillik İddiası ve Objektif İsnadiyet

Türk ve Alman ceza hukukunda kasıtlı suçlardaki iştirak sisteminin aksine taksirli suçlarda tek faillik sisteminin geçerli olduğu daha önce ifade edilmiştir. Tek fail sistemi ise genelde failliğin geniş yorumuyla ilişkilendirilmekte ve tek ve geniş faillik kavramları iç içe geçmektedir.³⁶³ Bu çerçevede suç tipindeki neticenin gerçekleştirilmesine, özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde katkıda bulunan herkesin fail kabul edildiği ileri sürülmektedir.³⁶⁴ Böyle bir kabulde neticeye neden olan davranışlar arasında objektif önem derecesine göre bir sınıflandırma yapılamadığından, geniş faillik gündeme gelmektedir.³⁶⁵ Öğretide bazı yazarlar³⁶⁶, kasıtlı ve taksirli suçlara ilişkin kanuni tarifler arasındaki farkın da böyle bir kabulü haklı kıldığı görüşündedir. Buna göre örneğin kasten öldürme suçuna ilişkin kanuni tarif incelendiğinde; “*bir kişiyi öldüren*”den bahsedilirken, taksirle öldürme suçunda ise “*taksirle bir insanın ölümüne neden olan*”dan bahsedilmektedir. Aynı durum kasıtlı ve taksirli yaralamalar için de geçerlidir. Failliğin doğrudan tipikliğin gerçekleştirilmesiyle ortaya çıktığı düşünülerek³⁶⁷, taksirli suçlarda kanuni tarif gereği, tipik neticeye neden olan herkesin, suç tipini gerçekleştiren fail olduğu savunulmaktadır.³⁶⁸

Her iki ülkenin ceza kanunlarında şerikliğe ilişkin hükümlerin, sadece kasıtlı suçlara münhasıran düzenlenmiş olması taksirli suçlarda “şerik sorumluluğu”nun gündeme gelemeyeceğini göstermektedir. Dolayısıyla taksirli bir suç tipinin gerçekleştirilmesine kasıtlı suçlarda azmettirme yahut yardım etmeye karşılık gelebilecek taksirli davranışlar ile neden olan kişilerin şerikliğinden bahsedilemeyecektir. Ancak tek faillik sistemi nedenselliğe dayanan geniş faillik kabulüyle şekillendiğinde bu kişilerin bizzat kendi failliklerinin gündeme geleceği de gözden kaçırılmamalıdır.³⁶⁹ Buna göre örneğin, trafikte varmak istediği yere daha hızlı

³⁶³ Jescheck/Weigend, 646; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder-StGB, vor § 25, kn. 107, 108; Kindhäuser/Zimmerman, § 38, kn. 3; Heinrich, AT, kn. 994; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 452. Tek faillik ile failliğin geniş yorumu arasındaki geçişkenliğin kafa karıştırıcı olduğu yönünde eleştiri için bkz. Schneider, s. 91, dn. 127.

³⁶⁴ “Özen yükümlülüğünü ihlal eden herkes faildir.” Heinrich, AT, kn. 994; “Taksirli suçlarda her türlü nedensel katılım failliktir.” Jescheck/Weigend, s. 646.

³⁶⁵ Krş. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 450 vd; En azından sırf netice suçları açısından bkz. Herzberg, TuT, s. 99 vd.

³⁶⁶ Temsilen bkz. Herzberg, TuT, s. 100 vd.

³⁶⁷ Herzberg, TuT, s. 3.

³⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Herzberg, TuT, s. 100.

³⁶⁹ Schünemann/Greco, in; LK, § 27, kn. 64.

ulaşmak isteyen yolcu, sürücüyü kurallara aykırı bir sürüşe yönlendirecek olursa, ortaya çıkan kazada ölüm meydana geldiğinde, taksirle öldürmeden dolayı sürücüyle beraber fail olarak sorumlu tutulabilecektir.³⁷⁰ Zira “*bu özensiz davranış olmasaydı ölüm neticesi de gerçekleşmeyecekti*” tespiti yapılabildiği ölçüde, taksi şoförünün özensizce bu tür bir sürüşe yönlendirilmesi, -genel anlamda- taksirli fail sorumluluğu için yeterli kabul edilmektedir. Bu yönüyle taksirli suçlarda tek sorumluluk statüsü olarak fail, geniş fail anlayışına uygun olarak belirlenmekte,³⁷¹ bu kabulün de aslında nedensellik öğretisine ait bir teori olan eşdeğerlilik/şart teorisinin, faillik öğretisine aktarılmasıyla şekillendiği ileri sürülmektedir.³⁷² Özetle taksirli azmettirme yahut yardım etme aslında taksirli faillik olarak cezalandırılabilir olmaktadır.³⁷³

Bu tür bir geniş faillik anlayışı özellikle özensizliğin yarattığı imkândan faydalanarak mağdurun bizzat kendisine zarar verdiği veya üçüncü kişinin kasıtlı bir suç işlediği olaylarda zorlanmaktadır. Nitekim özensizce ortalıkta bırakılan bir silahın, bıçak gibi tehlikeli bir maddenin yahut ilacın, bir başkası tarafından kasten öldürme ya da yaralama suçunda kullanılması veya mağdurun bizzat bunlarla kendine zarar vermesi ya da intihar etmesi gibi olaylarda taksirli sorumluluğun tespitinde sorun yaşanmaktadır. Zira bu ihtimallerin her birinde çoğu zaman ilk davranış belli bir özen normuna aykırı ve nedensel olduğu -hatta neticenin de öngörülebilir olduğu- tespit edilebilmesine rağmen, nihayetinde tipik netice bir başkasının sorumluluk alanında meydana gelmektedir.

Bu durum bir yandan rücu yasağı öğretilerinin değişik formlarda tekrar tekrar gündeme gelmesine ve taksirli suçlarda dar fail kavramının savunulmasına zemin oluşturmaktadır.³⁷⁴ Zira kasıtlı suçlardakine benzer bir şekilde taksirli suçlarda da sınırlı fail kavramının kabulüyle beraber belirlilik ilkesinin gereklerinin daha iyi karşılanacağı, taksirli davranış türlerinin maddi anlamda öneminin dikkate alınacağı ve maddi anlamda taksirli şerikliğe denk gelen davranışların cezalandırılması tehlikesinin bertaraf edileceği değerlendirilmektedir. Böyle bir

³⁷⁰ **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder-StGB, vor § 25, kn. 108. Taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığı tespit edilirken, aslında objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek suça iştirak eden herkesin fail olarak değerlendirileceği çoğu kez gözden kaçmaktadır. Aynı yönde bkz. **Heinrich**, AT, kn. 993; **Jescheck/Weigend**, s. 649.

³⁷¹ **Gropp/Sinn**, & 10, kn. 25.

³⁷² **Herzberg**, TuT, s. 2. Geniş faillik ile tüm koşullarını eşitliğini esas alan şart teorisi arasındaki bağlantıya ilişkin aynı yönde bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 649.

³⁷³ Lampe, Ernst-Joachim, “Täterschaft bei fahrlässiger Straftat”, **ZStW** (71), 1959, (**Lampe**, Täterschaft), s. 612.

³⁷⁴ **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder-StGB, vor § 25, kn. 6, 107; **Renzikowski**, Restriktiver, s. 261 ff; Hoyer, Andreas, “Wozu brauchen wir eine fahrlässige Mittäterschaft?”, in: **Festschrift für Ingeborg Puppe**, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, sa. 515-530, s. 527; **aynı yazar**, in: SK-StGB, § 25, kn. 152; **Schneider**, s. 142 vd.

kabulde tartışmaların odağında ise taksirli failliğin hangi kriter üzerinden belirleneceği meselesi yer almaktadır.³⁷⁵

Diğer taraftan taksirli suçlarda nedensellik temelli geniş fail anlayışı da taksirli suçun tipikliğine dahil edilen ilave unsurlarla birlikte bir dönüşüme uğramaktadır. Nitekim taksirli failliğin sadece nedensellik üzerinden belirlenebileceği yönünde geleneksel mutlak geniş faillik yaklaşımının bugün Alman ceza hukukunda sadece sınırlı bir kabul gördüğü belirtilmektedir.³⁷⁶ Bu mutlaklığın; taksirli failliğin tanımında nedenselliğe ilaveten kaçınılabilirlik veya öngörülebilirlik kriterlerine yer verilmesi ile esnetildiğini söylemek mümkündür. Bu çerçevede bazı yazarlar, tipik neticeye kaçınılabilir bir şekilde nedensel katkıda bulunan kişinin fail olduğu görüşündedir.³⁷⁷ Diğer bir yaklaşım ise taksirli suçlarda failliği ortaya çıkaran ve onu diğer nedensel katkı sahiplerinden ayıran kişisel unsurun, objektif özen yükümlülüğüne aykırılıkta aranması gerektiği görüşündedir.³⁷⁸

Modern ceza hukuku öğretisinde neticeli suçların tipikliği içerisinde objektif isnadiyetin kabulüyle birlikte, taksirli suçlarda nedenselliği esas alan geniş faillikten bahsedilmesi belli ölçüde anlamını yitirmiştir. Zira objektif isnadiyet nedensellik bağıyla birlikte hem kasıtlı hem taksirli netice suçlarının tipikliğine dahil edilmektedir. Bu çerçevede hâkim görüşe göre neticeli suçlarda tipiklik için asgari şart, izin verilmeyen bir riskin yaratılması ve doğrudan bu riskin neticede gerçekleşmesidir. Dolayısıyla objektif isnadiyetin elde edilemediği bir yerde ya incelenen davranış hukuken önemli bir tehlike yaratmadığından birinci koşul yahut bu tür bir davranışa rağmen tehlikenin neticede gerçekleşmesini ifade eden risk bağlantısının mevcut olmaması nedeniyle ikinci koşul eksik kalmaktadır. Ancak her halükârda taksirli veya kasıtlı netice suçunun tipikliği gerçekleşmemektedir. Taksirli suçta tipikliğin tüm unsurlarıyla gerçekleşmediği bir yerde kişilerin failliğinden bahsetmek de isabetsiz olacaktır.³⁷⁹

³⁷⁵Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sánchez-Lázaro, Fernando Guanarteme, **Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt**, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, s. 16.

³⁷⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Roxin, Claus, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1. Bs., Berlin, De Gruyter, 1963, (Roxin, TuT-1), s. 545.

³⁷⁷ Welzel, Strafrecht, s. 57.

³⁷⁸ Roxin, TuT-1, s. 527 vd. Yazar, öngörülebilirlik ve kaçınılabilirlik unsurlarının yükümlülüğe aykırılık tespiti için birer ön şart olarak kabul edilmesi gerektiğini, failliği tayin eden yükümlülüğe aykırılık kriteriyle taksirli failin belirlenmesi neticesinde; bu suçlarda da geniş failliğin artık uygulama alanı bulamayacağı görüşündedir. Dolayısıyla objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışın tespitiyle dar failliğin taksirli suçlarda da inşa edilebilir olduğu savunulmaktadır. Oysa yükümlülüğe aykırılık üzerinden yapılan sınırlama; zaten ceza sorumluluğunun başlangıcı için gereken asgari eşige karşılık gelmektedir. Bunun ötesinde bir sınırlama yapılmadığında dar faillik için uygun bir kriter elde edilemeyecektir. Benzer yönde bkz. Renzikowski, Restriktiver, s. 154, 155.

³⁷⁹ Dar faillik anlayışında suçun tipikliği ve faillik arasındaki yakın bağlantı için bkz. Herzberg, TuT, s. 3.

Dolayısıyla taksirli suçlarda nedensellik temelli geniş faillik kabulünün benimsenmesi için ilgili suçlarda haksızlığın nedensellik ile tamamlandığını kabul etmek gerekir. Ancak böyle bir kabul uzun süredir etkisini kaybeden (en azından bilim dünyasında) bir suç anlayışına geri dönüş olur.³⁸⁰ İlk bölümde izah edildiği gibi objektif isnadiyet düşüncesinin ortaya çıktığı zamanlarda nedensel haksızlık anlayışı hakim kabulü temsil etmekteyse de finalist hareket ve objektif isnadiyet gibi teorilerin etkisi sonucunda bu büyük ölçüde terkedilmiş ve odak noktası neticeden harekete kaydırılmıştır.³⁸¹ Bu nedenle objektif isnadiyetin neticeli suçlarda tipiklik içinde ele alınmasıyla birlikte sadece nedenselliğe ilişkin referanslarla faili tespit etmek kendi içinde çelişkili bir yaklaşımdır. Bu giriş mahiyetindeki açıklamalardan anlaşıldığı üzere objektif isnadiyetle birlikte taksirli suç tipinin sınırlandırılması nedeniyle fail kavramı da sınırlandırılmaktadır. Aslında bu sınırlandırma, taksir dogmatığı içinde geliştirilen objektif öngörülebilirlik, kaçınılabilirlik gibi unsurlarla da belli ölçüde yapılmıştır. Ancak objektif isnadiyet, bu sınırlamaların ötesinde sorumluluk alanlarının belirlenmesine hizmet edecek ölçütler sağlamakta ve değişen yoğunluklarla da olsa temelde herkesin kural olarak kendi eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği fikrinin uygulanabileceği bir inceleme alanı oluşturmaktadır.³⁸²

Ancak sorumluluk ilkesinin objektif isnadiyet içinde “sağlam” bir yer bulamamasıyla birlikte öğretide büyük ölçüde benimsenen temel tehlike formülüyle genişletilmiş bir isnadiyet öğretisinin ortaya çıkması³⁸³, hareket haksızlığının anlamı ve bunun sorumluluk ilkesiyle ilişkisini gölgede bırakmaktadır. Yukarıda *Frisch*’in değerlendirmeleri çerçevesinde sorunlu bulduğumuz bu geniş isnadiyet formülüne rağmen kasıtlı netice suçlarında fail-şerik ayrımı için mecburen fiil üzerine odaklanılması gerektiğinden, tipik haksızlığa ilişkin tüm problemleri objektif isnadiyete dahil eden hâkim yaklaşımın olumsuz etkisi kasıtlı suçlarda sınırlı kalmaktadır. Taksirli netice suçlarında ise ikili bir iştirak sistemi öngörülmediğinden kendisine bağımsız bir inceleme alanı bulamayan tipik davranış, tekrar objektif isnadiyet içinde erimektedir. Bu nedenle özellikle taksirli suçlarda hareketin ifade ettiği değersizlik, netice isnadiyetini merkeze alan yaklaşımla yine belli ölçüde zemin kaybetmektedir. Oysa esasında

³⁸⁰ Klasik okulun suç ve haksızlık anlayışına ilişkin bkz. **Heinrich**, AT, kn. 96. Çataklı, Hasan. “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, **EBYÜHFD**, 23/3-4, 2019, sa. 277-306, s. 280, 281.

³⁸¹ **Frisch**, Verhalten, s. 24.

³⁸² Krş. **Schneider**, s. 93; **Frisch**, FS-Roxin, s. 216.

³⁸³ Objektif isnadiyetin bu tehlike formülü üzerinden öğretide büyük oranda kabul edilmesinde; *Roxin*’in 1970 yılında yayımlanan “*Ceza Hukukunda Isnadiyet Sorunu Üzerine Düşünceler*” adlı makalesinin payı büyüktür. Bkz. Roxin, Claus, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht” in: **Festschrift für Richard M. Honig**, Schwartz, 1970, sa. 133-15. Tehlike formülü etrafında şekillenen modern hâkim objektif isnadiyet öğretisinden farklılaşan klasik isnadiyet değerlendirmeleri hakkında bkz. **Frisch**, GA 2003, s. 720,721.

neticenin objektif isnadı, tehlike formülünün ikinci kısmıyla ilgilidir. Burada yaratılan bir tehlikenin neticede gerçekleşmediğine; koruma amacı bağlantısı veya yükümlülüğe aykırılık bağlantısı üzerinden karar verilmelidir.³⁸⁴

Ayrıca tarihsel gelişimi itibarıyla objektif isnadiyet, nedensellik bağıyla ilişkilendirilmekte ve sanki bu incelemenin tek nedeni şart teorisinin ortaya çıkardığı uçsuz bucaksız nedensellik zincirinin sınırlandırılmasıymış gibi anlaşılmaktadır.³⁸⁵ Tarihsel olarak incelendiğinde de objektif isnadiyetin, nedenselliğin kapsamına ilişkin eşdeğerlilik teorisi ve uygun nedensellik teorisi arasında yaşanan tartışmalarda suçun tipikliği içinde ancak nedenselliğin dışında ve bağımsız bir kategori önermesi nedeniyle daha çok nedensellik tartışmalarıyla ilişkilendirilmesi bir ölçüde anlaşılabilir bir durumdur.³⁸⁶ Nitekim öğretide haklı olarak; doğal nedenselliğin ceza sorumluluğu için yeterli olmadığından hareketle nedenselliğin sonuçları üzerinde bir düzeltme yapılmasına ihtiyaç duyulduğu ve objektif isnadiyetin de bu ihtiyaca karşılık geldiği belirtilmektedir.³⁸⁷ Ancak objektif isnadiyetin sorunlu olan genişletilmiş versiyonunda bile formülün her iki tarafında incelenen olay gruplarına bakıldığında³⁸⁸ meselenin sadece bundan ibaret olmadığı rahatlıkla anlaşılabilecektir. Zira en geniş haliyle bile objektif isnadiyet öğretisi, birden fazla kişinin dahil olduğu bir vakada belli ölçüde sorumluluk alanlarının belirlenmesine de hizmet etmektedir. Bu şekilde bazen daha tipik davranışın gerçekleştirilmesi aşamasında bazen tehlike bağlantısının tespiti aşamasında en geniş kabulde bile incelemeye konu kişiler arasında sorumluluk alanlarının sınırlandırılmasına çalışılmaktadır.³⁸⁹ Ancak objektif isnadiyet öğretisi içinde sorumluluk ilkesine yönelik istikrarlı bir inceleme söz konusu olmadığı gibi bunun tehlike incelemesinde hangi aşamada yapılması gerektiği üzerinde de bir uzlaşıdan bahsedilebilmesi mümkün değildir.

Tüm bunlara ilaveten tercih edilen aşamada ceza sorumluluğu reddedilse de bu çoğu zaman herkesin kural olarak kendi eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği şeklindeki temel ilkeyle izah edilmemekte, bunun yerine aşağıda görüleceği üzere sadece belli olay gruplarında sorumluluk alanlarının sınırlandırılmasına yönelik argümanlara yer verilmektedir. Böyle olunca da objektif isnadiyet, başkasının eylemi üzerinden elde edilen nedensellikler açısından sadece

³⁸⁴ Bkz. **Murmann**, Grundkurs, § 23, kn. 32.

³⁸⁵ Bu bağlamda klasik objektif isnadiyet öğretisinin kurucularından sayılan *Honig*'in ilgili eserine bkz. Honig, Richard, "Kausalität und Objektive Zurechnung", in: **Festgabe für Reinhard von Frank**, Scientia, Aalen, 1930, sa. 174-201.

³⁸⁶ Krş. v. Atens, Rebecca, **Objektive Zurechnung und Tatherrschaft**, Nomos, Baden-Baden, 2019. s. 121.

³⁸⁷ v. Atens, s. 122.

³⁸⁸ Bkz. **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 375 vd; **Heinrich**, AT, kn. 89 vd.

³⁸⁹ Krş. **Jakobs**, s. 289; v. Atens, s. 123.

belli durumlarda ceza sorumluluğunu sınırlayan ve bunun dışında hukuki değerin ihlaliyle sonuçlanan her riskli davranışın bağlantı noktası olabileceği düşüncesiyle uyumlu bir öğreti haline gelmektedir. Bu sebeple başkasının eylemine katkı mahiyetindeki taksirli davranışlara ilişkin istikrarlı bir sınırlama yapılamadığından, geniş faillğin ve dolayısıyla geniş tipikliğin kabulü hâkim yaklaşım olmaya devam etmektedir. Klasik öğretide nedensel ve iradi her davranışın haksızlık bağlantısı oluşturması gibi burada da her tehlikeli davranışın (belli olay gruplarındaki istisnalar hariç) bağlantı noktası olabileceği yönünde bir anlayış varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla taksirli suçlarda geniş faillik yaklaşımı, sorumluluk ilkesini merkezine almayan bir objektif isnadiyet öğretisiyle birlikte de hâkim pozisyonunu korumaktadır.

2.2. Taksirli Geniş Faillik Anlayışının Çelişkisi: Mağdurun ve Üçüncü Kişinin “Kasıtlı” Eylemleri Üzerinden Elde Edilen Nedensellik

2.2.1. İntihar Olaylarında Gündeme Gelen İstisnai Sorumsuzluk

Modern objektif isnadiyet öğretisinin kabulü sonrasında da hâkim konumunu sürdüren geniş taksirli fail anlayışı, taksirli suç tipikliğini de geniş yorumladığı için özellikle sorumlu “mağdur”un özgür iradesiyle hayatına son verdiği olayları³⁹⁰ genellikle istisnai ve ceza sorumluluğuna engel teşkil eden bir durum olarak ele alma eğilimi göstermektedir. Bu nedenle

³⁹⁰ Çalışmamızda aksi belirtilmedikçe intihar, intihar eyleminin anlam ve sonuçlarını algılayabilen bir kişinin, kendi özgür iradesiyle bizzat hayatına son verdiği olayları ifade etmektedir. Zaman zaman sadece bunu vurgulamak adına, ayrıca “mağdurun sorumluluğunda gerçekleşen intihar” ifadesi kullanılacaktır. Burada özgür iradeleriyle hayatına son veren bireylerden “mağdur” olarak bahsedilmesi ise suç tipi incelemesinin beraberinde getirdiği bir zorunluluk olarak değerlendirilmelidir. Kanaatimce ideal bir hukuk düzeninde, bireylerin kendi kaderini tayin hakkı ve insan onuruna uygun bir hayat sürme talepleri görmezden gelinemez. Dolayısıyla devletin yaşam hakkını koruma vazifesi çerçevesinde aldığı tedbirlerin, bireyler için insan onuruna aykırı bir yaşam mecburiyeti getirmemesi gerekir. Bu “ideal denge”yi -TCK’da olduğu gibi- dikkate almayan bir ceza hukuku sisteminde, hayatına son vermek isteyen kişilerin, her durumda korunması ve kurtarılması gereken “mağdurlar” olarak değerlendirilmeleri, özellikle belli hallerde tedavi imkânı bulunmayan hastalar bakımından (*Peterle Kararı*’nda görüleceği üzere) kabul edilemez sonuçlar doğurmaktadır. İntihar eyleminin ne zaman mağdurun kendi sorumluluğu altında gerçekleştiğinin kabul edileceği noktasında “intihara yönlendirme suçu” kapsamında TCK m. 84’teki birinci ve dördüncü fıkralar yol gösterici olacaktır. Buna göre 4. fıkra kapsamında; “işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler” doğrudan kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmuşlardır. Dolayısıyla kanun koyucu bu maddede, esas olarak mağdurun kendi sorumluluğuyla gerçekleştirdiği bir intihar bağlamında kasıtlı yönlendirme sayılan bazı seçimlik hareketleri cezalandırırken (1. fıkra), diğer yandan hangi durumlarda artık böyle bir intiharın söz konusu olmayacağını da ortaya koymuştur. Buna göre intihar eyleminin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği yeterince gelişmeyen yahut somut olayda ortadan kalkmış olan bir kişinin ya da irade serbestisi cebir veya tehditle ortadan kaldırılan kişilerin kendi şahsi sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından algılama ve irade yeteneğini etkilediği kabul edilen durumların (TCK m 31-34) bir intihar olayında mevcut olması halinde, titiz bir inceleme yapılarak öncelikle mağdurun sorumluluğu hakkında bir kanaate varıldıktan sonra buna kasten veya taksirle katkı sağlayan kişilerin durumuna ilişkin değerlendirmeye geçilmelidir. Alman ceza hukukunda da mağdurun sorumluluğunun tespiti için, kusur yeteneği veya rıza ölçütüne göre aslında intihar edenin, eyleminin anlam ve sonuçlarını algılayabilecek ve buna göre davranabilecek durumda olup olmadığı belirlenmeye çalışılmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Başer, Zehra, **Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif Isnadiyet**, Seçkin, Ankara, 2022, s. 197 vd; **Kindhäuser/Zimmerman**, § 11, kn. 26 vd.

normalde geniş faillik kapsamında kalan bir davranışın cezasızlığını izah ederken farklı argümanlar ileri sürmektedir. Bazen de bu tür bir intihar olayında herhangi bir özellik görülmeyle “öngörülebilirlik” üzerinden cezalandırmanın mümkün olduğu savunulmaktadır. Geniş faillik yaklaşımının, intihar olaylarında mağdurun sorumluluğunu dikkate almaya çalışırken sebep olduğu uyuşmazlıklar, bu fail kabulünün sorgulanmasına yol açtığından burada öncelikle ilgili olaylar çerçevesinde geniş faillik incelenmesine yer verilecektir. Türk ceza hukukunda intihar ve taksir meselesi yeterince dikkate alınmadığından bu soruna ilişkin olarak özellikle BGH’nin *Pistol Kararı* sonrasında tartışmaların yoğunlaştığı Alman öğretisindeki görüşlere ağırlık verilecektir.

2.2.1.1. BGH’nin Evleviyet İlkesine Dayanan Çözümü

İntihar nedeniyle taksir sorumluluğunu Alman ceza hukuku öğretisinin gündemine getiren karar, 1972 yılında Alman Federal Mahkemesi (BGH) tarafından verilmiştir.³⁹¹ Bu tarihten itibaren mağdurun özgür iradesiyle kendisine zarar verdiği (*Selbstverletzung*) yahut kendini tehlikeye attığı (*Selbstgefährdung*) durumlarda (*genel olarak riskin mağdur tarafından üstlenildiği olaylar*), özensiz davranan üçüncü kişinin sorumluluğu yoğun bir şekilde tartışılmıştır.³⁹² Dolayısıyla intihara özensiz bir davranışla katkı sağlanan durumlarda, aslında ilk özensiz davranışla başlatılan nedensel sürece, mağdurun zarar neticesini isteyerek ve bunu bizzat gerçekleştirerek dahil olduğu “kendine zarar verme” durumu ortaya çıkmaktadır. Bahsi geçen BGH kararında ise intiharda kullanılan silahın sahibinin, intihardan sorumluluğu tartışılmıştır. Olayda özellikle alkol aldığı melankolik bir ruh haline büründüğünü ve daha

³⁹¹ BGHSt 24, 342, 16.05.1972 (*Pistol Kararı*)

³⁹² Mağdurun, tehlikeli bir araba yarışına katılması, yüksek dozda uyuşturucu maddeyi kendine enjekte etmesi yahut devrilmek üzere olan bir basket potasına asılması gibi aşağıda zaman zaman gündeme gelecek örnek olaylar “kendini tehlikeye atma” kategorisinde incelenmektedir. Bu çalışmada oldukça çeşitli türleriyle gündeme gelebilecek “kendini tehlikeye atma” kapsamında kalan olay gruplarına ilişkin esaslı bir değerlendirme yapılmayacaktır. Ancak özellikle BGH ve Alman ceza hukuku öğretisi tarafından, mağdurun nedensel sürece dahil olduğu iki olay grubu çoğu zaman birlikte incelendiğinden, konunun anlaşılabilmesi için yeri geldikçe, kendini tehlikeye atma kapsamındaki tespitlere de yer verilecektir. Ancak bana göre, kendini tehlikeye atmanın çok farklı gerçekleşme biçimleri dikkate alındığında bunların, mağdurun kendine bilerek zarar verdiği olaylarla aynı esaslara tabi tutulması doğru olmaz. Zira tehlikeli durumun içine kendi iradesiyle giren mağdur, çoğu zaman bu tehlikenin zarar neticesine dönüşmeyeceği düşüncesiyle yahut bazen bu zarar neticesini hiç öngörmeyerek, hesaba katmayarak hareket etmektedir. Bu farklılığı dikkate alan benzer bir yaklaşım için bkz. **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 191 vd; Puppe, Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Bs., Nomos, Baden-Baden, 2019, (**Puppe**, AT) § 6, kn. 7. Özellikle kurtarma olayları (*Rettungsfällen*) çerçevesinde, örneğin fail tarafından çıkarılan bir yangında, yanma tehlikesi altında olanları kurtarmaya çalışan birinin, kendini riske atması ve aynı yangında hayatını kaybetmesi ihtimalinde, mağdurun kendi riskli davranışı nedeniyle, yangını çıkaran kişinin sorumluluğunun kategorik olarak reddedilemeyeceği öğretide kabul görmektedir. Bkz. Puppe, Ingeborg, “Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt” **ZIS**, 2007/6, (**Puppe**, *Selbstgefährdung*) 247, 249; **Jescheck/Weigend**, 288. Aynı yönde BGHSt 39, 322, 08.09.1993. Mağdurun kendini riskli durum içine soktuğu olaylarda; özensizce hareket ederek zarar neticesine katkı sağlayan üçüncü kişilerin ne zaman taksirden sorumlu tutulmaları gerektiği, İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından da değerlendirilen karmaşık bir sorundur. Bu konuda örnek içtihatlar için bkz. Kaplan, Mahmut, **Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 65, 66.

önce birkaç kere intihar teşebbüsünde bulunduğunu bildiği arkadaşı S ile bir mekânda alkol alan sanık, sonrasında S ile araçta seyahat ederken verdikleri molada, silahını aracın içinde bırakarak araçtan ayrılmıştır. Aynı silahla S'nin intihar ettiği olayda sanığın, taksirle öldürmeden sorumluluğu incelenmiştir.

Bu olayda geniş fail anlayışından hareket edildiğinde; sanığın, özensizce ihlal ettiği özen normunun koruma amacı içinde kalan, öngörülebilir tipik bir neticeye neden olduğu noktasında şüphe yoktur. Ancak olayda A'nın cezalandırılması, özellikle Alman ceza hukuku bakımından kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. AICK'da bir intihar eylemine kasıtlı yardım dahi³⁹³ cezalandırılmazken, geniş faillikten hareketle olayda A'nın cezalandırılması açık bir çelişki meydana getirmektedir. Nitekim bu çelişkiyi dikkate alan BGH, somut olayda S'nin intiharına taksirli bir davranışla katkı sunan sanığın, beraat etmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre intihar bir suç olmadığından somut olayda sanığın, intihara yardım etme kastıyla, yani ölüm neticesini bilerek yahut bu sonucu kabul ederek hareket etmesi durumunda dahi cezalandırılması mümkün değildir. Sadece bu noktadan bakıldığında bile taksirli davranışıyla yalnızca intihara ilişkin nedensel bir katkı sunan kişinin cezalandırılması, adil olmayacaktır. Dolayısıyla böyle birinin ortaya koyduğu haksızlığın, ölüm neticesini isteyen veya göze alan kasıtlı yardım edenin yaratacağı haksızlıktan daha ağır olduğunu değerlendirmek mümkün değildir. Aksi bir kabul, bu tür durumlarda sanıkların, taksirle değil kasten hareket ettikleri şeklinde bir savunma ortaya koyarak, beraat etmeye çalışmalarına sebep olur. Bu tür sonuca götüren hukuki bir yaklaşımın isabetli olduğu söylenemeyecektir.³⁹⁴ Bu değerlendirmelerle mahkeme, kararın başında “*intihar edenin ölümüne taksirli katkıda bulunan bir kişi cezalandırılmaz*” cümlesini temel prensip olarak vurgulamıştır. Ancak mahkemenin bu değerlendirmesi geniş fail anlayışına dayanan tek faillik öğretisine yöneltilen eleştiriler için önemli bir zemin yaratmıştır. Zira bu karar, tek faillik öğretisi içinde önemli bir uyumsuzluğun çok daha görünür hale gelmesine sebep olmuştur.

³⁹³ Türk ceza hukukunda böyle bir eylem, TCK m. 84/1 çerçevesinde intihara yönlendirme sayılacaktır. TCK m. 84'te; “*başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden*” şeklinde tarif edilen tipik hareketlerden hiçbirinin, Alman ceza hukukunda bir suç tipine vücut vermediği gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla mağdurun özgür iradesine dayanan ve kendi hakimiyeti altında gerçekleştirdiği intihar eylemi söz konusuysa, kasıtlı katkılar dahi AICK'da suç kabul edilmemektedir. Ancak eğer mağdurun rızası çerçevesinde ölümüne neden olan davranış, bir başkası tarafından gerçekleştirilirse, yani mağdurun rızası olmakla beraber ölümüne neden olan davranış üzerinde bir başkasının fiil hakimiyeti mevcutsa, bu durumda talep üzerine öldürme (*Tötung auf Verlangen*) olarak tarif edilen (AICK m. 216) suç tipi gündeme gelecektir. Alman kanun koyucu, kasten öldürmenin rızaya dayandığı şeklini bu madde çerçevesinde, temel kasten öldürme suçuna göre (Totschlag, m. 212) daha az ceza tehdidi ile karşılamaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tulay, Muhammed Emre, “Türk Cez Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu”, 2020, 26(2), **MÜHFD**, sa. 814-837, s. 827 vd.

³⁹⁴ BGHSt 24, 342.

Buna göre aynı olayda sanığın taksirli davranışı, S'nin bu tabancayla bir başkasını öldürmesi (*Fremdtötung*) halinde, -bu sonucun öngörülebilirliği yahut kasıtlı suçun işleneceğine dair belli emarelerin varlığı gibi şartlara bağlı olarak³⁹⁵- sanığın taksirle öldürmeden sorumluluğunu gündeme getirebilirken, S'nin bu silahla intihar etmesi (*Selbsttötung*) durumunda ise cezasızlık ortaya çıkacaktır.³⁹⁶ Her ne kadar bu sonuç, tek faillik öğretisinin içinde amaçsal bir sınırlama³⁹⁷ olarak izah edilmeye çalışılsa da burada geniş failliğin sebep olduğu dogmatik açıdan kabul edilemez bir istisnanın ortaya çıktığı itirazının daha haklı olduğunu tespit etmek gerekir.³⁹⁸

Diğer taraftan Alman ceza hukukunda; intihar eylemine kasıtlı yardım yahut yönlendirmenin suç oluşturmaması, taksir sorumluluğunun reddi için tek başına tatmin edici bir argüman da ortaya koymamaktadır. Zira aynı yaklaşım içinde kasıtlı suça taksirli katkıyı cezalandırırken kullanılan argümanlara bakıldığında, taksir sorumluluğunun işlenen kasıtlı suçtan ayrı ve bağımsız bir haksızlık olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre nedensel sürece dahil olan üçüncü kişinin, taksirli failin özensizlikle (örneğin; silahın muhafazasındaki özensizlik) yarattığı imkândan yararlanarak, kasten öldürme suçu işlediği bir ihtimalde, buna imkân sağlayan taksirli failin sorumluluğu, ana eyleme iştirak bağlamında değerlendirilmemektedir. Taksirli davranış, başkasının işlediği kasıtlı suçtan müstakil bir haksızlık olarak ele alınmaktadır.³⁹⁹ Bu çerçevede geniş taksirli fail anlayışıyla değerlendirildiğinde mağdurun intiharında da intihar eyleminin bizzat bir suç tipine vücut vermemesi, taksirli failin cezalandırılmasına engel teşkil etmemelidir.⁴⁰⁰

Alman ceza hukukunda; mağdurun kendi sorumluluğunda gerçekleşen bir intihara taksirli katkının cezalandırılmaması üzerinden, tek faillik öğretisine karşı getirilen

³⁹⁵ Aşağıda bkz. 2.2.2

³⁹⁶ Aynı yönde bkz. **Heinrich**, AT, kn. 1047.

³⁹⁷ *Herzberg*'e göre intihar eylemlerine taksirli katkının cezalandırılmaması, amaca uygun sınırlandırmayla izah edilebilir. Buna göre taksirli öldürmeye ilişkin kanuni tarif intihara ilişkin bu tür katkıları da kapsamakla birlikte, kanunun uygulama alanı bu noktada amaçsal olarak sınırlanmalıdır. Bu amaçsal sınırlama da taksirli sorumluluğun, kasıtlı sorumluluğu aşamayacağı şeklindeki genel prensibe göre gerçekleştirilecektir. **Herzberg**, TuT, 102. Benzer yönde bkz. Bockelmann, Paul, "Literaturbericht", **ZsTW**, 1954 (66/1), s. 111, 117.

³⁹⁸ Welp, Jürgen, in 'Entscheidungen' **JR**, 1972 (10), sa. 426-429, s. 428. Benzer yönde bkz. **Renzikowski**, Restriktiver, 192.

³⁹⁹ Krş. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 29.

⁴⁰⁰ Nitekim taksirli suçlarda geniş failliğe taraftar olan *Herzberg*, bu olayda sanığın beraatini isabetli bulmakla beraber, A'nın katkısının taksirle öldürmeye ilişkin tipik tarifi karşıladığı kanaatindedir. Zira "taksirle ölüme neden olma" gerçekleşmiştir. Zira AICK m. 222'teki taksirle öldürmeye ilişkin kanuni tarif, hem üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği kasten öldürme eylemlerine taksirli katkıyı hem de intihar eylemlerine taksirli katkıyı kapsamaktadır. Her iki durumda da "taksirle ölüme neden olma" şeklindeki suç tipi aslında gerçekleşmektedir. **Herzberg**, TuT, 102.

eleştiriler,⁴⁰¹ hakim öğreti içinde böyle bir sonucun kabulü için ortaya konulan çabaların artmasına ve meselenin suç teorisi içerisinde daha sistematik bir şekilde değerlendirilmesine katkı sağlamıştır. Nitekim *Pistol Kararı*'na konu olayda, taksir sorumluluğunun nedensellik, öngörülebilirlik ve kaçınılabilirlik gibi temel şartlarının yerine geldiği düşünüldüğünde, burada cezalandırmama yönündeki bir yaklaşımın, taksir dogmatığı içinde nasıl bir gerekçelendirmeyle izah edileceği sorusuna tatmin edici bir cevap verilmesi gerektiği açıktır.⁴⁰²

Bu çerçevede yüksek mahkemenin iştirak düşüncesiyle ve evleviyet ilkesi üzerinden şekillenen içtihadına uygun bir hukuki gerekçelendirmenin *Roxin* tarafından yapıldığını söylemek mümkündür. Mahkemenin; temel pozisyonunda bir değişikliğe yol açmadan benimseyebildiği bu yaklaşım, “suç tipine ilişkin normun kapsamı ve koruma amacı”ndan hareket etmektedir. Aşağıda ayrıca ele alınacak bu çözüm önerisine, mahkemeyi etkileyen yönüyle burada kısaca yer vermek faydalı olacaktır. *Roxin*'e göre objektif isnadiyet, iki değil üç aşamalıdır. Normalde izin verilen riskin sınırları dışında kalan bir tehlikenin neticede gerçekleştirilmesiyle objektif isnadiyetin de mevcut olduğu sonucuna varılır. Ancak bu kural olarak doğru ise de ortaya çıkan netice, ilgili suç tipini öngören normun koruma amacı ve kapsamı içerisinde değilse, diğer bir ifadeyle suç tipine ilişkin norm incelemeye konu olan türde bir olayın meydana gelmesini engelleme amacı taşımıyorsa artık bu netice “objektif tipikliğe” isnat edilemeyecektir.⁴⁰³ Nitekim *Roxin*'e göre; taksirli öldürmeye ilişkin m. 222 ve m. 230'da öngörülen suç tipleri, intihar eden bir kişinin eylemine taksirli katkı sunanların engellenmesini de kapsayan bir amaç taşımamaktadır. Ancak koruma amacının bu şekilde sınırlandırılması, genel geçer bir rücu yasağına da dayanmamaktadır. Buradaki sınırlama kanun koyucunun, kasıtlı katkılar da dahil, mağdurun kendi sorumluluğunda gerçekleştirilen bir intihara katkı sağlayan davranışların cezasız kalması yönündeki değer yargısına ve bu konudaki tercihine dayanmaktadır.⁴⁰⁴ Bu bağlamda kasten yahut taksirle öldürmeye ilişkin suç tiplerinin; intihar olaylarını engelleme amacı taşımadığı kabulünden hareketle, bu suç tiplerinin kapsamına yönelik bir sınırlama yapılmaktadır.

⁴⁰¹ BGH'nin bu kararıyla birlikte öğretide artık geçerliliğini kaybettiği düşünülen “rücu yasağı” yahut “nedensellik bağının kesilmesi” şeklinde ortaya konulan yaklaşımların da yeniden gündeme geldiği ifade edilmektedir. Spindel, Günter, “Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung”, *JuS*, 1974 (12), sa. 749-756, (Spindel, *JuS* 1974) s. 749. Zira mahkeme, yıllardır kasıtlı bir eyleme taksirli katkının cezalandırılmayacağı tezini savunan bu iki yaklaşım ile nihayetinde aynı sonuca ulaşmış görünmektedir.

⁴⁰² Aynı yönde bkz. Claus Roxin, “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten” in: *Festschrift für Wilhelm Gallas*, De Gruyter, Berlin, 1973, sa. 241-260, (Roxin, Schutzzweck), s. 244.

⁴⁰³ *Roxin/Greco*, § 11, kn. 106 ff.

⁴⁰⁴ *Roxin*, Regreßverbot, s. 185 vd.

Bu değerlendirmelerin BGH tarafından da benimsendiğini söylemek mümkündür. Hatta yüksek mahkeme, sadece intihar için değil kendini tehlikeye atma bağlamında gündeme gelen olaylarda da benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Zira bu tür olaylar, öldürme ve yaralama suçlarının tipikliği kapsamına girmemektedir.⁴⁰⁵ Buna göre kendini tehlikeye atma, mağdurun kendi sorumluluğu altında istediği ve bizzat gerçekleştirdiği bir eylem olarak ortaya ıkmiş ve bu şekilde alınan risk mağdurun ölmesi yahut yaralanması şeklinde gerçekleşmişse, burada artık AlCK'da yaralama ve öldürmeye ilişkin suç tiplerine (kasıtlı yahut taksirli) dahil edilemeyecek bir olay gündeme gelmiştir. Dolayısıyla kendini bu şekilde tehlikeye atan bir kişinin eylemine *yalnızca neden olan, bunu mümkün kılan veya teşvik eden* kimseler yaralama veya öldürme suçlarından sorumlu tutulamazlar.⁴⁰⁶

Bu değerlendirmeler ışığında yüksek mahkeme, birlikte uyulurucu madde kullanan iki arkadaştan birinin aşırı dozdan ölmesi olayında, eroinin vcoda enjekte edilmesi için kullanılan şiringaları temin eden sanığın, taksirle öldürme suçundan mahkmiyetini hukuka aykırı bulmuştur. İlgili olayda ölen kişi, arkadaşı olan sanıktan, kendisinde eroin olduğunu söyleyerek beraber kullanmaları için şiringa temin etmesini ister. Bu şiringaların sanık tarafından temin edilmesi sonrasında bir araya gelen iki arkadaş, ölen tarafından hazırlanan eroin dozlarını şiringayla kendilerine enjekte ederler. Bunun zerine ikisi de bilincini kaybeder ancak kendisinde eroin bulunan kişi aşırı dozdan ölür. Yüksek mahkemeye göre, sanığın şiringaları temin etmesi ve eroinin kullanımında lenle birlikte hareket etmesi sebebiyle, mahkûmiyet kararında nedenselliğin ve öngörülebilirliğin mevcut olduğuna yönelik yapılan tespitler, sanığın cezai sorumluluğunda belirleyici değildir. Burada belirleyici olan nokta, mağdurun kasten ve kendi sorumluluğu altında yani zgr iradesiyle isteyerek kendini tehlikeye atmış olması ve sanığın *yalnızca* böyle bir sürece katılmış olmasıdır. Bu husus dikkate alındığında, sanığın ölüm neticesi bakımından nedensel bir katkı sunduğu yahut olay sırasında hareketinin nedenselliğini öngörebilecek durumda olduğu belirlense bile meydana gelen ölüm neticesinden taksirle sorumlu tutulması mümkün olmaz.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ BGHSt 32, 262.

⁴⁰⁶ Yüksek mahkemeye göre burada -intihar olaylarından farklı olarak-, mağdurun isteyerek içine girdiği riskin gerçekleşmeyeceğini umması yahut bu riskin gerçekleşmeyeceğine güvenmesi söz konusu olabileceksede bunun hukuken bir sonuç doğurması beklenemez. Zira burada mağdur, olası sonuçlarını tahmin ederek gerçekleştirdiği tehlikeli davranış ile bu tehlikenin zarar neticesine dönüşmesi riskini de üzerine almaktadır. (BGHSt 32, 262)

⁴⁰⁷ BGHSt 32, 262. Bu karardaki tespitler, çalışmamız bakımından oldukça önemlidir. Zira kararda bahsi geçen asgari şartları yerine gelmediği takdirde zaten taksirli davranıştan veya haksızlığın netice unsurundan bahsedilemeyecektir. Mağdurun şahsi sorumluluğu aslında tam olarak intihar neticesinin öngörülebilir olduğu durumlarda önem arz eden bir husustur. Bu bağlamda intiharın öngörülebilir olmadığı bir durumda neticenin "*kaza ve tesadüfün eseri*" olarak kabul edileceği yönünde bkz. Gökcen, Ahmet "Taksirle lme Sebebiyet Verme", BÜHFD, 2018, 4(7), sa. 21-66, s. 35.

Mahkemeye göre somut olayda sanık; öngörülebilir bir ölüm neticesi bağlamında yükümlülüğe aykırı ve nedensel bir şartı yerine getirdiği için sorumlu tutulursa, AİCK m. 15 ve 18’de ifade edilen kast ve taksir arasındaki derecelendirme ilişkisine aykırı bir cezalandırma ortaya çıkar. Zira kanun, intiharda olduğu gibi mağdurun kendi sorumluluğu altında kendine zarar vermesine yahut karara konu olaydaki gibi kendini tehlikeye atmasına kasten katkıda bulunan kişileri cezalandırmamaktadır. Mahkeme buna ilaveten gerek kasıtlı gerekse taksirli katkıların cezalandırılmamasını, kendine zarar verme yahut kendini tehlikeye atma şeklindeki olaylarda, bağlantı kurulacak ana eylemin eksikliği üzerinden de reddetmektedir.⁴⁰⁸

Ancak mağdurun sorumluluğuna ilişkin öğretinin gelişmediği dönemlerde aynı mahkeme, iki arkadaşın gece vakti alkollüyken bir caddede motor yarışı düzenlediği ve yarışanlardan birinin kendi hatalı sürüşü nedeniyle motosikletini devirerek hayatını kaybettiği olayda, mağdurun kendi sorumluluğu altında bizzat kendisini tehlikeye atmasına itibar etmeyerek, “öldürmeye ilişkin bir rızaya geçerlilik tanınamayacağı” değerlendirmesini yapmaktaydı.⁴⁰⁹ Yeni öğretinin gelişimiyle beraber artık bir başkasının hakimiyetinde gerçekleşen riskli eyleme rıza göstermek (*einverständliche Fremdgefährdung*)⁴¹⁰ ile mağdurun bizzat sürece hakim olduğu ve kendisini özgür iradesiyle tehlikeye attığı durumlar (*eigenverantwortliche Selbstgefährdung*) birbirinden ayrı değerlendirilmektedir.⁴¹¹

Bu değerlendirme takip edilecek olursa aynı durum intihar olayları için de geçerli olacaktır. Dolayısıyla intihar olayı üzerindeki hakimiyet son ana kadar mağdurda değilse,

⁴⁰⁸ Benzer bir olayda mahkeme açıkça, mağdurun kendi sorumluluğu altında istediği ve gerçekleştirdiği bir tehlikeye taksirli yahut kasıtlı bir şekilde katkı sunan kimselerin, ana eylemin (Haupttat) eksikliği nedeniyle cezalandırılmayacağını temel prensip olarak kabul etmiştir. BGH, 1 StR 200/84, 07.08.1984.

⁴⁰⁹ Kararda trafik düzenlemelerinden hareketle böyle bir yarışa katılmanın, özen yükümlülüğüne aykırı olduğundan ve sanığın böyle bir yarışa katılmaması ihtimalinde ölüme yol açan kazanın yaşanmayacağından hareketle sanığın davranışının nedensel olduğu, öngörülebilir ve kaçınılabılır bir neticeye yükümlülüğe aykırı bir şekilde sebebiyet verildiği, mağdurun bu tehlikeyi kabul etmesinin temelinde yatan rızanın, öldürme eylemi üzerinde bir etki göstermediği değerlendirilerek sanığın taksirle öldürmeden mahkûmiyeti onanmıştır. BGHSt 7, 112, 25.01.1955. Öğretide *Puppe*, bugün artık hâkim görüş haline gelen ve mağdurun sorumluluğunu esas alan yeni doktrin ışığında aynı davanın görülmesi halinde, sanığın taksirle öldürme suçlamasından beraat edeceği tespitinde bulunmaktadır. **Puppe**, AT, § 6 kn. 4.

⁴¹⁰ Hız sınırı olmayan otoyolda hız testi adı altında yarış yapılan bir olayda, araçlarda yolcu olarak bulunan ve yarışların start işaretini veren kişilerin durumu bu kapsamda değerlendirilmektedir. Burada olayın gidişatı üzerinde kimin hakimiyeti olduğu belirleyicidir. Araba yarışı sırasında hayati risk doğuracak tehlikeli manevralar sürücüler tarafından gerçekleştirildiğinden, araçlardaki yolcuların bu tür bir sürüşe rıza göstermelerine geçerlilik tanınmamaktadır. Bu olayda kendini tehlikeye atma değil, bir başkasının yarattığı tehlikeye rıza gösterme söz konusudur. BGH’ye göre bu şekilde yaşam tehlikesi doğuran bir tehlikeye rıza göstermek ahlaka aykırı olup, bu rıza tehlikeyi gerçekleştireni sorumluluktan kurtarmaz. Bu değerlendirmelerle BGH, tehlikeli manevralar sonucunda gerçekleşen kazada, yolcunun hayatını kaybetmesi nedeniyle, sürücüyü ölümden sorumlu tutmuştur. BGH 53, 55, 20. 11. 2008.

⁴¹¹ BGH’nin içtihatlarındaki bu dönüşüme ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Vogel, Joachim/Bülte, Jens, in **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band 1**, (§§ 1- 18) 13. Bs., De Gruyter, Berlin, 2020) (**Vogel/Bülte**, in LK) §§ 15 kn. 234 vd.

burada artık mağdurun kendi sorumluluğu altında gerçekleştirdiği bir intihar değil, bir başkasının öldürme eylemine rıza göstermesi gündeme geleceğinden, bu ihtimalde artık rızaya geçerlilik tanınmayacağı ileri sürülebilir. Nitekim Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde görülen bir davada; kocası tarafından silahın boş olduğuna inandırılan sanığın, onun yönlendirmesiyle ve talebiyle silahı kocasının başına dayayıp ateş etmesi ve ölümüne sebebiyet vermesi, taksirle öldürme kapsamında değerlendirilmiştir.⁴¹² BGH'nin ilgili içtihatlarından hareketle olayı değerlendiren mahkeme, burada ölüm neticesinin mağdurun özgür iradesine dayanmasının, tek başına sanığın sorumsuzluğuna imkân vermeyeceğini vurgulamıştır. Zira olayın aynı zamanda mağdurun hakimiyetinde gerçekleşmesi gerekir. Mahkemeye göre bu tür olaylarda belirleyici olan nokta, mağdurun kendi ölümüyle sonuçlanan süreç üzerinde nasıl bir etki gücüne sahip olduğudur. Eğer bu sürecin kontrolü, mağdur tarafından bir başkasının eline bırakılmışsa, artık olay üzerinde fiil hakimiyeti o kişiye geçer. Ancak mağdur son ana kadar kendi kaderi hakkında karar verme özgürlüğünü elinde tutuyorsa, artık başkasının yardımı da olsa gerçekleşen ölüm intihar sayılmalıdır.⁴¹³ Bu gerekçelerle mahkeme, olayın koşulları dikkate alındığında eş olan sanığın, boş olduğunu düşünerek dahi olsa silahı kocasının başına dayayarak ateş etmemesi ve silahın dolu olabileceği ihtimalini hesaba katması gerektiğinden hareketle, davranışının taksir kapsamında ele alınmasına kanaat getirmiştir.⁴¹⁴

2.2.1.2. Yargıtay'ın Belirsiz Tutumu

Yargıtay içtihatlarında da -istikrarlı bir uygulama olmamakla beraber-, mağdurun kendi sorumluluğunun zaman zaman dikkate alındığı görülmektedir. Bu doğrultuda en önemli kararlardan birisi Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilmiştir. Mağdurun kendini

⁴¹² OLG Nürnberg, Ws 867/02, 18.9.2002.

⁴¹³ Dolayısıyla “cezalandırılmayan intihara yardım” niteliğindeki davranışlar ile mağdurun isteğiyle dahi olsa “başkasını öldürme” arasındaki sınır, bu kriterlere göre belirlenmektedir. Ölüme yol açan sürece, intihar eden dışında birinin hâkim olması halinde, artık kasıtlı yahut taksirli öldürme suçu gündeme gelmektedir. Aynı yönde BGH kararı için bkz. BGH, 5 StR 393/18, 03.07.2019, kn. 13.

⁴¹⁴ Öğretide *Roxin/Greco*, bu olay özelinde intihar edenin “dolaylı failliği”ni gündeme getirmekte ve ölüm neticesinin sanığa isnat edilemeyeceğini savunmaktadır. **Roxin/Greco**, § 11, kn. 129. Diğer taraftan bazı yazarlar ise intihar eyleminin suç olmadığını, bu nedenle başkasını kendi intiharında araç olarak kullanan kişinin dolaylı failliğinden bahsedilemeyeceğini ileri sürerek bu görüşe karşı çıkmaktadır. Ayrıca *Eisele*'ye göre; normalde de bir başkasını hataya düşürerek onu suçun işlenmesinde araç durumuna getiren kişinin dolaylı fail olması, araç olanın taksir sorumluluğunu dışlamamaktadır. Eğer düşülen hatada araç kişinin özensizliği etkili olmuşsa, tipik neticeden taksir sorumluluğu devam edecektir. Bu nedenle somut olayda, tüm sürece intihar edenin hâkim olduğu iddiası doğru kabul edilse dahi gereken özeni göstermeyen üçüncü kişinin taksir sorumluluğu dışlanmamalıdır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Eisele*, Jörg, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 6. Bs., W. Kohlhammer, Stuttgart, 2021, (*Eisele*, BT-I), kn. 196 ff. BGH ise yaşamına son vermek isteyen mağdurun, hileli hareketlerle sanığı araç konumuna indirdiği ve hayatına son verecek hareketi sanığa yaptırdığı durumlarda; aslında mağdurun sorumluluğu altında bir intiharin gündeme gelebileceğini prensipte kabul etmektedir. Ancak buna rağmen mahkeme, mağdur tarafından hileli davranışlarla yönlendirilen sanıkların birçok olayda, aldatıldığını ve “intihar aracı”na dönüştürüldüğünü kabul etmeyerek, taksirle öldürmeden hüküm kurulması gerektiği sonucuna varmaktadır. Bkz. BGH, 5 StR 66/03, 20.05.2003.

tehlikeye attığı bir olayda kurul, sanığın özen yükümlülüğüne aykırı bir biçimde öngörülebilir neticeye neden olduğu bir olayda, mağdurun sorumluluğunu dikkate alarak beraat yönünde karar vermiştir. Olayda bir basketbol sahasındaki eğik potaya asılarak, potanın üzerine devrilmesi sonucunda hayatını kaybeden bir lise öğrencisinin ölümünden dolayı, bu potanın tamirini üstelenen sanığın, taksirle öldürme suçuna ilişkin ceza sorumluluğu tartışılmıştır. Mahkemenin kararında mağdurun şahsi sorumluluğunu dikkate alan şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

*“25.08.1984 doğumlu lise öğrencisi olup olay tarihinde davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olduğuna ilişkin de kuşku bulunmayan P. J.’ın, olay günü arkadaşlarıyla geldiği basketbol sahasında oynayabileceği başka sağlam potalar varken, olağan dışı bir şekilde eğik duran ve yerle bağlantı noktasındaki asfalt kazılarak kullanılamayacak bir görüntüye kavuşturulan, bununla da yetinilmeyerek demir bir boruyla desteklenen ve devrilmeye elverişli bu durumu itibarıyla da asılmanın tehlikeliliğini her gözleyene açıkça gösteren potanın çemberine koşarak gelip asıldığı ve tümüyle kendi kusurlu hareketi sonucu potanın kendi üzerine düşmesine sebebiyet verdiği sabittir. Bu tür bir oluştta başkalarının müterafik kusurunun varlığını ve etkinliğini aramak ve ceza sorumluluğunu bu dağılımla belirlemek isabetli değildir. Ölenin **bizatihi kendi kusurlu eylemiyle** gerçekleşen bu olaydan dolayı sanığı cezaen sorumlu kabul etmek olanaksızdır.”⁴¹⁵*

Mahkeme bu kararda, mağdurun yaşına ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine referans yaparak, aslında gerçekleştirdiği tehlikeli davranışın anlam ve sonuçlarını algılayabilecek ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirebilecek durumda olduğunu tespit etmektedir. Böyle bir tespit neticesinde mahkeme, artık sanığın özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin bir önemi kalmadığını vurgulamaktadır. Bunun altında yatan düşünceyi yukarıdaki değerlendirmelerimize paralel bir şekilde izah etmek mümkündür. Buna göre olayda sanık, özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışla ölen açısından bir tehlike yaratmış olsa da burada ölüme neden olan risk tamamen mağdurun sorumluluk alanında gerçekleşmiştir.⁴¹⁶ Nitekim kararda bu hususa özel olarak vurgu yapılmıştır. Buna göre; *“taksirli suçlarda nedensellik bağının varlığının kabulü için, failin hareketinden bağımsız bir etkenin sonuca tek başına neden olmaması gerekir. Sonucun tamamen mağdurun kusurlu hareketinden kaynaklanması halinde bir başkasını bu sonuçtan sorumlu tutma olanağı bulunmamaktadır.”* Mahkeme burada hatalı

⁴¹⁵ CGK., E. 2007/192 K. 2007/211 T. 16.10.2007. (Pota Kararı)

⁴¹⁶ Öğretide Gökçen, kararda mağdurun sorumluluğuna ilişkin tespitleri, objektif isnadiyet kapsamında ele almıştır. Buna göre karara konu olayda riski üstelenen kişi bizzat mağdur olduğundan, meydana gelen ölüm neticesi sanığa objektif olarak isnat edilemez. Bkz. Gökçen, s. 41.

olarak nedensellik üzerinden bir değerlendirme yapmış olsa da kararda mağdurun kendi sorumluluğunun vurgulanması önemlidir.

Mağdurun kendini tehlikeye attığı bir olaya ilişkin yüksek mahkeme tarafından yapılan bu değerlendirmelerin, intihar olayları için de evleviyetle geçerli olması beklenir. Zira intihar eden kişi, kendini tehlikeye atandan farklı olarak doğrudan bu neticeyi gerçekleştirmek amacıyla hareket ettiğinden, intihar edeninin kendi sorumluluğuna daha çok önem verilmelidir. Ancak Yargıtay kararları incelendiğinde, *Pota Kararı*'nda “*mağdurun biziatihi kendi kusurlu eylemi*” üzerinden mağdurun sorumluluğuna ilişkin benimsenen yaklaşımın, intihar olaylarında istikrarlı bir şekilde takip edildiğini söylemek güçtür. Böyle olunca da gerek ölüm neticesine ilişkin taksir sorumluluğunun reddedildiği gerekse taksirle öldürme suçundan mahkûmiyet yönünde kanaate varıldığı davalarda, modern taksir öğretisi açısından isabetli olmayan gerekçelere dayanılmaktadır.⁴¹⁷

Bu çerçevede yüksek mahkeme, intihar nedeniyle meydana gelen ölüm neticesinden sanığın sorumlu olmayacağına kanaat getirdiği kararlarda; genellikle sanığa yüklenecek bir kusurun olmadığı, taksirin unsurlarının meydana gelmediği, bazen de nedensellik bağının bulunmadığı argümanlarını kullanmaktadır. Nitekim “*sanığın eve geldiği, üzerinde bulunan ruhsatlı tabancasının salondaki sehpanın üzerine koyduğu, akabinde sanıkla ölen arasında ailevi nedenlerden dolayı tartışma yaşandığı, tarafların daha sonra kavgalarına son verdiği, sanığın tartışma sonrasında mutfağa geçtiği, ölenin de sehpa üzerinde bulunan tabancayı alarak çocuk odasına geçtiği ve intihar ettiği*” bir olayda taksir sorumluluğu bu gerekçelerle reddedilmiştir.⁴¹⁸ Mahkemeye göre sanığın yargılamaya konu eylemi, intihar edeninin kolayca

⁴¹⁷ İntihar bağlamında ilgili kararları tartışmaya geçmeden önce, burada yüksek mahkemenin genel olarak taksirin yapısına ilişkin nasıl bir yaklaşım benimsediğini ortaya koymakta yarar vardır. Zira taksirli suçların yapısına ilişkin takip edilen öğretisi, yapılan değerlendirmelerin anlaşılmasına imkân sağlayacaktır. Burada intihara ilişkin incelenen kararlarda görüleceği üzere yüksek mahkeme, taksirli suçun tüm unsurlarını kusurluluk üzerinden değerlendirmektedir. Zira üzere yüksek mahkemenin etkisinde olduğu klasik suç teorisine göre taksir bir kusur şeklidir. Buna göre haksızlığın tespitinde hiçbir subjektif unsura yer verilmeyeceğinden, intihar olaylarında üçüncü bir kişinin davranışıyla ölüm neticesi arasında nedensellik bağı varsa, bu tespit suçun tipikliğinin gerçekleşmiş olması bakımından yeterli görülmektedir. Tipik haksızlığın tespitinden sonra taksire ilişkin tüm unsurlar ise kusurluluk başlığı altında incelenmektedir. Bu çerçevede özen yükümlülüğünün ihlali, öngörülebilirlik ve kaçınılabilirlik bağlamında yapılacak tüm incelemeler kusurluluğa etki etmektedir. Bu nedenle incelediğimiz kararlarda yüksek mahkeme, intihar olaylarıyla ilgili sanıkların kusurlu olmadığını tespit ettiğinde, taksirin hangi unsuruna ilişkin bir eksikliğe işaret edildiği anlaşılmadığından, sağlıklı bir inceleme imkânı oluşmamaktadır. Ancak günümüzde modern taksir öğretilerinin isabetli olarak üzerinde uzlaştığı en önemli nokta, objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın, taksirli suçun tipikliği içinde değerlendirilmesidir. Bu çerçevede Yargıtay'ın, taksir incelemesini hala tamamen kusurluluk üzerinden yapması eleştirilmelidir. Dolayısıyla kararlara ilişkin değerlendirmelerimizde; bu temel farklılığın göz önünde bulundurulması gerekir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda 1.1.1.)

⁴¹⁸ Yarg. 1. CD, T. 15.12.2014, E. 2013/4880, K. 2014/6168. (*Sehpa Kararı*), (erişim tarihi: 05.06.2024), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

erişebileceği bir şekilde silahın sehpa bırakılmasından ibaret olup, bu eylem hem taksirli suçun unsurlarını oluşturmamakta hem de ölüm neticesiyle sanığın eylemi arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır. Kararda taksirli suçun hangi unsurunun eksik olduğuna işaret edildiği belli değildir. Aynı belirsizlik sanığa yüklenebilecek herhangi bir kusurun olmadığı yönünden verilen beraat kararları için de geçerlidir.⁴¹⁹ Sehpa kararında mahkemenin dikkate almış olabileceği bir durum da intiharın öngörülebilirliğidir. Zira olayın meydana geliş biçimi çok sınırlı bir şekilde tarif edildiğinden, intihar olayının öngörülebilirliği noktasında farklı değerlendirmeler yapılabilir.

Nitekim yüksek mahkeme, sanığın mahkumiyetini gerekçelendirirken kimi olaylarda intihar neticesinin öngörülebilirliğini yeterli görmektedir. Bu bağlamda “*polis memuru olarak görev yapan sanığın, son 5-6 yıldır depresyon hastası eşi ile eşinin babasının köyde bulunan evine gittikleri, sanığın silahını yanında dolu şarjörü ile birlikte odalardan birinde koltuğun üzerine bıraktığı, ev halkı balkonda ve bahçede bulunurken ölenin eve girip eşinin koltuk üzerinde bulunan silahına şarjörü takıp başına bir el ateş ederek öldüğü*” olayda; sanığın bilinçli taksirle öldürme suçundan mahkumiyetinde hukuka aykırılık görülmemiştir. Mahkemeye göre sanık; aynı gün rahatsızlığı nedeniyle psikiyatri bölümünde muayene olan ve doktorun yatış önerisine rağmen bunu istemeyen ve daha önce de iki kez kendi silahıyla intihara teşebbüs eden eşinin, hastalığının aktif döneminde olması nedeniyle yeniden intihara teşebbüs edebileceğini “*öngörebilecek*” durumdadır. Buna rağmen eşinin erişebileceği şekilde silahını odada bırakan sanık, ölüm neticesinden sorumludur.⁴²⁰ Burada intihar edenin depresyon hastalığı, mağdurun irade veya algılama kabiliyetine etki edecek bir durum olabilir. Ancak her depresyon hastasının intihar eylemini algılayamayacak durumda olduğunu kategorik olarak söylemek mümkün değildir. Somut olayda intihar eden kişinin, hastalığı nedeniyle intihar eyleminin anlam ve sonuçlarını algılayamadığına ilişkin bir tespit yer almamakta ve mahkûmiyet kararı da bununla ilişkilendirilmemektedir. Ancak intihar edenin algılama ve irade

⁴¹⁹ “İnfaz ve koruma memuru olan sanık ile onun kız arkadaşı olan ölenin zaman zaman görüştükleri, olay günü de sanığın vardiya çıkışı maktûlü arabayla alarak şehrin dışında bir yere götürdüğü, sanığın alkol aldığı daha sonra zati silahıyla ölene bir kaç el ateş ettirdiği, tabancanın tutukluk yaptığı, sanığın tabancanın içine sıkışan mermiyi çıkardığı bu arada birkaç merminin yere düştüğü, ölenin düşen mermilerden birisini alıp sakladığı, sanığın tabancayı taşın üstüne bıraktığı, bu arada ölenin sanıktan araçtan sigara getirmesini istediği, sanığın sigara almak için araca gittiği, ölenin ise taşın üzerinde duran tabancaya sakladığı mermiyi takıp kafasının sağına bir el ateş ederek intihar ettiği olayda; 31 yaşındaki Şenay’ın, sanığın açık alana bıraktığı silahı alarak intihar etmiş olması karşısında, sanığa yüklenebilecek herhangi bir kusur bulunmadığından” Yarg. 1. CD., T. 20.11.2014, E. 2013/1555, K. 2014/5435, (erişim tarihi: 05.07.2023), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

⁴²⁰ Yarg. 12. CD., T. 16.5.2014, E. 2013/21595, K. 2014/12058, (erişim tarihi: 05.07.2023), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

yeteneği noktasında şüphe ortadan kaldırılamıyorsa, bu durum sanık lehine sonuç doğurmalıdır.⁴²¹

Bununla ilişkili olarak Yargıtay'ın, çocuk veya akıl hastalarının intiharıyla ilgili içtihatlarına kısaca göz atmakta yarar vardır. Yüksek mahkeme, intihara meyilli şizofreni hastasının yatırıldığı bakım evinde hastanın güvenliğine ilişkin önlemlere yeterince riayet edilmemesi sonucunda intihar ettiği bir olayda, bakım evinin görevlisi ve yöneticisi olan sanıkların taksiri olmadığına karar vermiştir.⁴²² Yine aynı şekilde 15 yaşındaki çocuğun, evde duvara asılı halde bulundurulmuş tüfekle hayatına son verdiği bir başka olayda, ölümün taksirli bir eylem sonucunda gerçekleşmediği ve silahın sahibi sanık amcaya kusur atfedilemeyeceği değerlendirilmiştir.⁴²³ Kararda ayrıca 15 yaşındaki çocuğun, farik ve mümeyyiz olduğuna, akıl hastalığına ilişkin bir iddia olmadığına ve ölümün intihar amaçlı eylem sonucunda gerçekleştiğine işaret edilerek aslında mağdurun şahsi sorumluluğu kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtay'ın kararlarında istikrarlı bir uygulamadan bahsedilememektedir. Mahkemenin taksir dogmatikliğinde klasik suç anlayışına bağlı kalmasıyla birlikte somut vaka tespitlerine yeterince yer vermemesi sağlıklı bir inceleme yapılmasını

⁴²¹ Nitekim benzer durumlarda BGH'nin uygulaması bu şekildedir. Bkz. BGH, 14-02-1984 - 1 StR 808/83, (NJW 1984, 1470). Öğretide Doğan, intihar özelinde bir inceleme yapmasa da mağdurun kendi yükümlülüklerine aykırı davrandığı yönünde gündeme gelecek şüpheyi, “nedensellik bağlantısı ve objektif isnadiyetle kuşku” başlığıyla incelemiştir. Bu noktada riskin yükseltilmesi teorisini benimseyen yazar, teorisinin sanık aleyhine genişlettiği cezalandırmayı “in dubio pro reo” ilkesiyle uyumsuz gören yaklaşıma karşı çıkmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Doğan, Koray, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanırlı İlkesi "in dubio pro reo"**, 2. Bs., Seçkin, Ankara, 2018, (Doğan, Kuşkudan), s. 200, 201.

⁴²² “intihara meyilli olan ölenin 12 nolu odada 6.katta kaldığı, söz konusu bakım ve rehabilitasyon binasının 7 katlı olduğu, suç tarihinde kaldığı odada yalnız olan ...'ün kalmakta olduğu odadan bir üst kat olan hastalara yemek yapılan mutfak kısmına çıkıp kendisini boşluğa bıraktığı zemine düşerek öldüğü, sanık ...'ın 2012 tarihinden beri adı geçen bakım merkezinde sosyal hizmet uzmanı olarak görev yaptığı, sanık ...'ün ise aynı bakım merkezinin sahibi ve sorumlu müdürü olduğu olayda; olay yeri görgü ve tespit tutanağına göre ölenin kaldığı odanın pencereleri demirli, balkon kapıları demirli ve kilitli olduğu, bakımevinde balkon ve pencerede korkuluk olmayan kısmın sadece mutfak kısmında bulunduğu, bakım evinin mutfak kısmında balkon ve pencerede korkuluk olmamasına rağmen ruhsat verilerek çalışmasının temin edildiği, sanıkların kusuru bulunmadığının kabul edildiği olayda; yapılan yargılama sonunda, yüklenen fiil açısından, sanıkların taksirinin bulunmadığı”, Yarg. 12. CD., T. 9.11.2021, E. 2019/11960, K. 2021/7734, (erişim tarihi: 05.02.2022), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

⁴²³ “Babasının kendisi 3 aylık iken vefatı ve annesinin de baba evine dönüp sonrasında tekrar evlenmesi nedeniyle bakımının anneannesi ve dedesi tarafından üstlenildiği dönemde, anneannesi ve dedesinin vefatından sonra da son 2 yıldır amcası olan sanığın yanında kalan ve o aile içinde büyüyen ölenin, olay tarihinde tanık beyanları ve 22.12.2010 tarihli olay yeri inceleme raporunda belirtildiği üzere, yaşadığı sanık amcasına ait kırsal bölgedeki - fiziki olarak da küçük olduğu anlaşılan- evin girişe göre sol odasında duvarda asılı duran sanığa ait tek kırma av tüfeğini aldıktan sonra, evin mutfak kısmındaki kütüklük tabir edilen fişek kabı içerisinden aldığı fişegi yerleştirdiği av tüfeğini intihar etmek amacıyla çene altına yerleştirip tetiği çekerek ateşlemesi suretiyle beyin doku harabiyeti ve beyin kanaması nedeniyle öldüğü olayda, ölenin olay tarihi itibarıyla farik ve mümeyyizlik yaşı olan 15 yaşında olması, akıl hastalığı veya zayıflığı olduğu yolunda bir iddia bulunmaması ve ölüm olayının taksirli bir eylem sonucu değil, ölenin intihar amaçlı eylemi sonucu gerçekleştiğinin anlaşılması ve uzun yıllardır yaşadığı evde bulunan tüfeğin ve fişeklerin yerini kolaylıkla bulabilecek durumda olması karşısında, sanığın yeğeni olan ölenin intiharını engelleyecek bir tedbir alma imkanı bulunmadığı, bu itibarla sanığa atfedilecek bir kusur bulunmadığı” Yarg. 12. CD., T. 7.3.2014, E. 2013/15118, K. 2014/5749, (erişim tarihi: 05.02.2022), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

güçleştirmektedir. Son tahlilde geniş taksirli fail anlayışını takip ettiği görülen mahkemenin, intihar olaylarında taksir sorumluluğunu reddederken açıkça taksirin diğer tüm unsurları mevcut olmasına rağmen sadece mağdurun şahsi sorumluluğunu dikkate alarak beraat kararı verdiğini söylemek güçtür. Özellikle “öngörülebilirlik” üzerinden verilen mahkûmiyet kararları, mahkemenin mağdurun şahsi sorumluluğuna özel bir önem atfetmediğini göstermektedir.

2.2.1.3. *Roxin*’e Göre Suç Tipinin Kapsamı ve Koruma Amacı

Mağdurun serbest iradesiyle gerçekleştirdiği intihardan dolayı taksir sorumluluğunu reddetmek için önerilen, “*tipikliğin kapsamı ve koruma amacı*” da aslında BGH’nin değerlendirmeleriyle paralellik göstermekle beraber, sorunu suç yapısı içinde açıkça objektif isnadiyet aşamasında ele almaktadır. Buna göre serbest iradeyle gerçekleştirilen bir intihara kasıtlı katkıları dahi cezalandırmayan hukuk düzeninde, taksirle öldürmeye ilişkin maddenin (AlCK m. 222) bu tür intiharları da önleme amacı taşıdığı söylenemeyecektir. Zira kanun koyucu intihar eylemine yapılan kasıtlı yahut taksirli katkıları cezalandırmama yönünde bir tercihte bulunmuştur. Eğer mağdurun sorumluluğunda gerçekleşmesine rağmen intihara taksirli katkı cezalandırılacak olursa hukuk düzeninde bir çelişki yaratılacaktır. Bu nedenle intihara yardım niteliğindeki hiçbir davranışın, kasıtlı yahut taksirli olması fark etmeksizin, öldürme suçlarının tipikliğini karşılamayacağı savunulmaktadır. Bu değerlendirmelerle objektif isnadiyet formülüne üçüncü bir kategori eklenmekte ve bu kategoride özel olarak mağdurun sorumluluğunda gerçekleşen neticeler, ilgili suç tipikliğinin dışına çıkarılmaktadır. Bu çerçevede izin verilmeyen bir riskin neticede gerçekleşmesiyle beraber, bu neticenin ilgili suç tipinin kapsamında olup olmadığı da incelenecek ve ancak bu son incelemeyle objektif isnadiyet tespiti yapılacaktır. Özetle objektif isnadiyet, izin verilen riskin sınırlarını aşan ve ilgili tipik suçun kapsamında olan bir tehlikenin fail tarafından yaratılması ve bunun gerçekleşmesi olarak özetlenmektedir.⁴²⁴

Burada bir yanlış anlaşılmanın önüne geçmek adına, “*tipikliğin kapsamı ve koruma amacı*” ile “*özen yükümlülüğüne ilişkin normun koruma amacı*” arasındaki farklılığa dikkat çekmek gerekir. Zira yaygın kabul edilen haliyle objektif isnadiyet kapsamında risk bağlantısını ortadan kaldıran hallerden biri olarak “normun koruma amacı” incelemesi, somut olayda fail tarafından ihlal edilen özen normunun, hangi neticeleri önleme amacı taşıdığını tespit etmek için yapılır. İhlal edilen özen normunun, somut olayda ortaya çıkan neticeyi önleme amacı taşımadığı tespit edilmişse, failin davranışı izin verilmeyen bir risk yaratmış olmasına rağmen

⁴²⁴ *Roxin/Greco*, § 11, kn. 49.

risk bağlantısının kesildiği değerlendirilir.⁴²⁵ Dolayısıyla bilinen şekliyle normun koruma amacı, objektif isnadiyetin tespiti bağlamında; izin verilmeyen riskin neticede gerçekleşmesi olarak değerlendirilen ikinci adıma denk gelmektedir. İntihara taksirli katkının “*tipikliğin koruma amacı*”na dahil olmadığını savunan görüş ise burada ihlal edilen özen normunu değil taksirle öldürme suçuna ilişkin tipik tarifi (AlCK m. 222) esas almaktadır. Buna göre somut olayda fail tarafından ihlal edilen özen normu, bizzat üçüncü kişilerin intiharını önleme amacına matuf olsa dahi intihara neden olma, taksirle öldürme suçunun koruma amacı ve dolayısıyla tipikliği kapsamında değerlendirilemez.⁴²⁶ Bu kabul Alman kanun koyucunun, intihara katkısı hiçbir şekilde cezalandırmama yönünde benimsemiş olduğu değer yargısına dayanmaktadır. Böylece bilinen şekliyle risk bağlantısını ortadan kaldıran “*normun koruma amacı*”ndan farklı olarak, suç tipinin kapsamını esas alan ayrı bir “koruma amacı” kategorisi oluşturulmuştur. Dolayısıyla izin verilmeyen riskin yaratılması ve bunun neticede gerçekleşmesi şeklindeki ilk iki inceleme kategorisine ilaveten, ilgili suç tipinin kapsamı ve koruma amacı bağlamında üçüncü bir filtrasyon alanı kabul edilmektedir. Mağdurun kendine zarar verdiği yahut tehlikeye attığı olaylar, tam olarak bu üçüncü kategori özelinde inceleme konusu yapılmaktadır.⁴²⁷

Objektif isnadiyet incelemesinde oluşturulan bu üçüncü filtrasyon yönteminin en önemli avantajı, intihara taksirle neden olmanın cezalandırılmaması üzerinden önemli bir zemin bulan rücu yasağı öğretilerine karşı, tutarlı bir argüman geliştirmiş olmasıdır. Buna göre; mağdurun kendi sorumluluğu altında hayatına son vermesi nedeniyle “taksirli fail”in cezalandırılmaması, taksirli davranışı takip eden kasıtlı bir müdahale (mağdur ya da üçüncü kişi) sebebiyle genel bir

⁴²⁵ Nitekim “normun koruma amacı” kapsamında gündeme gelen meşhur bisiklet olayında; iki tane bisikletli herhangi bir aydınlatma kullanmadan karanlık bir yolda arka arkaya hareket halindeyken öndeki, ters yönden gelen bir başka bisikletliyle çarpışmıştır. Eğer arkadaki bisikletli, dikkatli ve özenli bir sürücü olarak aydınlatma kullansaydı, çarpışan diğer iki bisikletli birbirini fark edecek ve kaza gerçekleşmeyecekti. Burada arkadaki bisikletlinin özensizce gerçekleştirdiği sürüşle diğer bisikletlinin bir başkasına çarpması riskini önemli oranda artırdığı söylenebilir. Ancak burada arkadaki bisiklet sürücüsünün aydınlatma kullanmasını emreden normun amacı, bu şekilde ilgili sürücünün kendi bisikletiyle kaza yapmasına engel olmaktır. Bu normun amacı, diğer sürücülerin yolunu aydınlatmak ve onların kaza yapmasını engellemek değildir. Dolayısıyla böyle bir kazada öndeki bisikletlinin ölmesi, arkadaki özensiz bisiklet sürücüsüne isnat edilemez. Bkz. **Roxin/Greco**, § 11, kn. 84; **Heinrich**, AT, kn. 1046. Görüldüğü üzere esasen normun koruma amacı, taksirle öldürme suçuna ilişkin tipik tarif üzerinden değil, somut olayda faile özen yükümlülüğü yükleyen özen normuyla tespit edilmektedir.

⁴²⁶ Bu nedenle **Roxin/Greco**, ilgili özen yükümlülüğünü öngören normun koruma amacıyla, suç tipini tarif eden normun koruma amacı arasında ayırım yapılması gerektiğini ileri sürmektedirler. İntihar bağlamında taksir sorumluluğu için gündeme gelecek olan, suç tipine ilişkin normun koruma amacıdır. Terminolojik olarak karışıklığa yol açmaması adına bu ikinci tür koruma amacının, “suç tipinin kapsamı” başlığı altında incelendiği özel olarak vurgulanmaktadır. Bu nedenle de çalışmamızda ilgili görüşü ifade etmek adına “*suç tipinin kapsamı ve koruma amacı*” başlığı kullanılmıştır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Roxin/Greco**, § 11, kn. 87, 106.

⁴²⁷ Türk ceza hukuku öğretisinde Ünver’in de bu yaklaşımı benimsediği söylenebilir: “... olaylarda yaralanmaya sebebiyet veren kimse, duruma göre taksirle veya kasten müessir fiilden sorumlu tutulabilirse de kendi yaşamı hakkında bizzat karar vererek ölümüne ilişkin tehlikeyi bizzat yaratan veya birlikte etkileyen kimsenin hareketi sonucunda doğan ölüm neticesi, ilgili suç tiplerinin koruma amacı içinde olmadığı için yaralama fiilinin failine isnat edilmemelidir.” Bkz. Ünver, Yener, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996, s. 399, 400.

rücu yasağına değil, taksirle öldürme suçunun intihar olaylarını engelleme amacı taşımadığı değerlendirilmesine dayanmaktadır. Böylece nedensel sürece üçüncü kişinin kasıtlı davranışının dahil olduğu durumların, neden farklı bir nitelik taşıdığı da “anlaşılabilir” olmaktadır. Dolayısıyla taksirli failin davranışından istifade ederek, mağdurun üçüncü kişi tarafından öldürülmesi, “suç tipinin kapsamı ve koruma amacı”ndan farklı bir değerlendirmenin konusu olacaktır. Zira bu ihtimalde artık taksirle öldürmeye ilişkin suç tipinin kapsamı dışında kalan bir durum söz konusu değildir.⁴²⁸ Bu ihtimalde üçüncü kişinin mağduru kasten öldürmesine, özensiz bir davranışla imkan sağlayan, yol açan “taksirli fail”in durumu, öncelikle eyleminin izin verilmeyen bir risk yaratmış olup olmadığıyla yakından ilgili bir sorundur.⁴²⁹ Böylece “taksirli fail” tarafından başlatılan nedensel sürece dahil olan iki farklı “kasıtlı” müdahale, objektif isnadiyet teorisinin sunduğu değerlendirme ölçütlerine göre, birbirinden farklı ancak kendi içinde tutarlı bir incelemeye konu edilebilmektedir.

“Suç tipinin kapsamı ve koruma amacı” bağlamında yapılan değerlendirmelerin ortaya çıkardığı ve özellikle Türk ceza hukuku bakımından özel bir açıklamayı şart koşan sonuç ise, intihar nedeniyle taksir sorumluluğunun kast sorumluluğuna bağlı hale getirilmesidir. Dolayısıyla intihara kasten yardım yahut yönlendirmeye ilişkin belli davranışları cezalandıran bir düzenleme öngörüldüğünde, kasıtlı ve taksirli suçlar arasında bu tür bir ilişkinin nasıl kurulacağı da belirsiz hale gelir.⁴³⁰ Nitekim Alman kanun koyucu, 2015 yılında intiharın düzenli olarak desteklenmesi bağlamında birtakım kasıtlı davranışları (AlCK m. 217) suç haline getirmiştir.⁴³¹ Ancak bu durum, intihar bağlamında taksir sorumluluğunun kabulü yönünde bir

⁴²⁸ Nitekim Roxin’e göre; eğer *Pistol Kararı*’na konu olayda silahla kendi hayatına son veren S, bu silahla başkasını öldürmüş olsa ve S’nin bu yöndeki planlarından daha önce haberdar olan sanık, buna rağmen silahını özensizce arabada bırakmış olsaydı artık üçüncü bir kişinin hayatının tehlikeye sokulması gündeme geleceğinden, kanun koyucunun değerlendirmesi de farklılaşırdı. Zira burada üçüncü kişilerin hayatlarının dikkatsizlik sonucunda tehlikeye sokulması durumu oluşacaktır. Böyle bir ihtimalde ise silahın, açıkça başkasını öldürmeye istekli olan birinin erişimine açık halde ortada bırakılması ile örneğin emniyet kilidi açık bırakıldığı için, yere düştüğünde kendiliğinden ateş alan silahın, başkasının ölümüne neden olması arasında, özen yükümlülüğüne aykırılık bakımından bir ayırım gözetilemezdi. **Roxin**, Schutzzweck, s. 244 vd.

⁴²⁹ Bu incelemede güven ilkesinin önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Buna göre herkes kural olarak üçüncü kişilerin kasıtlı bir suç işlemeyeceğine güvenerek hareket edebilir ve hukuk sistemi bu güvene geçerlilik tanımaktadır. Ancak kasıtlı suçun işlenmesine ilişkin belli emarelerin varlığı halinde artık izin verilmeyen riskin sınırlarının dışına çıkıldığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Roxin**, Regreßverbot, s. 185 vd.

⁴³⁰ Benzer yönde bkz. **Puppe**, AT, § 6 kn. 7.

⁴³¹ 2020 yılında Alman Anayasa Mahkemesi tarafından (BVerfG, 2 BvR 2347/15, 26.02.2020) iptal edilen düzenlemede, intihar edenlere *düzenli olarak* imkân sağlamak yahut aracılık etmek bağlamında bir takım seçimlik hareketler cezalandırılmıştır. Bu suç tipi bakımından önem arz eden noktaları kısaca özetlemek gerekir. Öncelikle suçun gerçekleşmesi için; failin, ilgili seçimlik hareketleri düzenli bir şekilde (*geschäftsmäßig*) gerçekleştirme kastıyla hareket etmesi gerekir. Dolayısıyla tekil bir olayda intihara yardım etmek bu suç tipinin kapsamına girmeyecektir. Diğer taraftan intiharı destekleyici hareketlerin ticari bir amaçla yapılması şart değildir. Zaten hükümet önerisindeki “intiharın ticari olarak teşvik edilmesi” (*Gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung*) yerine yasalaşan halinde “intiharın düzenli olarak teşvik edilmesi” (*Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*)

içtihat değişikliğine yol açmamıştır. Nitekim öğretide *Roxin/Greco*, bu yeni düzenlemeyle sadece intihara yardım mahiyetinde bazı katılım türlerinin cezalandırıldığını ve bunun sadece belli olaylarda gündeme gelebileceğini ileri sürerek, kanun koyucunun bu tercihinin, tipikliğin koruma amacı çerçevesinde yapılan değerlendirmelere hâlel getirmeyeceğini ileri sürmüştür.⁴³² Ayrıca intihara kasıtlı katkının dahi cezalandırılmaması üzerinden yapılan değerlendirmelerin, Türk ceza hukuku bakımından geçerli olamayacağı da ortadadır. Zira TCK m. 84/1’de intihara herhangi bir şekilde kasten yardım eden kişiler cezalandırılmaktadır. Bu husus dikkate alındığında sadece kasıtlı suçlar üzerinden bir derecelendirme yaparak TCK m. 85’teki “*taksirle bir insanın ölümüne neden olma*” yasağının, intihar eylemlerini önleme amacı taşımadığı yönünde bir sonuca ulaşılması mümkün görünmemektedir.

2.2.1.4. Mağdur Odaklı Yaklaşımlar ve İzin Verilmeyen Tehlikenin Reddi

Hakim öğreti içinde “intihara taksirli katkı”yı en başta izin verilmeyen tehlike olarak kabul etmeyen yazarlardan bazıları, ilgili olaylarda mağdurun kendisine sağlanan korumadan vazgeçtiğini ve artık korunmaya değer bir hukuki menfaatten bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda *Puppe*’ye göre “*hukuki değer sahibi, menfaat nesnesinin zarar görmesini veya yok edilmesini kendisi isterse, bu nesne artık hukuki değer taşıyıcısı olmaktan çıkar. Bu ihtimalde ilgili nesnenin bertaraf edilmesine katılan bir kimse, yasal bir menfaatin ihlaline iştirak etmiş sayılmaz*”. Yazar buradan hareketle kendini tehlikeye atma olayları için farklı bir değerlendirme yapmaktadır: “*Yasal koruma nesnesini sadece tehlikeye atan bir kimse ondan vazgeçmek istemez. Dolayısıyla bu nesnenin korunmasına ilişkin yasal olarak korunabilir menfaat hala mevcuttur ve onu korumaya yönelik özen yükümlülükleri var olmaya devam edebilir.*”⁴³³

Diğer taraftan bazı yazarlar ise mağdurun kendi kaderini tayin etme ve onun uzantısıyla “ölüm hakkı”nı dikkate alarak bu tür bir intihara yol açan davranışın izin verilmeyen tehlike kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda kapsamlı bir doktora çalışması yapan *Murmann*’a göre⁴³⁴ objektif isnadiyetin anlaşılması için temelindeki norm teorisi konseptinin

başlığı kullanılmıştır. Böylece kâr amacı gütmeyen bir organizasyonunun, intihara yardım kapsamındaki faaliyetleri de suç tipinin kapsamına dahil edilmiştir. Ayrıca bir kişinin, intihara yönelik hizmet sunan bir kuruluş ile intihar etmek isteyenler arasında düzenli aracılık faaliyeti yapması da suç kapsamındadır. Son olarak suç tipi için intihar teşebbüsünün meydana gelmesi aranmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eser, Albin/Sternberg-Lieben, Detlev, in **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 30. Bs., C.H.Beck, München, 2019, § 217 Rn. 10 ff.

⁴³² **Roxin/Greco**, § 11, kn. 107.

⁴³³ **Puppe**, AT, § 6, kn. 7. Krş. Frisch, Wolfgang, “Selbstgefährdung im Strafrecht Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten”, **NStZ**, 1992, sa. 1-7, s. 4 vd.

⁴³⁴ Murmann, Uwe, **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**, Springer, 2005, (Murmann, Selbstverantwortung), s. 326, 333.

göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre öncelikle davranış normlarıyla yaptırım normları birbirinden ayrılmalıdır. İkincisine dahil olan ceza kanunu hükümleri, hâkime belli yanlış davranışları nasıl cezalandırması gerektiği yönünde talimatlar içerir. Davranış normları ise hukuken koruma altındaki değerlerin korunması için hangi davranışların emredildiği veya yasaklandığını ortaya koyar. Bu çerçevede sadece belli özel nitelikteki davranış normu ihlallerini cezalandıran ceza hukuku, davranış normlarına karşı ikincil bir fonksiyon ifa etmektedir. Netice suçlarının temelinde yatan davranış normları da tipik neticenin ortaya çıkmasını engellemeye hizmet ettiğinden bu suçlarda ceza hukuku anlamında önemli davranış normu ihlali, suç tipiyle korunan hukuki değer yönünden hukuken izin verilmeyen riskin yaratılması anlamına gelir. Bu tür bir riskin yaratılması suçun objektif hareket haksızlığını oluşturur.⁴³⁵

Bu temelde intihar olaylarını inceleyen yazar, taksir sorumluluğunun reddi için BGH tarafından benimsenen “*kasten gerçekleştirilseydi kasıtlı failliği gündeme getiremeyecek bir davranışın, taksirli failliği de izah edemeyeceği*” düşüncesine itiraz etmektedir. Kasttaki faillik kabulüyle paralellik kuran bu düşünce; intihar olaylarında özensiz hareket eden kişinin fenomenolojik durumunu yani olaydaki dışsal rolünü dikkate alarak cezasızlığı bir anlamda hakimiyet eksikliğiyle izah etmeye çalışmaktadır.⁴³⁶ Oysa bundan önce üçüncü kişinin davranışının, mağdurun sorumluluğu dikkate alındığında yasaklanan veya yasaklanabilen bir davranış teşkil etmemesi belirleyicidir. Zira kendi kaderini tayin hakkına uygun olduğu sürece mağdurun kendine zarar vermesi riskini yaratan veya bu riski artıran davranışlara hukuken izin verilmektedir. Dolayısıyla mağdurun kendine muhtemelen zarar verecek olması, üçüncü kişilerin buna yönelik davranışlarına yasak getirilmesi için meşru bir dayanak oluşturmaz.⁴³⁷

Burada önce suça dahil edilen sonra somut bir olumlama ile izin verilir hale gelen bir davranış değil genel olarak izin verilen bir davranıştan bahsetmek gerekir. Zira üçüncü kişilerin, mağdurun kendi tasarrufunda zarar verme eylemine zemin hazırlaması veya bunu kolaylaştırması, ancak mağdurun bizzat gerçekleştirebileceği bir tasarruf imkânı sağladığı gerekçesiyle bu tasarruf ihtimaliyle bağlantılı olarak genel bir yasağın konusu yapılamaz. Dolayısıyla burada “*potansiyel mağdurların kendi kaderini tayin hakkı*”na dayanan genel bir izinden bahsedilmelidir.⁴³⁸ Bu çerçevede ikincil nitelikteki yaptırım düzeni olan ceza hukukundan önce birincil düzen mahiyetindeki davranış düzeni açısından, mağdurun kendi

⁴³⁵ **Murmann**, Grundkurs, § 23, kn. 29.

⁴³⁶ **Murmann**, Selbstverantwortung, 333.

⁴³⁷ **Murmann**, Selbstverantwortung, 326, 333.

⁴³⁸ **Murmann**, Selbstverantwortung, 326, 335.

tasarrufunda olanı gerçekleştirmek için istifade edebileceği davranışlarda bulunmak, hukuken izin verilmeyen bir tehlike oluşturmamaktadır. Birincil düzenin izin verdiği bir davranış, ceza hukuku bağlamında tolere edilemeyen bir tehlikeliliğin konusu olamaz.⁴³⁹

Özetle *Murmann*'a göre Alman Anayasası'nda koruma altına alınan yaşama hakkı, bir yaşama yükümlülüğü olarak yorumlanamaz. Burada hakkın sahibine karşı yaşama hakkının korunması değil, hakkın sahibi için bir koruma söz konusudur. Yazara göre Alman Anayasa Mahkemesi'nin ölüm hakkı bağlamında yakın zamanda ortaya koyduğu değerlendirmeler de yaşama hakkının bu yönünü tespit etmektedir. Bu çerçevede herkesin kendi kişiliğini özgürce gerçekleştirme hakkı ve insan onurunun korunması temelinde genel kişilik hakları; kendi kaderlerini tayin bağlamında bir ölüm hakkını da ihtiva eder. Dolayısıyla kişilerin serbest iradesine dayanan bir intiharı mümkün kılan davranış, intihar edenin yaşam hakkının engellenmesine ilişkin olarak hukuken izin verilmeyen bir risk yaratmamaktadır.⁴⁴⁰ Özetle intiharı mümkün kılan davranışa izin verilmesi, üçüncü kişilerin taksir yahut kastından bağımsız olarak, intihar edenin “ölüm hakkı”na dayandırılmaktadır.⁴⁴¹ Burada yazar, intiharı mümkün kılan davranışın, ikincil nitelikteki ceza hukuku normlarından önce aslında Alman hukuk düzeninde herhangi bir davranış normuna aykırılık oluşturmadığı kanaatindedir. Hukuk düzenince izin verilen bir davranış ise ceza hukuku özelinde izin verilmeyen risk incelemesine konu edilemeyecektir.⁴⁴²

Murmann'ın kendi görüşünü destekleyici olması itibarıyla atıf yaptığı kararda Alman Anayasa Mahkemesi⁴⁴³, AİCK m. 217'de düzenlenen “*intiharın sistematik olarak desteklenmesi*” (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung) başlıklı suç tipinin, anayasaya aykırılığını tespit ederken, “ölüm hakkı”na ilişkin çok önemli değerlendirmelerde bulunmuştur.⁴⁴⁴ Buna göre, Alman Anayasası ile korunan genel kişilik hakkı (m.2/1), insan onurunun dokunulmazlığına ilişkin 1. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, kişisel özerkliğin bir ifadesi olarak kendi kaderini tayin etme çerçevesinde gerçekleştirilen bir “ölüm hakkı”nı da kapsar. Bu çerçevede bireylerin, yaşam kalitesi anlayışına ve varlığının kendisi için ifade ettiği anlama uygun olarak hayatına son verme yönünde aldıkları kararlar, özerk bir şekilde kendi kaderini tayin etmenin bir yansıması mahiyetinde görülerek, devlet ve toplum tarafından

⁴³⁹ *Murmann*, Selbstverantwortung, 326, 335.

⁴⁴⁰ *Murmann*, Grundkurs, § 23, kn. 76.

⁴⁴¹ *Murmann*, Selbstverantwortung, 335 ff.

⁴⁴² *Murmann*, Selbstverantwortung, 335 ff.

⁴⁴³ BVerfG, 2 BvR 2347/15, 26.02.2020

⁴⁴⁴ BVerfG, 2 BvR 2347/15, 26.02.2020.

saygıyla karşılanmalıdır. Bu değerlendirmelerle mahkeme, m. 217/1'in Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴⁴⁵

2.2.1.5. Risk Bağlantısının Reddi

Son olarak hem Türk hem de Alman hukukunda yaygın bir eğilim, “suç tipinin kapsamı ve koruma amacı” gibi üçüncü bir inceleme kategorisi yerine yaratılan riskin, neticede gerçekleşmesi yani risk bağlantısı üzerinden sorumluluğu dışlamaktadır. Bu çerçevede mağdurun sorumluluğu ile risk bağlantısının ortadan kalktığı ileri sürülmektedir. Buna göre mağdurun serbest iradesine dayanan intihar olaylarında, öngörülebilir intihar neticesine rağmen, taksirli “fail”in özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarıyla *-Pistol Kararı*’nda olduğu gibi- izin verilmeyen bir risk yarattığı belirtilmektedir. Ancak mağdurun bilerek ve isteyerek kendi hayatına son verdiği bir durumda, ölüm neticesinde gerçekleşen esas tehlikenin, özensiz davranışla yaratılan tehlike olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu tür bir intiharın sonucunda meydana gelen ölüm neticesi, taksirli “fail”in eseri olarak görülemeyecektir.⁴⁴⁶ Zira mağdurun ölümünde gerçekleşen esas tehlike, taksirli “fail”in başlangıçta yaratmış olduğu tehlike değildir.⁴⁴⁷ Burada risk bağlantısı, neticede gerçekleşen riskin mağdura ait bir risk olması nedeniyle ortadan kalmaktadır. Failin eseri ile mağdurun eseri arasında sorumluluk alanlarının belirlenmesiyle bir sınır çizilmekte⁴⁴⁸ ve netice mağdurun risk alanına isnat edilmektedir.⁴⁴⁹ Buna göre mağdurun sorumluluğu, yaratılan riskin neticede gerçekleşmesine engel olmaktadır.⁴⁵⁰ Dolayısıyla bir davranış ancak mağdurun isteyerek ve kendi sorumluluğu altında kendine zarar vermesiyle beraber tipik bir neticeye neden oluyorsa, bu davranışın isnat edilebilirliğinden bahsedilemeyecektir. Burada sorumluluk alanlarının belirlenmesi kapsamında, herkesin öncelikle kendi davranışlarından sorumlu olması gerekliliğine işaret edilmektedir. Bu bağlamda mağdurun sorumlu olduğu riskler, diğerlerine yüklenemeyeceğinden, özen yükümlülüğüne aykırı davranarak intihara neden olan kişi, bu intihar öngörülebilir olsa dahi ölüm neticesinden sorumlu olmayacaktır.⁴⁵¹

⁴⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda 2.4.2.2.2.

⁴⁴⁶ Heinrich, AT, kn. 249, 252.

⁴⁴⁷ Baumann/ Weber/Mitsch/Eisele, § 10 kn. 101.

⁴⁴⁸ Rengier, § 13, kn. 60, 77.

⁴⁴⁹ Jescheck/Weigend, s. 288.

⁴⁵⁰ Türk ceza hukuku öğretisinde de -çoğu zaman intihar olaylarıyla ilgili doğrudan bir değerlendirme yapılmamakla beraber- mağdurun kendine zarar verdiği veya kendini tehlikeye attığı durumlarda, mağdurun kendi sorumluluğuna atıf yapılmak suretiyle objektif isnadiyetin reddedildiği görülmektedir. Bkz. Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, 221 vd; Gökçen, s. 40. Doğrudan intihar olayları üzerinden sorunu inceleyen Demirel, mağdurun sorumluluğunu, “normun koruma amacı” başlığı altında değerlendirmektedir. Demirel, Çifte Özen, 509 vd.

⁴⁵¹ Heinrich, AT, kn. 1047.

Risk bağlantısının kesilmesi üzerinden ortaya konulan bu değerlendirmelerin ulaştığı sonuç doğru olmakla beraber, gerekçelendirmenin risk bağlantısı üzerinden ortaya konulması geniş faillik kabulü içinde sorunlu bir yaklaşımdır. Zira burada suç tipine özgü izin verilmeyen bir tehlikenin ortaya çıktığı kabul edildikten sonra neticeyi mağdurun eseri olarak görmek, nedensel sürece üçüncü kişilerin kasıtlı bir davranışla müdahil olduğu benzer bir olayda ceza sorumluluğunun kabulünü güçleştirmektedir. İzin verilmeyen riskin yaratılması sonrasında (özen normunun koruma amacı bağlantısının varlığına rağmen) mağdurun nedensel sürece müdahalesi risk bağlantısını kesiyorsa üçüncü kişilerin kasıtlı müdahalesi de farklı bir sorumluluk alanını kabul etmeyi gerektirir. Zira taksirli bir davranışın yarattığı fırsattan istifade ederek başkasına kasten zarar veren failin eylemi de onun kendi sorumluluk alanında gerçekleşmiş olacaktır. Dolayısıyla risk bağlantısı üzerinden sorumluluk alanlarının belirlenmesi çerçevesinde, herkesin kendi davranışlarından sorumlu tutulması gerektiği kabulüne ulaşılsa, bu yaklaşım aşağıda ele alınacak genel bir rücu yasağına da kapı aralamış olur.⁴⁵² Rücu yasağının genelleştirilmesi ise taksirli suçlarda geniş faillik kabulüyle uyumlu değildir. Eğer mağdurun öz sorumluluğu öncesinde gerçekleştirilen özensizlik, taksirli davranışın tüm özelliklerini taşımasına rağmen mağdurun öz sorumluluğunda cezalandırılmaz hale geliyorsa bu sırf netice suçlarında da “*cezasız taksirli şeriklik*” (*straflose fahrlässige Teilnahme*) katkılarının olduğunu gösterir. Taksirli davranışların bu şekilde ayrılması; bu suçlarda sadece belli katkıların, fail haksızlığını karşılayabileceği düşüncesini haklı çıkarmaktadır.

Yukarıda yer verdiğimiz üzere AİCK’nun intihara kasıtlı yardım ve azmettirmeyi cezalandırmaması, mağdurun sorumluluğunda gerçekleşen bir intihara taksirle neden olmanın taksirle öldürme sayılmaması açısından bir referans noktası oluşturmaktadır. Dolayısıyla Alman ceza hukuku açısından mağdurun sorumluluğuna taksirli suç tipikliğini kaldıran bir etki tanınması, “ölüm hakkı”na referans yapmadan da geniş faillik düşüncesi içinde istisnai bir durum olarak izah edilebilmektedir. Ancak özellikle intihara kasıtlı katkının her türlüünün cezalandırıldığı bir ceza hukuku sisteminde (TCK m. 84) mağdurun sorumluluğuna atıfla taksir tipikliğinin dışlanması, geniş faillik kabulüyle daha ciddi bir çelişkiye sebep olur. Burada artık söz konusu dışlama, kanun koyucunun değer yargısına atıfla da istisnai bir durum olarak görülemeyecektir. Ayrıca TCK m. 84’te “*başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının*

⁴⁵² Nitekim kendisi de genel bir rücu yasağına taraftar olan ve bu çerçevede taksirli failliği dar yorumlayan *Renzikowski*, intihar nedeniyle taksirli failin sorumluluğunu, risk bağlantısı ve sorumluluk alanlarının belirlenmesi üzerinden ele alan bakış açısının, tam olarak kendi görüşünü destekler nitelikte olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. *Renzikowski*, Restriktiver, 194.

intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi” de kendi sorumluluğunda hayatına son vermek isteyen birinin eylemine sadece katkıda bulunan konumundadır. Eğer mağdurun sorumluluğu bağımsız bir objektif isnadiyet kriteriyse m. 84’ün muhatabı olan kişiler, “*mağdurun eseri*”nden dolayı fail olarak cezalandırılmaktadır. Özetle zaten taksirli geniş faillik düşüncesiyle ciddi bir tezatlık oluşturan mağdurun şahsi sorumluluğu düşüncesi, Türk ceza hukuku açısından daha kapsamlı bir gerekçelendirmeyi gerektirmektedir. Ancak Türk öğretisinde iki hukuk sistemi arasındaki bu farklılığın ve geniş faillik açısından yaratılan tezat durumun yeterince dikkate alınmadığı, BGH kararlarına ve Alman öğretisine atıfla mağdurun sorumluluğuna geçerlilik tanındığı görülmektedir.

Bu çerçevede örneğin *Koca/Üzülmez*, bir yandan rücu yasağı öğretilerini reddederek üçüncü kişinin kasıtlı davranışıyla gerçekleşen neticeden dolayı müşahede edilebilir emarelerin varlığı veya garantörlük durumunda (sınırlı sorumluluk alanı teorisi) taksirli failin sorumlu tutulacağını savunurken⁴⁵³ diğer yandan sadece onun şahsi sorumluluğuna atıfla mağdurun kendine zarar veren veya kendini tehlikeye atan olaylarda objektif isnadiyeti tümüyle reddetmektedir.⁴⁵⁴ Bu tür olaylarda öngörülebilir bile olsa mağdurun kendi sorumluluğunda gerçekleşen ölüm veya yaralama neticesi, buna katkı sağlayan “taksirli fail”e objektif olarak isnat edilemeyecektir. Buna gerekçe olarak ileri sürülen argümanlar, özensizliğin kasıtlı bir suça yol açması halinde neden aynı şeylerin geçerli olmadığı sorusunu akıllara getirmektedir: “*bu sorunun çözümü nihayetinde kişilerin sorumluluk alanının belirlenmesiyle ilgili bir husustur ve herkes evvel emirde, kendi davranışından dolayı bizzat sorumludur. Bu nedenle, mağdurun kendi sorumluluğunda olan riskler, bir başkasına isnat edilemez.*”⁴⁵⁵ Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere üçüncü kişinin kasıtlı davranışından farklı olarak burada yazarlar için mağdurun kendine zarar veren veya tehlikeye atan eylemlerine ilişkin emarelerin ne kadar kuvvetli olduğu ve bunun müşahade edilebilirliği (*Erkennbarkeit*) önemli değildir. Ayrıca özensiz kişinin, mağdurun hayatını korumakla yükümlü bir garantör olması ihtimaline de yer verilmemiştir.

Burada mutlaka dikkate alınması gereken son bir husustan bahsetmekte yarar vardır. Objektif isnadiyetin taksir ve kast için temel haksızlığı belirlediği düşünüldüğünde objektif

⁴⁵³ *Koca/Üzülmez*, Genel Hükümler, s. 226.

⁴⁵⁴ *Koca/Üzülmez*, Genel Hükümler, s. 221.

⁴⁵⁵ Bu açıklama doğrultusunda normun koruma amacında kalan kendini tehlikeye atma olaylarında dahi taksirin tipikliği reddedilmektedir. Buna göre eroin satan kişi, TCK m. 188 anlamında suç olan bu eylemiyle aslında kullananın beden ve ruh sağlığıyla birlikte ölüm ihtimalini de içinde barındıran bir tehlikelilik yaratsa da nihayetinde ölümle sonuçlanan aşırı doz alımı kullananın kendi sorumluluğunda gerçekleşen bir tehlike ise burada artık satan açısından taksirle öldürmeden bahsedilemeyecektir. *Koca/Üzülmez*, Genel Hükümler, s. 221.

isnadiyet için yapılan belirlemelerin, iki alanda da geçerli olması beklenir. Mağdurun kendi sorumluluğu genel bir isnadiyet engeli ise bu şekilde gerçekleşen bir intihara yol açan davranışın kasıtlı veya taksirli olmasına bakılmaksızın söz konusu ilkenin uygulama alanı bulması gerekir. Dolayısıyla genel olarak taksir sorumluluğunu objektif isnadiyet bağlamında sınırlamaya çalışırken bunun kasıtlı suçlar bakımından çelişki oluşturup oluşturmadığına dikkat edilmelidir. Bu çerçevede taksirli geniş faillik kabulüyle birlikte objektif isnadiyet içinde özel bir kriter olarak mağdurun sorumluluğuna geçerlilik tanınırsa mağdurun sorumluluğunda gerçekleşen intihara kasten katkı sağlayan kişiye de gerçekleşen ölüm neticesi isnat edilememelidir. Zira bu tür bir ölüm neticesi de mağdurun eseri olarak görülecektir. Prensip olarak mağdurun sorumluluğunda gerçekleşen intiharda taksir sorumluluğunun dışlanması gerektiği düşüncesine katılmakla birlikte m. 84'ün mağdurun sorumluluğuyla nasıl izah edileceği sorusuna cevap verilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Taksirli suçlarda dar faillik kabulü çerçevesinde bu soruna aşağıda cevap aranacaktır.

2.2.2. Kasten Hareket Eden Üçüncü Kişi Üzerinden Elde Edilen Nedensellik

Geniş fail anlayışında özgür iradeyle gerçekleştirilen intihar olayları sadece istisnai bir cezasızlık durumu olarak ele alındığından “mağdurun kasıtlı eylemi” yerine üçüncü kişinin kasıtlı eylemi söz konusu olduğunda değerlendirmeler farklılaşmaktadır. Bu bağlamda öğretide ve yargı kararlarında tartışılan ilgili olayları kısaca özetleyip bunlar etrafında geniş faillik temelli izahatları incelemek faydalı olacaktır. Bu olaylar taksirli suçlarda geniş faillik kabulü ile rücu yasağı öğretileri arasındaki esas tartışma noktasını oluşturması itibarıyla da çalışmamız açısından önemlidir.

2.2.2.1. İlgili Olaylar

Yeni doğan olayı: Anne A, toplumdan gizlenen bir hamilelik sonrasında evlilik dışı doğum yapan kızı K'yı, bu durumunun farkında olarak doğumdan sonra bebekle yalnız bırakır. Evlilik dışı yaptığı doğumu öğrenmesi halinde babasının bebeğiyle birlikte kendisini evden atmasından korkan K, yeni doğan bebeğini boğarak öldürür.

Çatı yangını olayı: Fabrika sahibi olan A, fabrikanın çatı katına ilgili yasal düzenlemelere aykırı olarak bir daire inşa ettirerek burayı B'ye konut olarak kiralar. A bu evin önemli oranda yangın tehlikesi barındırdığını bilmekte ancak gerekli önlemleri almamaktadır.

Evde üçüncü kişi tarafından -evdeki yangın tehlikesinden haberdar olduğu kabul edilmelidir- çıkarılan kasıtlı bir yangında, A hayatını kaybeder.⁴⁵⁶

Silah olayı: A, evinde tabancasını temizlediği sırada telefon çalması üzerine silahını masanın üzerinde bırakır ve orada unuttur. Akşam eve gelen misafirler arasında; çabuk kızıp öfkelenmesiyle bilinen B ve B ile sıkça aralarında tartışma yaşanan C de bulunmaktadır. Buna rağmen A silahı korunaklı bir yere koymayı ihmal eder. O akşam tartışmanın kavgaya dönüşmesi sonrasında B, masanın üstündeki silahla C'yi öldürür.⁴⁵⁷

Zehir olayı: A, başka bir kadınla evli olan B ile duygusal bir ilişki yaşamaktadır. A ve B zaman zaman, B'nin karısının ölmesi halinde bir evlilik birliği kurmaktan söz etmektedirler. İkili arasında zehir teminiyle ilgili bir "pazarlık" yapılmaktadır. A, B'ye açıkça, karısının bir zarar görmesini istemediğini söylemiştir. Ancak buna rağmen – B'nin karısını öldürme planından haberdar olmaksızın- bir zehir temin ederek B'ye teslim etmiştir. Bu zehirle B, karısını öldürmüştür.⁴⁵⁸

Bıçak olayı: İki grup arasındaki kavgaya şahit olan A, kavga edenlerden biri olan B'ye onun isteği üzerine bıçak vermiştir. B bu bıçakla kavga ettiği karşı gruptan C'yi öldürmüştür.⁴⁵⁹

Klinik olayı: Psikiyatri kliniğindeki hastalardan biri, yıllardır şiddet eylemleri gerçekleştirmiş olup, daha önceki çıkış izinlerinde de bu izni kötüye kullanmıştır. Ayrıca bu hastanın diğerlerinin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikelilik arz ettiği mahkeme kararıyla sabit olup, klinikteki doktorlar tarafından bu durumu tasdik edilmiştir. Bütün bunlara rağmen hastanın kontrolsüz ve denetimsiz bir şekilde klinikten çıkışına yetkili doktorlar tarafından izin verilmiş ve hasta bu çıkışında iki kişinin ölümüne ve sekiz kişinin yaralanmasına sebebiyet vermiştir.⁴⁶⁰

2.2.2.2. Kasıtlı Hareket Edenin Şahsi Sorumluluğunu Dikkate Almayan Yaklaşım: Yalın Öngörülebilirlik veya Normun Koruma Amacı Perspektifi

Yukarıda yer verilen olay grubu bakımından geniş faillikten hiçbir taviz verilmediğinde yine kasıtlı eylemin doğal nedensellikten bir farkı olmadığı kabulüyle öngörülebilirlik kriterine başvurulduğu görülmektedir. Bu temel yaklaşımı temsilen *Jescheck/Weigend* kasıtlı eylem için

⁴⁵⁶ Olayda aslında yangının sebebi tespit edilememekle birlikte Alman İmparatorluk Temyiz Mahkemesi, yangının üçüncü kişi tarafından kasıtlı olarak çıkarılmış olması faraziyesini de değerlendirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. RGSt. 61, 318, 14.06.1927. Krş. **Roxin**, Regreßverbot, s. 193 vd.

⁴⁵⁷ Örnek için bkz. **Heinrich**, AT, kn. 1050.

⁴⁵⁸ RGSt. 63, 370.

⁴⁵⁹ Örnek için bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 26.

⁴⁶⁰ Hastanın olayda kusur ehliyetinin tam olduğu değerlendirilmelidir. Gerçek bir davaya dayanan bu olay için bkz. BGHSt 49, 1,5; **Roxin/Greco**, § 24, kn. 26.

imkân yaratan özensizliğe ilişkin genel kuralların geçerli olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: “Özene aykırılık halihazırda kendi içinde tipik neticenin ortaya çıkması tehlikesini barındırıyorsa, (özensizce yaratılan) elverişli durumun kasıtlı bir suç işlemek için kullanılması, hukuken izin verilmeyen risk kapsamına girer ve dikkatsiz hareket eden kişinin kasıtlı suçun neticesinden sorumluluğu genel kurallara tabi olur.” Dolayısıyla örneğin, bir katil suçu işlemek üzere zehir elde etmek için bir eczacının dikkatsizliğinden yararlanır ve ilgili düzenlemeler aykırı olarak saklanan bu zehirle başkasını öldürürse eczacı mağduru taksirle öldürmüş sayılacaktır.⁴⁶¹ Buradaki gibi kasıtlı eylemler açısından taksir sorumluluğunun dışlanması için ne failin konumundaki özene uygun hareket eden bir gözlemcinin ne de özel bilgiye sahip failin; üçüncü kişinin kasıtlı suçunu öngöremeyeceği tespit edilmelidir. Yani tipik neticenin öngörülemez olması ihtimali dışında burada taksirli suçun oluştuğu kabul edilmelidir.⁴⁶² Yazar her ne kadar özene aykırılığın karakterindeki içsel tehlikeye atıfla belli bir sınırlama yapmaya çalışsa bununla belli bir sınır çizmek oldukça güçtür.⁴⁶³ Nihayetinde mesele yine öngörülebilirlik değerlendirmesine kalmaktadır. *Kindhäuser/Zimmerman* ise açıkça meselenin tamamen öngörülebilirlikle ilgili olduğunu savunmaktadır. Buna göre sadece özene uygun hareket ettiğinde dahi nedensel sürece dahil olan kasıtlı davranış fail tarafından öngörülemezse, taksirli isnadiyetin dışlanması gerekir.⁴⁶⁴ Örneğin silah olayında B’nin C’yi kasten öldürmesi ve bundan kasten sorumlu tutulması, silahını özensizce ortalıkta bırakan A’nın ölüm neticesi bakımından ilgili koşulları oluşturmaktan ne ölçüde kaçınabileceği ve kaçınması gerektiği sorusuyla alakasızdır. Bu değerlendirme olaya mağdur nazarından bakıldığında daha rahat anlaşılabilir. İlgili olayda mağdurun; A’nın silahını ortalıkta bırakarak yaşanmakta olan hararetli tartışmada hayati tehlikesini artırmaması yönündeki haklı menfaati, B’nin bu riski kasten mi yoksa taksirle mi neticeye ulaştırdığından bağımsız olarak haklılığını sürdürmektedir.⁴⁶⁵ Aynı yönde *Herzberg* de en azından taksirli sırf netice suçları bakımından geniş faillik geççerliliğini savunmakta, geniş faillikle bağdaşmayan rücu yasağı oluşturma çabalarının kriminal-politik açıdan da isabetli olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre ilgili olaylarda dikkat edilmesi gereken tek şey, “yaratılan riskin sosyal açıdan tolere edilemezliği”dir. Toplumun suç işlenmesinin önlenmesine yönelik ihtiyaçları, taksirli eylemler açısından da söz konusudur. Bu çerçevede zehir olayını inceleyen yazar, burada önleyici

⁴⁶¹ **Jescheck/Weigend**, § 54 IV 1, s. 573. Aynı yönde krş. **Welzel**, Strafrecht, s. 44.

⁴⁶² **Jescheck/Weigend**, § 54 IV 2, s. 573-574. Aynı yönde krş. **Kindhäuser/Zimmerman**, § 11, kn. 46; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 10/46.

⁴⁶³ Aynı yönde bkz. **Roxin**, Regreßverbot, s. 188.

⁴⁶⁴ **Kindhäuser/Zimmerman**, § 11, kn. 46.

⁴⁶⁵ **Kindhäuser/Zimmerman**, § 11, kn. 44.

ihtiyaçların sadece kasıtlı olarak işlenen zehirli cinayetlerle ilgili olmadığını, bunun aynı zamanda “*gelecekte mümkün olduğunca hiç kimsenin cinayet işlemek isteyen birine pervasızca zehir vermemesini sağlamak için*” de geçerli olduğunu savunmaktadır. Yazara göre bunun için, zehir olayında sadece kasıtlı faili değil, zehri özensizce ona veren “taksirle yardım eden” konumundaki kocayı da taksirle öldürme suçundan cezalandırmak gerekir.⁴⁶⁶

Bu değerlendirmelerle ceza hukukunda netice isnadiyeti, büyük ölçüde kaçınılabılır her nedenselliği kapsayan bir genişliğe ulaşmaktadır. Burada nedensellik bir başkasının eylemi üzerinden elde edilmiş olsa bile neden olanın sorumluluğuna dahil edilmektedir. *Jakobs*’u takiben bu yaklaşımın, “*isnadiyet hipertrofisi*”nden (Zurechnungshypertrophie) muzdarip olduğu tespitini yapmak isabetli olacaktır.⁴⁶⁷ Burada ceza hukuku anlamında netice isnadiyetinin, hukuki değeri koruma ve önleyicilik argümanıyla gerekçelendirilmesi de isabetsizdir. *Schumann*’ın isabetli değerlendirmesiyle ortaya koyduğu üzere aslında hukuki değerin korunması yararına olduğu için bir eylemin, ceza hukuku anlamında bir hareket haksızlığı oluşturduğunu kabul etmek dogmatik açıdan sorunludur.⁴⁶⁸ Hukuki değerin korunması adına hareket özgürlüğünden bu kadar “*cömertçe*” vazgeçilmesi, (geniş anlamda) isnadiyetin ceza hukukuna özgü karakterini oldukça zayıflatmaktadır.⁴⁶⁹ Buradaki hipertrofinin, yani aşırı büyümenin “*kaçınılabilirlik durumunda nedensel eşdeğerliğin isnat eşdeğerliğine yol açması gerektiği yönündeki natüralist önyargı*”dan kaynaklandığı⁴⁷⁰ dikkate alınırsa bu doğalcı yaklaşımın doğru bir perspektif sunmadığı da anlaşılacaktır.

Ancak üçüncü kişiler tarafından işlenen kasıtlı bir suça imkân sağlayan özensiz davranışları öngörülemez durumlar dışında taksirli faillik olarak kabul eden yaklaşımın; kriminal-politik bir mülahazayla yargı mercileri tarafından takip edilmesi şaşırtıcı değildir. Nitekim mağdurun sorumluluğunu istisnai bir durum olarak ele alan BGH’nin nedensel sürece dahil olan kasıtlı davranışlar bakımından bu yaklaşımı istikrarlı olarak takip ettiği görülmektedir. Bu bağlamda mahkeme *klinik olayında*⁴⁷¹ psikolojik tedavi gören ve şiddet eğilimli olan hastaya çıkış izni veren doktorların, bu hastanın kasıtlı olarak gerçekleştirdiği öldürme ve yaralama olaylarından taksirle sorumlu tutmuştur. Mahkeme öncelikle somut

⁴⁶⁶ Herzberg, TuT, s. 100.

⁴⁶⁷ Jakobs, Günther, “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt”, ZStW, (89), 1977, sa. 1-35, (Jakobs, Regreßverbot), s. 1.

⁴⁶⁸ Schumann, Selbstverantwortung, s. 112.

⁴⁶⁹ Jakobs, Regreßverbot, s. 2.

⁴⁷⁰ Jakobs, Regreßverbot, s. 2.

⁴⁷¹ BGHSt 49, 1. Zehir olayı için İmparatorluk Temyiz Mahkemesi de aynı yönde karar vermiştir. Bkz. 2 RGSt 64, 370 (371).

duruma ilişkin yasal düzenlemelerden hareketle, doktorların, denetimsiz bir çıkış halinde hastanın kasıtlı suç işleme ihtimalini gözeterek bundan kaçınmaları gerektiğini tespit etmiştir. Hastanın gözlem altına alınmasına ilişkin mahkeme kararında da hastanın tedavisinin mümkün olmadığı ve kasıtlı suç eğilimi tespit edildiğinden mahkemeye göre bu şartlar altında hastanın, ilgili düzenlemelere göre terapötik amaçla da olsa denetimsiz çıkışı mümkün olmamalıydı. Bu nedenle çıkışa izin veren doktorların, bu davranışı yükümlülüğe aykırılık oluşturmaktadır. Diğer taraftan hastadaki psikolojik rahatsızlıkla işlediği suçlar arasındaki bağlantı nedeniyle, meydana gelen neticelerin objektif olarak öngörülebilirliği ve isnadiyeti olağan tecrübe alanı ölçütüne göre kabul edilmelidir. Bu değerlendirmelerle mahkeme; somut olayda doktorların özen yükümlülüğüne aykırı davranarak yarattıkları tehlikenin hastanın meydana getirdiği neticelerde gerçekleştiği sonucuna varmıştır.

BGH, 2009 yılında Almanya'nın Winnenden şehrinde meydana gelen bir okul katliamı (*Amoklauf von Winnenden*) için de benzer değerlendirmelerde bulunmuştur.⁴⁷² Olayda kendisi atış tutkunu olan baba A, evinde silah ve çok sayıda mermi bulundurmaktadır. A ile aynı evde yaşayan oğlu B ise 17 yaşında olup, ruhsal durumundaki değişkenlikler ve bazı anormal davranışları nedeniyle, bipolar yahut manik depresif bozukluk şüphesi altında bir süre ayakta psikolojik (*ambulante psychotherapeutische Behandlung*) tedavi görmüştür. Bu tedavi; çocuğun, kendisinde ruhsal durum değişikliklerini fark etmesi üzerine internette araştırma yapması ve bulguları çerçevesinde kötü okul notlarının bu tür psikolojik rahatsızlıklardan kaynaklanabileceği endişesini annesiyle paylaşması sonrasında ebeveynleri tarafından, aile doktoru aracılığıyla organize edilmiştir. Daha tedavinin başında B; terapistine, başkalarını öldürme fantezilerinden bahsetmiş ve bu durum klinik tarafından çocuğun ebeveynleriyle paylaşılmıştır. 5 adet terapi seansından sonra klinik, çocuğun durumunda önemli ölçüde bir iyileşme olduğunu ancak tedavisine devam edilmesi gerektiğini tavsiye etmesine rağmen, çocuğun istememesi nedeniyle aile bu tavsiyeye uymayarak tedaviyi sonlandırmıştır. Çocuğun psikolojik durumu ailenin de farkında olduğu bir biçimde önemli oranda kötüleştiğinde dahi, tavsiye edilen tedaviye dönülmemiştir. Çocuğun tedavisini sürdürmek bir yana, baba A tarafından, üye olduğu atış kulübünde B'ye atış yapması imkânı sağlanmıştır. Diğer taraftan B, belli bir zaman dilimi içinde babasına ait olan mermileri ondan habersiz olarak biriktirmeye başlamıştır. En sonunda 285 adet mermi biriktiren çocuk, babasının hırsızlık endişesi nedeniyle sürekli ulaşılabilir halde herhangi bir koruma olmadan evde tuttuğu silahı alarak, okulundaki öğrenci arkadaşlarına ve öğretmenlerine saldırı gerçekleştirmiştir. Nihayetinde kendi hayatına

⁴⁷² BGH, 22.03.2012 - I StR 359/11.

son veren B, bu silahla aralarında çok sayıda öğrencinin de olduğu 15 kişinin ölümüne ve 14 kişinin yaralanmasına sebep olmuştur. (*Winnenden Olayı*)

Bu olayda BGH, sanık olan baba A'nın Silah Yasası'na aykırılık teşkil eden suçlarla beraber aynı zamanda gerçekleşen yaralama ve öldürme olaylarından da taksirle sorumlu tutulmasını yukarıdaki tespitler ışığında isabetli bulmuştur. Eyalet Mahkemesi'ne göre sanık; çocuğun uygunsuz bir şekilde evde tutulan mermi ve silahla başkalarını öldürebileceğini öngörebilirdi. BGH'ye göre isabetli olan ve taksir sorumluluğunun temeli olan bu değerlendirme, sanığın, oğlunun psikolojik hastalığının boyutuna ilişkin belli bir netlikte bilgi sahibi olmasına bağlı değildir. Dolayısıyla sanığın, oğlunun hastalığının yoğunluğu ve özellikle de öldürme fantezileri hakkında bilgi sahibi olmadığı şeklindeki temyiz gerekçesi burada belirleyici değildir. Federal mahkemeye göre bu olayda taksir sorumluluğunun gerekleri çok daha kolay yerine gelecektir. Silah ve mermileri ilgili mevzuatın öngördüğü özene aykırı bir şekilde bulunduran sanık, bu eyleminin öngörülebilir sonucu olan kasten yaralama ve öldürme suçlarından taksirle sorumludur ve taksir suçlamasının sebebi de bu silahın muhafazası noktasındaki özensizliktir. Ayrıca Eyalet Mahkemesi'nin hukuka aykırılık görülmeyen tespitlerine göre sanık, kliniğin tavsiyesine ve çocuğun ruhsal durumunun belirgin bir şekilde kötüleşmesine rağmen çocuğunun tedavi görmesini sağlamamıştır. Bu durum da öngörülebilirliğin kabulüne dayanak oluşturmaktadır. Özetle mahkeme; özen yükümlülüğüne aykırılık ve neticenin öngörülebilirliğini yeterli görürken bu iki unsurla temellendirilen taksir suçlaması için sanığın, oğlunun hastalığı hakkındaki somut bilgisine mutlak anlamda ihtiyaç olmadığının altını çizmektedir. Sonuçta babanın, oğlunun kasten gerçekleştirdiği öldürme ve yaralama suçlarını taksirle işlemiş olduğu kabul edilmiştir.

Ancak mahkeme, B'nin kendisini öldürmesini babaya isnat etmemiş ve bu konu hakkında bir değerlendirme yapmamıştır. Çocuğun kendi hayatına son vermesi, babanın taksir sorumluluğuna konu edilmediğine göre B'nin intihar açısından kendi şahsi sorumluluğunda hareket ettiği değerlendirilmiştir. Bu örtülü kabul doğrultusunda yapılan ayrımla yüksek mahkeme; yerleşik içtihadını sürdürmüş ve intihar olaylarının istisnai durumu dışında taksirle neden olmanın kasıtlı bir eylem üzerinden gerçekleşmesine özel bir anlam atfetmediğini tekraren ortaya koymuştur. Dolayısıyla kasıtlı üçüncü kişinin nedensel sürece dahil olması durumunda, bunun arkadaki kişinin taksir sorumluluğu bakımından daha tipiklik aşamasında dikkate alınması gerektiğine ilişkin argümanlar⁴⁷³, yüksek mahkeme nezdinde bir karşılık

⁴⁷³ Aşağıda bkz. 2.3.

görmemektedir.⁴⁷⁴ Oysa neticenin öngörülebilirliği üzerinden geliştirilen kriterin hem doğal nedensel süreçlerle hem bireylerin kasıtlı davranışlarıyla ilişkili olarak eşit bir uygulama alanı bulması öğretide eleştirilmektedir. Zira öngörülebilirliğin genel hayat tecrübesinin sınırları kıstasına göre belirlenmesi, doğa kanunlarıyla belirlenmiş yani determinist karakterdeki doğal nedensel süreçlere ilişkin öngörüde bulunmayı mümkün hale getirirken, insan iradesinin ortaya çıktığı alan bilinmezliklerle dolu olup her an sürprizlere gebe dir.⁴⁷⁵

İncelenen sorunu taksirli failin ihlal ettiği özen normunun koruma amacı üzerinden değerlendiren görüşlerin yalın öngörülebilirlik yaklaşımına göre ilave bir filtreleme yaptığı kabul edilebilirse de bunun insan faktörüyle ilişkisi olmadığına dikkat edilmelidir. Bu nedenle söz konusu değerlendirmenin farklı bir başlık altında ele alınması gerekmez. Zira normun koruma amacına haklı olarak taksir tipikliği içinde yer veren öğreti ya taksir dogmatığı içinde ya da objektif isnadiyet içinde doğal nedensel süreçlerle ilgili olarak da bu tespiti dikkate almaktadır. Bu çerçevede öğretinin sıklıkla referans yaptığı bisiklet olayında herhangi bir aydınlatma kullanmadan birlikte bisiklet süren iki kişiden öndekinin karşıdan gelen başka bir bisikletle çarpışmasıyla ortaya çıkan yaralanmanın, arkadan gelen bisikletliye isnat edilememesi normun koruma amacıyla izah edilmektedir. Zira burada iki kişiden biri olarak arkadaki bisikletli, özenli davranarak aydınlatma kullansaydı çarpışan diğer iki bisikletli birbirini fark edecek ve kaza gerçekleşmeyecekti denilebilir. Ancak bisiklet sürücüsünün aydınlatma kullanmasını emreden normun amacı, bu şekilde ilgili sürücünün kendi bisikletiyle kaza yapmasına engel olmaktır.⁴⁷⁶ Bu çerçevede değerlendirildiğinde kasıtlı üçüncü kişinin hareketi, zaten bunu engellemeyi amaçlayan bir davranış normunun ihlaliyle yaratılan tehlikenin neticede gerçekleşmesi halinde önem arz eder. Eğer özensizce yaratılan tehlike bu tür bir suçun işlenmesini engellemeyi amaçlayan bir normdan ileri gelmiyorsa zaten bu çalışmadaki kabulle de taksirli suçun tipikliği oluşmaz. Dolayısıyla mağdurun veya üçüncü kişinin “kasıtlı” hareketlerine yönelik normun koruma amacı üzerinden yapılan değerlendirmeler, insanın otonom karakterine bir hususiyet atfetmek anlamına gelmez.⁴⁷⁷

Nitekim bu yönde *Mitsch*, tartışılan olaylarda sorunu normun koruma amacıyla izah ederken objektif isnadiyet bağlamında sorumluluk ilkesine yapılan referanslara karşı çıkmaktadır. Yazara göre bazı özen normlarının amacı, hukuki değerlerin üçüncü kişilerin

⁴⁷⁴ Aynı yönde bkz. Berster, Lars C., in: *Entscheidungsanmerkung* (BGH, Beschl. v. 22.3.2012 – 1 StR 359/11), *ZIS*, 12/2012, sa. 623-627, s. 624.

⁴⁷⁵ Berster, s. 625.

⁴⁷⁶ Roxin/Greco, § 11, kn. 84; Heinrich, AT, kn. 1046.

⁴⁷⁷ Öğretide *Demirel*, her iki olay grubunu da normun koruma amacı incelemesine dahil etmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Demirel, Çifte Özen, s. 467 vd.

kasıtlı eylemleriyle ihlal edilmesini engellemektir. Dolayısıyla bu tür bir özen normunun ihlali, kendi şahsi sorumluluğunda hareket eden üçüncü kişilerin kasıtlı eylemleriyle hukuki menfaat sahibinin zarar görmesine yol açmışsa bu zarar neticesi, özen yükümlülüğüne aykırı davranan ilk taksirli faile objektif olarak isnat edilebilir. Yazara göre ateşli yahut diğer silahların kullanımına ilişkin Silah Kanunu'nun ilgili maddelerinde öngörülen özen yükümlülüğü, üçüncü kişilerin bu silahla gerçekleştireceği kasıtlı davranışlara karşı bireylerin korunması amacını da taşımaktadır. Bu çerçevede silahın üçüncü kişilerin eline geçmesi ve bu kişilerin taksirli olarak kendisine ya da başkasına yahut kasıtlı olarak başkalarına zarar vermesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla burada artık nedensel sürece dahil olan üçüncü kişilerin kasıtlı davranışları, öz sorumluluk ilkesi üzerinden arkadaki kişiye yönelik isnadiyete engel teşkil etmez. *Winnenden* olayında da sanık; tam olarak çocuğun gerçekleştirdiği eylemlere engel olmak amacıyla bu silahı ve mermileri güvenli bir şekilde saklamak durumundaydı. Dolayısıyla çocuğun gerçekleştirdiği öldürme ve yaralama eylemlerine ilişkin risk, buna engel olma amacına matuf bir özen normuna aykırı davranmak suretiyle sanık tarafından yaratılmış ve yaratılan bu risk neticelerde gerçekleşmiştir. Bu nedenle neticelerin faile objektif olarak isnat edilmesi mümkündür.⁴⁷⁸

Özetle normun koruma amacı yaklaşımı, ilgili özen normunun kasıtlı saldırıları önlemeyi amaçlaması durumunda artık üçüncü kişinin şahsi sorumluluğunu dikkate almamaktadır. İhlal edilen özen normlarının taşıdığı amaç doğrultusunda ve bunların ihlali halinde ortaya çıkan “içsel tehlike” üzerinden yapılan değerlendirme, taksir suçlaması bakımından üçüncü kişinin kasıtlı davranışına özel bir önem atfedilmesine mesafeli yaklaşan yazarlar tarafından da benimsenmektedir. Bu nedenle *Winnenden* olayında babanın meydana gelen ölümlerden sorumlu tutulması isabetli bulunmaktadır.⁴⁷⁹

Aynı şekilde risk bağlantısının tespitinde normun koruma amacını merkeze alan *Burgstaller*, tipik neticenin üçüncü kişinin kasıtlı bir şekilde nedensel sürece dahil olmasıyla ortaya çıktığı olaylarda da rücu yasağı yerine bu bağlantının çözüm yeri olduğuna dikkat çekmektedir. Yazara göre trafikteki aydınlatma yükümlülüğünün klasik örneğini oluşturduğu normun koruma amacı bağlamında risk bağlantısı, nedensel sürece isnat kabiliyetini haiz kişilerin (mağdur veya üçüncü kişi) dahil olduğu olayları da kapsayacak şekilde

⁴⁷⁸ Mitsch, Wolfgang, “Fahrlässige Tötung oder fahrlässige Beihilfe zum Totschlag?”, *ZJS*, 2/2011, (Mitsch, *ZJS* 2011) s. 131.

⁴⁷⁹ Bkz. Wessels, Johannes/ Beulke, Werner/Satzger, Helmut, *Strafrecht AT*, 50. Bs., C. F. Müller, Heidelberg, 2020, kn. 284 vd.

genişletilmelidir.⁴⁸⁰ Bu çerçevede üçüncü kişinin kasıtlı hareket ettiği olaylarda ön gelen özensizliğe ilişkin risk bağlantısını değerlendirmek nispeten daha kolaydır. Zira zaten kural olarak bu tür bir davranışla ortaya çıkan netice bakımından ilk hareketin uygunluğu (*Adäquanz*) eksik olacaktır. Ancak bunun da ötesinde insanların hayatını, sağlığını ve vücut bütünlüğünü korumaya yönelik özen normları *genellikle* bu normların ihlalden etkilenen kişilere kasıtlı olarak gerçekleştirilen icrai veya ihmali saldırıları da içeren bir kapsama sahip değildir. Dolayısıyla örneğin bir kazada yaralanan mağdura kaldırıldığı hastanede mirasçısı olduğu hemşire tarafından bilerek müdahalede bulunulmaması sonucunda hayatını kaybetmesi kazada taksiri bulunan kişiye isnat edilemeyecektir.⁴⁸¹ Bu açıklamalarla yazar kasıtlı davranış üzerinden neden olunan neticelerde çoğu durumda normun koruma amacının kapsamı dışında kalan bir durumla karşılaşılacağını ve bu nedenle risk bağlantısının tesis edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak burada “genellikle” denilerek aslında bu tür kasıtlı davranışlardan da korumayı amaçlayan özen normlarının varlığına ve bu durumda risk bağlantısının kabul edilmesinde bir sorun olmayacağı işaret edilmektedir.

Türk ceza hukuku öğretisinde *Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük* de buradaki sorunu önce genel bir rücu yasağına dahil eder gibi görünse de sonrasında rücu yasağının mutlak bir şekilde kabul edilemeyeceğini dile getirerek normun koruma amacına atıfla nihai bir sonuca ulaşmaktadır.⁴⁸² İlk olarak objektif isnadiyeti, riskin hükmedilebilirliği üzerinden değerlendiren yazarların temel hareket noktası, şu cümleden anlaşılabilir: “*kasıtlı ya da taksirli bir hareket, üçüncü kişi tarafından iradi bir şekilde gerçekleştirilen taksirli veya kasti bir suç tipinin ön şartını veya safhasını oluşturuyorsa ilk hareket netice bakımından nedensellik değeri taşısa dahi yüklenebilirlik (isnadiyet) bağlantısı kesintiye uğrar.*” Bu açıklamayla rücu yasağı öğretilerine kapı aralayan yazarlar bu pozisyonlarını güçlendirmekte ve iştirak kurallarının istisnai özelliğini vurgulamak adına iştirak hükümlerinin uygulanmadığı bir yerde prensip olarak nedensel sürece dahil olan kişilerden neticeyi (doğrudan) gerçekleştiren son kişinin sorumluluğunu kabul etmektedir. Sonrasında şart ve ön şart arasında ayırım yapan yazarlar, ön şartın sebep (*yani nedensel*) olmadığını dile getirdikten sonra şu açıklamalara yer vermektedir: “*Ön şartı gerçekleştirenin neticeden sorumlu olabilmesi, ancak iştirak kurallarının işlerlik kazandığı hallerde mümkündür. Bununla birlikte, aslında burada da sorun olayın nedensel*

⁴⁸⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Burgstaller**, s. 105 vd; s. 117. Türk hukukunda *Keçelioğlu* da “geniş anlamda normun koruma amacı teorisi” olarak adlandırdığı bu yaklaşımı takip etmektedir. Bu çerçevede yazar, üçüncü şahsın veya mağdurun taksirli ve kasıtlı fiilini normun koruma amacını genişleten yaklaşım içinde değerlendirmeyi uygun görmektedir. Bkz. **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 134, 140 vd.

⁴⁸¹ **Burgstaller**, s. 117.

⁴⁸² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 257-259.

*akışına hükmedebilirlik ve fiilin neticesinin kimin sorumluluk alanına taalluk ettiği ile ilgilidir. Gerçekten ilk sebep olanın sorumluluğu, üçüncü bir kişinin tamamen sorumlu olduğu yeni, bağımsız netice üzerinde etkili olan, neticeyi gerçekleştiren bir tehlikeye sebep olmuşsa sona erer. Böyle bir durumda risk ilk sebep olan tarafından değil, üçüncü bir kişi ya da mağdur tarafından gerçekleştirilmiştir. Neticenin meydana gelmesi üçüncü kişi ya da mağdurun kasti ya da tehlikeli durumun varlığını bilmek suretiyle bizzat isnad edilebilen hareketinin iradi (özgür) bir şekilde katılmasıyla gerçekleşmiştir. Rücu yasağı bu yönüyle **fiili tipik olmaktan çıkaran genel bir sınırlama sebebi** olarak da kabul edilir.”⁴⁸³ Bu açıklamalar doğrultusunda zehir bulunan ilaç deposunu açık bırakan doktorun, bu zehirle işlenen kasten öldürme suçundan sorumlu olmayacağı, aynı şekilde silahını açıkta bırakan polise bununla kendini öldüren kız arkadaşının ölümünün isnat edilemeyeceği değerlendirilmektedir. Ancak yazarlara göre rücu yasağı bu şekilde mutlak uygulanmamalıdır: “*şayet fail hukuken önemli bir tehlikeyi üçüncü kişilerin kasten ya da taksirli fiillerinden korunmasına hizmet eden emniyeti sağlayan hükümlerin ihlali suretiyle yaratmışsa ya da üçüncü kişinin davranışı özel bir şekilde tehlikenin ilk çıktığı duruma bağlanıyor; tipik bir şekilde tehlikenin çıkış noktasında temellenmiş görünüyor ise netice faile istisnai de olsa yüklenebilir*”.⁴⁸⁴ Bu çerçevede arabasını ehliyeti olmadığını bildiği B’ye veren araç sahibi A, B’nin kaza yaparak birinin ölümüne neden olmasından sorumludur. Zira A’nın bu davranışı, Karayolları Trafik Kanunu m. 36/3’te özel olarak yasaklandığından⁴⁸⁵ meydana gelen netice kendisine isnat edilecektir.*

Bu açıklamalarla rücu yasağının mutlak uygulamasına karşı çıkan yazarlar, bu yasağın “fiili tipik olmaktan çıkaran genel bir sınırlama sebebi olduğu” şeklindeki tezlerinden⁴⁸⁶ önemli ölçüde sapmış olmaktadır. Bu sapmayla birlikte zehir örneğinde de doktorun açık bırakmanın tehlikeli sonuçlarını öngörebilecek durumdayken öngörmediği için en azından taksir derecesinde kusurdan bahsedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁴⁸⁷ Görüldüğü üzere başta klasik argümanlarıyla savunulan rücu yasağı; açıklamaların devamında git gide etkisini kaybetmiş ve nihayetinde geniş faillik kabulüyle sorun normun koruma amacına havale edilmiştir. Ancak bu noktada KTK m. 36’ya yapılan vurgu, nihai değerlendirme içinde dahi

⁴⁸³ Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 257.

⁴⁸⁴ Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 258.

⁴⁸⁵ “...aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir.”

⁴⁸⁶ Öğretide Diel, “Ceza Hukukunda Genel Bir Tipiklik Sınırı Olarak Rücu Yasağı” adlı doktora teziyle bu temel iddiayı, ceza hukukunda belirlilik ilkesinin gerekliliklerinden ve şahsi sorumluluk ilkesinden hareketle ayrıntılı olarak gerekçelendirmiştir. Bkz. Diel, Katja, **Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, s. 179 vd.

⁴⁸⁷ Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 259.

isabetsizdir. Zira burada sadece aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin vermeyi yasaklayan bir düzenleme söz konusudur. Kanun bununla neyi amaçladığına ilişkin bir belirleme yapmamaktadır. Ancak bu düzenleme olmasa da zaten ilgili davranışın özensiz olduğunu tespit etmek mümkündür. Burada sadece özensizliğin pozitif bir düzenlemeyle yaptırım altına alınması söz konusudur. Buna neden rücu yasağını devre dışı bırakacak bir anlam yüklendiği belli değildir. Diğer taraftan isnadiyetin kabul edilmediği örnekte silahını açıkta bırakan polis için aslında belki de tam olarak yazarların dikkat çekmek istediği türde bir kanuni düzenleme bulunmaktadır. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da da silah sahibinin muhafazadaki ihmali ve kusuru neticesinde bu silahla intihar yahut intihar teşebbüsünün gerçekleşmesi halinde silah vesikasının geri alınacağı ve bir daha bu kişiye silah bulundurma ve taşıma izni verilemeyeceği (m. 9) düzenlenmiştir. Bu düzenleme ruhsat sahiplerinin silahlarını muhafaza yükümlülüğüne pozitif bir çerçeve kazandırdığı gibi aynı zamanda intihar teşebbüslerine engel olmayı amaçlaması bakımından da önemlidir. Dolayısıyla her ne kadar yazarlar; silah olayını normun koruma amacı değerlendirmesine tabi tutmamışlarsa da aslında buradaki kanuni düzenlemenin, benimsenen yaklaşım açısından KTK m. 36'ya göre daha isabetli bir referans noktası oluşturabileceği açıktır. Buna göre benimsenen yaklaşım içinde esas silah olayında rücu yasağının katı uygulamasından vazgeçilmesi gereken bir durum söz konusudur.

Ancak kanaatimce buradaki esas mesele, (mağdurun şahsi sorumluluğundaki gibi) zaten normun koruma amacının kapsamında kalan kasıtlı davranışlarla ilgilidir. Özellikle silah gibi tehlikeli araç ve maddelerin bulundurulmasına ilişkin özen normlarının bunlarla işlenecek kasıtlı suçları da önlemeyi amaçladığını kabul etmek zor değildir. Bu durumda üçüncü kişilerin öz sorumluluğuna nasıl bir rol verileceği önem kazanmaktadır. Dolayısıyla normun koruma amacı yaklaşımı, başta verilen ilgili olaylardan sadece yangın olayında neticenin isnadiyetine engel bir durum görebilir. Bu yaklaşımla diğer olaylarda ölüm neticesi; üçüncü kişi tarafından kasten gerçekleştirilmiş olsa da buna “katkı sağlayan” özensizlik açısından taksirle öldürmenin unsurları gerçekleşmiş kabul edilecektir.⁴⁸⁸

⁴⁸⁸ Öğretide *Berster* de normun koruma amacının kasıtlı davranışlar üzerinden elde edilen nedensellik bakımından gerçek bir çözüm üretmediği kanaatindedir. Zira ortaya çıkan netice, ihlal edilen normun koruma amacı kapsamında değilse, burada zaten risk bağlantısından bahsedilemeyecektir. Ancak normun koruma amacının somut olayda tespit edilmesi, diğer isnadiyet gerekliliklerinin artık önemsiz olduğu anlamına gelmemelidir. Bu risk bağlantısı normun koruma amacı dışında bir nedenle de kesilebilir. Nitekim üçüncü kişinin özgür davranışı etrafında yapılan tartışma da burada risk bağlantısının kesildiği özel bir durumun mevcut olup olmadığı sorusu üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle ihlal edilen normun koruma amacının tespiti üzerinden, aslında bu amacın tespitini aşan bir soruna çözüm üretmeye çalışmak, normun koruma amacı prensibinin isnadiyeti sınırlayıcı

2.2.2.3. İzin Verilen Risk ve Güven İlkesi Temelinde Sorumluluk Alanlarının Belirlenmesi

İntihar olaylarında mağdurun sorumluluğunu; geniş faillik kabulüyle belli ölçüde istisnai bir cezasızlık hali olarak açıklamaya çalışan hâkim öğreti, mağdurun “kasıtlı” davranışı yerine üçüncü kişinin kasıtlı davranışıyla elde edilen nedenselliği taksirli suçun tipikliği dışına çıkarmak istediğinde, insanın hareket özgürlüğü ve bunun topluma sağladığı avantajlar ile bu özgürlükten kaynaklanan tehlikeler arasında bir tartım yapmakta ve bu çerçevede güven ilkesine başvurmaktadır.⁴⁸⁹ Zira geniş faillik kabulünde dahi öngörülebilir nitelikteki her türlü izin verilmeyen riskten kaçınılması gerektiği kuralının, sadece doğa kanunlarına tabi olay süreçleriyle ilgili olduğu kabul edilmektedir. Diğer kişilerin riskli davranışlarıyla tamamlanan bir nedensel süreçte ise taksirli geniş faillik öğretisi dahi tersi bir istikamete yönelmek durumunda kalmış, başkalarının kasıtlı eylemlerinden ortaya çıkan risk öngörülebilir de olsa *genel olarak* bunun dikkate alınması gerekmediği sonucuna ulaşılmıştır. Kanaatimce rücu yasağı öğretilerinin aşağıda ayrıntısıyla incelenecek haklı itirazları, hâkim öğretinin değişiminde önemli rol oynamıştır. Nihayetinde bugün özensizliğiyle yol açtığı kasıtlı suçun neticesini, kasıtlı suçun öngörülebilirliği temelinde taksirli faile isnat eden yaklaşımın, hâkim geniş faillik öğretisi içinde dahi azınlık bir görüşü oluşturduğu tespit edilmektedir.⁴⁹⁰ Dolayısıyla daha çok özen yükümlülüğünün tespiti bağlamında ilgili tehlikenin salt doğa olaylarından mı yoksa diğer kişilerin davranışlarından mı kaynaklandığı, hâkim öğretinin de prensipte kabul ettiği bir ayırım noktası oluşturmaktadır.⁴⁹¹ Başkalarının riskli davranışları açısından sorumluluk alanlarını sınırlarken kullanılan argümanların, rücu yasağına ve taksirli dar faillik kabulüne kapı aralayacağının farkında olan yazarlar, buna engel olmak adına söz konusu sınırlamayı mümkün kılan güven ilkesinin genel olarak öz sorumluluk prensibine dayandırılmasına karşı çıkmaktadır.⁴⁹² Zira bu prensip, kural olarak bireylerin sorumluluk alanlarının sadece kendi eylemlerini kapsadığını, yalnızca özel koşullar söz konusuysa bu alanın diğerlerinin eylemlerini de kapsayacak şekilde genişleyeceğini ifade eder.⁴⁹³ Güven ilkesinin bu genişlikte uygulanması, başkasının özensiz davranışlarından sorumluluk ihtimalini

fonksiyonuna ilişkin karmaşık bir durum yaratmaktadır. Özetle koruma amacı üzerinden geliştirilen çözüm, uğraşılan sorunu ortadan kaldırmamaktadır. **Berster**, s. 626.

⁴⁸⁹ Krş. **Roxin**, Regreßverbot, s. 186, 187.

⁴⁹⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Stratenwerth/Kuhlen**, § 15, kn. 62, 63, 68.

⁴⁹¹ **Stratenwerth/Kuhlen**, § 15, kn. 62.

⁴⁹² **Stratenwerth/Kuhlen**, § 15, kn. 65.

⁴⁹³ Şahsi sorumluluk prensibi hakkında bu yönde bkz. **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 6; Wehrle, Stefan, **Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regressverbot?**, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1986, s. 61; Lenckner, Theodor, “Technische Normen und Fahrlässigkeit”, in: **Festschrift für Karl Engisch**, Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, sa. 490-508, (**Lenckner**, Fahrlässigkeit), s. 506, 507; Cramer, Peter, in: **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 23. Bs., C.H.Beck, München, 1988, (**Cramer**, in: Schönke/Schröder-StGB), § 15, kn. 146.

önemli ölçüde sınırlayacağı için reddedilmektedir. Bu nedenle güven ilkesini, “*izin verilen risk düşüncesi gibi menfaatlerin tartılmasına, başkalarının akla gelebilecek her türlü yanlış davranışına karşı sürekli hazırlıklı olunması halinde birçok düzenli sosyal etkileşim sürecinin mümkün olmayacağı veya orantısız bir şekilde zorlaşacağı fikrine dayandırmak*” daha doğru bulunmaktadır.⁴⁹⁴ Her izin verilen riskte bir sınır olduğu ve bu sınırın geçilmesiyle menfaat dengesinin tehlikeye atılan hukuki değer lehine değiştiği düşüncesinden hareket edildiğinde, kasıtlı suça yol açan özensizliklerin yarattığı tehlikeye hangi noktada artık tolerans gösterilemeyeceğine de karar vermek gerekir. Bu temel yaklaşım içinde kalan ve *sınırlı sorumluluk alanları teorisi* olarak da adlandırılan⁴⁹⁵ görüşlerin, söz konusu sınırın nasıl belirleneceği konusunda bir uzlaşıya vardığını söylemek güçtür.⁴⁹⁶

Bu çerçevede *Stratenwerth*’e göre yalnızca kasıtlı suç failinin fark edilebilir/müşahade edilebilir (*erkennbar*) şekilde eyleme zaten karar vermiş olduğu durumlar bakımından izin verilen risk sınırının aşıldığı kabul edilebilir. Özensiz bir davranışla müşahade edilebilir bir suç kararlılığı içinde olan fail için, suçun icrasını mümkün hale getirmek veya onu kolaylaştırmak artık taksir kapsamında görülebilir.⁴⁹⁷ Bu değerlendirmeye yazar, kasıtlı suça özensizce neden olan davranışların ne zaman taksirli davranış kabul edileceği yönünde asgari bir eşik belirlediğinden, buna ulaşmayan özensizlikler cezasız kalacaktır. Bu çerçevede birine özensizlikle suç işleme kararı aldırılması, yani “taksirli azmettirme” cezalandırılmayacaktır. Zira burada özensizlik anında fark edilebilir bir suç kararlılığından bahsedilemez. Aynı şekilde suç işleme kararlılığının müşahade edilebilir olmadığı, en fazla suça yol açabilecek saiklerden bahsedilebileceği durumlarda “taksirli yardım” (suçta kullanılan tehlikeli eşyanın açıkta bırakılması) cezasız kalmaktadır.⁴⁹⁸ Yazar suç işleme kararlılığının müşahade edilebilir olması

⁴⁹⁴ **Stratenwerth/Kuhlen**, § 15, kn. 65. Aynı yönde bkz. **Frisch**, Verhalten, s. 241 vd. *Stratenwerth* daha öncesinde güven ilkesini, menfaat tartımına değil güven duyulan kişilerin öz sorumluluğuna dayandırmaktaydı. Krş. **Stratenwerth**, FS-Schmidt, s. 392, 393.

⁴⁹⁵ Bkz. **Heinrich**, AT, kn. 1053. Türk öğretisinde **Koca/Üzülmmez**, sınırlı sorumluluk alanları öğretisinin haklılığına işaret etmekle beraber, ilgili olaylarda nihayetinde öngörülebilirlik üzerinden bir sonuca ulaşmaktadır. Yazarlara göre yeni doğan olayında; kızının yeni doğan bebeğini öldürebileceğini öngörebilmesine rağmen onu bebekle yalnız bırakan veya evden atan anne, bebeğin boğularak öldürülmesinden taksirle sorumludur. Ancak yazarlar bir yandan kızının öldürme eğilimini öngörebilecek durumda olan taksirli annenin bu durumuna vurgu yaparken diğer yandan taksir sorumluluğunu garantörlük bağlamında ihmale dayandırmıştır. Bkz. **Koca/Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 227. Dolayısıyla yazarların; icrai taksir sorumluluğu için kasıtlı suçun işlenmesi ihtimaline yönelik nasıl somut emareler aradıkları anlaşılamamaktadır. Eğer kasıtlı suçun objektif olarak öngörülebilirliğiyle yetiniliyorsa bu yaklaşım, üçüncü kişinin özgür ve tam sorumlu eylemleri üzerinden elde edilen nedenselliği, determinist karakterdeki doğal nedensel süreçlerden ayırmayı hedefleyen sorumluluk alanlarının sınırlandırılması anlayışıyla uyumlu olmaz.

⁴⁹⁶ Bu oldukça tartışmalı noktaya ilişkin görüşlerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. **Roxin**, Regreßverbot, 187 vd.

⁴⁹⁷ **Stratenwerth**, Günter, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, 2. Bs., Carl Heymanns, Berlin, 1979, (**Stratenwerth**, AT-I) kn. 1162.

⁴⁹⁸ **Stratenwerth**, AT-I, kn. 1163.

üzerinden getirdiği kriterin, kasıtlı suçlarda azmettirme ve ön gelen tehlikeden kaynaklı garantörlükle ilgili vurgulanan “*başka bir kişinin suç işlemesi muhtemel bir durum yaratmanın cezalandırılmayacağı*” cümlesiyle de uyumlu olduğu kanaatindedir. Buna göre “*kast için geçerli olanın evleviyetle taksir için de geçerli olması gerekir.*”⁴⁹⁹ Özetle kasıtlı suça taksirli yardım ve azmettirmenin cezalandırılmadığı durumlar, bu tür katkılarının kasten sağlanması ihtimalinde de cezasız kalacağı bir noktadan hareketle belirlenmekte ve kast ile taksir arasında paralellik kurulmaktadır. Ancak yazar, kitabının sonraki baskısında “*müşahede edilebilir kasıtlı suç işleme kararlılığı*” kriterini çok dar bularak bundan vazgeçmiştir. Onun yerine kasıtlı suç davranışının, bunu hesaba katmamanın artık mantık dışı kabul edileceği ölçüde yakın bir ihtimal olduğu tüm durumlar için taksir sorumluluğunu kabul etmiştir.⁵⁰⁰

Benzer bir yaklaşımın daha öncesinde *Jakobs* tarafından savunulduğunu söylemek mümkündür. Yazara göre garantörlük durumları hariç tutulursa akla gelebilecek tek amacı kasıtlı suçu teşvik etmek olan yani sadece devamında işlenecek kasıtlı suçla birlikte düşünüldüğünde anlamlı olabilecek özensizlikler açısından icrai taksir sorumluluğu kabul edilmelidir. Buna göre kasıtlı suç olmaksızın da bir anlam ifade eden özensiz davranışlar için taksirli suç tipikliği reddedilmelidir. Bu durumda özensiz hareket eden kişi, bu davranışıyla kasıtlı failin suç işlemek için kullanabileceği bir durum yaratmış olabilir. Ancak burada özensiz davranışta bulunan kişi tarafından söz konusu duruma, kendiliğinden suçu gerçekleştirmeye dönük olmayan bir anlam verilmiş olur. Böyle bir ihtimalde özensizce yaratılan duruma, kasıtlı suç sonrasında geriye dönük bir “renklendirme” yapılamaz.⁵⁰¹ Bu açıklamalarla *Jakobs*, oluşturmaya çalıştığı kriterin kasıtlı bir suça taksirle sebebiyet verilmesi durumlarında çoğu zaman tespitini zor görmektedir. Ancak yazara göre zehir ve yeni doğan olayında kasten öldürmeye imkân yaratan özensizlikler, işlenen suçlardan bağımsız bir anlam taşımamaktadır. Bu çerçevede örneğin verilen zehir, sevgili tarafından sadece suç amaçlı kullanılabilir niteliktedir. Aynı durum kızın ısrarlı talebi üzerine odayı terk eden anne için de geçerlidir.⁵⁰² Özensizliğin objektif açıdan sadece suçu teşvik eden mahiyette olması durumunda taksir sorumluluğunu kabul eden bu yaklaşım, çok katı bir kriter belirlediği için eleştirilmektedir. Zira kasıtlı şeriklik hallerinde bile ilgili davranışlar objektif açıdan çoğu zaman suçtan bağımsız bir

⁴⁹⁹ **Stratenwerth**, AT-I, kn. 1163. Aynı yönde bkz. **Wolter**, Jürgen, **Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem**, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, s. 348.

⁵⁰⁰ Eleştirel bir değerlendirme için bkz. **Wehrle**, s. 65 vd.

⁵⁰¹ **Jakobs**, Regreßverbot, 23, 25; aynı yazar, AT, & 24, kn. 15. Değerlendirme için bkz. **Roxin**, Regreßverbot, s. 189, 190.

⁵⁰² **Jakobs**, Regreßverbot, s. 25.

anlam taşıyabilir. Diğer bir ifadeyle objektif açıdan amacı sadece bir suçu desteklemek olarak değerlendirilebilecek kasıtlı şeriklik halleri bile oldukça sınırlıdır.⁵⁰³ En tehlikeli zehirlerin bile suçla ilişkisiz kullanım amaçları olduğu düşünüldüğünde bu kriterin neden eleştirildiği daha iyi anlaşılabilir.⁵⁰⁴

Öğretide icrai açıdan taksirle neden olunan kasıtlı suçun neticesinden sorumluluk için, müşahade edilebilir suç eğilimi kriterinin (*erkennbare Tatgeneigtheit*) daha çok taraftar bulduğu söylenebilir.⁵⁰⁵ “Üçüncü tarafın davranışıyla hukuki değerın zarar görmesine engel olmakla yükümlü olan garantör” için zaten taksir sorumluluğuna temel olacak özen yükümlülüğünü tespit etmek mümkündür. Dolayısıyla garantör açısından bu kriterin uygulanmasına ihtiyaç yoktur.⁵⁰⁶

Suç eğilimi kriterinin benimsenmesinde *Roxin*’in değerlendirmelerinin payı büyüktür. Yazara göre meselenin objektif isnadiyet öğretisinin büyük oranda kabul gören prensipleri çerçevesinde çözüme kavuşturulması mümkündür.⁵⁰⁷ Buna göre bir neticenin objektif olarak isnadiyetinden bahsedilebilmesi için, bunun fail tarafından yaratılan izin verilmeyen bir tehlikenin neticede gerçekleşmesi suretiyle meydana gelmesi gerekir. Bu nedenle ilgili olaylarda öncelikle izin verilmeyen bir tehlikenin yaratılmış olup olmadığı ele alınmalıdır.⁵⁰⁸ Bu noktada izin verilen riskin sınırlarını tayin ederken, zaten ilgili olayların birçoğunda isnadiyetin reddi gerekecektir. Zira yazara göre burada izin verilen riskin, güven ilkesine göre değerlendirilmesi gereken bir durum söz konusudur. Genel olarak kabul edildiği şekliyle güven ilkesi, normalde trafikteki sürücülerin üçüncü kişilerce gerçekleştirilen trafik ihlallerini dikkate alma yükümlülüklerinin başlangıcını tespit etmektedir. Buna göre trafiğe katılan hiçbir sürücü, özel bir emare olmadığı sürece diğer trafik süjelerinin kasıtlı yahut taksirli trafik ihlallerini, hesaba katmak ve buna göre davranışlarını yönlendirmek zorunda değildir. İşte diğerlerinin hukuka aykırı davranışlarının dikkate alınması bağlamında bu temel prensip, rücu yasağı olaylarında da izin verilen riskin sınırlarını belirleyecektir. Buradan hareketle şu temel kurala ulaşılmaktadır: *Kural olarak herkes üçüncü kişilerin kasıtlı bir suç işlemeyeceğine*

⁵⁰³ **Roxin**, Regreßverbot, s. 190.

⁵⁰⁴ Ayrıca “örneğin üçüncü bir şahsa verilen bir ateşli silah, bir kişiyi öldürmenin veya yaralamanın yanı sıra, yasal meşru müdafaa, avlanma, sadece sergileme veya silah koleksiyonunu tamamlama amacıyla da kullanılabilir.” Dolayısıyla bir özensizliğin akla gelen tek amacını tespit etme açısından objektif olarak net bir belirleme yapılabilmesi mümkün değildir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Wehrle**, s. 74.

⁵⁰⁵ Bkz. **Kaspar**, s. 112, 113; **Heinrich**, AT, kn. 1053; **Rengier**, § 52, kn. 65. **Rengier**’e göre ilgili olaylarda cezalandırmaya ilişkin yaşanan tereddüt, rücu yasağı düşüncesinin arkasındaki haklı esas noktayla ilişkilidir.

⁵⁰⁶ **Kaspar**, s. 112, 113.

⁵⁰⁷ **Roxin**, Regreßverbot, 185.

⁵⁰⁸ **Roxin**, Regreßverbot, s. 185.

güvenebilir.⁵⁰⁹ Trafikteki kaza riskleri nasıl ki bu faaliyetin toplum için ifade ettiği önem göz önünde bulundurularak kabul edilmek durumundaysa hayatın birçok alanındaki tehlikeli faaliyetlerin kasıtlı bir suçun işlenmesi riskini beraberinde getirmesi, aynı ölçüde modern sosyal hayatın sürdürülebilmesi adına kabul edilmeli ve izin verilmesi gereken bir risk olarak değerlendirilmelidir. Zira kişiler eğer sürekli olarak, başkalarının kasıtlı bir suç işlemesine imkân sağlayacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altında olursa, bu durum, riskli olduğu için trafiğin tamamen yasaklanmasına benzer şekilde modern sosyal hayatın devamını imkânsız kılacaktır. Bu nedenle davranışları belli oranda risk yaratan kişilerin, başkalarının kasıtlı bir suç işlemeyeceğine yönelik güvenleri hukuken korunmalı ve kimseye -aksi yönde güçlü emareler olmadıkça- yaratılan bu riskten, kasıtlı bir suç işlemek için istifade edilebileceği ihtimalini hesaba katma yükümlülüğü yüklenmemelidir. Burada aslında izin verilen riskin kabul edildiği her durumda olduğu gibi, bir faaliyetin toplum için sağladığı avantajlarla beraberinde getirdiği tehlikeler arasında bir tartım (*Abwägung*) yapılmaktadır. Rücu yasağı olaylarında ise bu tartım, bireylerin hareket özgürlüğü ve bunun icrasıyla ortaya çıktığı değerlendirilen faydalar ile bundan kaynaklanan kaçınılmaz tehlikeleri konu edinir.⁵¹⁰ Dolayısıyla bireylerin sahip olduğu hareket özgürlüğü sayesinde toplumun elde ettiği faydalar, prensip itibarıyla bunun ortaya çıkardığı risklere tercih edilmelidir. Yazara göre böylece bıçak, alkol, kibrit, çakmak gibi tehlikeli maddeleri satan yahut bunları bir başkasına veren kişilerin yarattığı riske izin verilmektedir.

Burada dikkate değer nokta ise güven ilkesiyle gerekçelendirilen “izin verilen risk”in, sadece ticari bir faaliyet olarak tehlikeli malzemelerin satılması yahut bir başkasına verilmesi suretiyle değil silah gibi tehlikeli bir cismin korunaksız bir şekilde özensizce bulundurulması şeklinde de gündeme gelebileceği düşüncesidir. *Roxin*’e göre her iki ihtimalde de güven ilkesi, izin verilen riskin sınırlarını tayin edecek ve üçüncü kişilerin kasıtlı suç işlemeyeceğine ilişkin güven korunacaktır. Böylece belli bir tehlike kaynağı yaratan özensiz nitelikteki davranışlar da

⁵⁰⁹ **Roxin**, Regreßverbot, s. 186, 187; **Roxin/Greco**, § 24, kn. 26. *Roxin/Greco*’ya göre aslında farklı gerekçelerle de sürekli kendi taraftar bulan rücu yasağı öğretilerinin, kasıtlı suçtan dolayı taksirli katkının cezasız kalması gerektiği yönündeki yaklaşımının isabetli temel argümanı buraya dayanmaktadır. Ancak bu sonucun izahında kullanılan “nedensellik bağının kesilmesi” yahut “taksirli suçlarda şerikliğe denk gelen katkılarının cezalandırılmayacağı” şeklindeki argümanların kabul edilmesi mümkün değildir. Zira var olan bir nedensel katkının kesilmesi mümkün olmayıp; şeriklik üzerinden yapılan değerlendirme de neticeli taksirli suçlarda geçerli olan tek faillik sistemiyle uyusmamaktadır. Zira bu sistemde kasıtlı suça taksirle neden olan kişi kasıtlı suça şerik olarak değil, taksirli fail olarak değerlendirilir. Kasıtlı failin kendi sorumluluğuna atıf yapmak suretiyle isnadiyet ilişkisinin yahut hukuka aykırılık ilişkisinin köktenci bir şekilde reddi yönündeki görüşlerin de kabul edilebilir değildir. Zira taksirli davranan kişinin kasıtlı bir suçun işlenmesine ilişkin kabul edilebilir olmayan bir tehlike yaratması ihtimalinde, taksir sorumluluğunun kasıtlı sorumlulukla beraber gündeme gelmesinin önünde bir engel yoktur. Dolayısıyla en isabetli çözüm, genel bir rücu yasağı yerine, ilgili olaylarda güven ilkesi ve izin verilen riskin sınırlarını tayin etmekle mümkün olacaktır. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 27.

⁵¹⁰ **Roxin**, Regreßverbot, s. 187; **Roxin/Greco**, § 24, kn. 28.

üçüncü kişilerce işlenen kasıtlı suçlar bakımından temelde güven ilkesinin sağladığı korumadan yararlanacaktır. Her iki tehlike açısından da bu güvenin artık korunamayacağı noktayı tespit eden şey, “*kasıtlı failin fark edilebilir hareket eğilimi*”dir. Buna göre eğer riskli davranış, somut olayda kasıtlı suç failinin fark edilebilir hareket eğilimine rağmen gerçekleştirilmiş ve böylece bu eğilim desteklenmişse artık üçüncü kişilerin kasıtlı suç işlemeyeceğine duyulan güven de korunmayacaktır. Dolayısıyla hem fark edilebilir hareket eğiliminin varlığı hem de riskli davranışın bunu destekleyici nitelikte olması halinde⁵¹¹ kasıtlı suçun neticesi taksirli faile isnat edilebilecektir.⁵¹² Zira fark edilebilir hareket eğiliminin teşvik edilmesi halinde prensip olarak riske izin verilmesinin altında yatan ve hareket özgürlüğünden yana olan tartımın (*Abwägung*) artık menfaati zarar gören kişilerin lehine değiştiği kabul edilmektedir.⁵¹³

Bu ilkeler ışığında *linik olayı* ele alındığında; doktorların fark edilebilir hareket eğilimine rağmen hastaya verdikleri çıkış izniyle bunu teşvik ettikleri, izin verilen riskin sınırları dışına çıktıkları değerlendirilmelidir. Dolayısıyla artık üçüncü kişinin suç işlemeyeceğine duyulan güven hukuken sonuç vermeyeceği için, hastanın işlediği suçların neticelerine bağlı olarak, taksirle yaralama ve öldürme suçlarından sorumluluk gündeme gelir. Burada rücu yasağı ile sorumluluğun önüne geçilemez.⁵¹⁴ Aynı şekilde *zehir olayı*nda da zehir temin eden sevgili bakımından, kocanın fark edilebilir hareket eğilimini, yarattığı izin verilmeyen riskle teşvik ettiği değerlendirilmelidir.⁵¹⁵ Diğer taraftan *Winnenden olayı*nda BGH’nin kararı sonuç itibarıyla doğru olsa da bunun gerekçelendirmesindeki argüman taksir suçlamasını oldukça kolaylaştırmaktadır. Zira mahkeme sadece silahın güvenliksiz bir şekilde ortada tutulmasını özene aykırılık olarak değerlendirip bununla mahkumiyeti gerekçelendiriyor. Oysa bu olayda sanığın psikolojik rahatsızlığına ilişkin geçmişi dikkate alınarak fark edilebilir

⁵¹¹ Riskli davranışın destekleyici (fördernd) nitelikte olması gerekliliğine *Roxin* özel olarak vurgu yapmaktadır. Zira tek başına kasıtlı failin hareket eğiliminin fark edilebilir olması taksir sorumluluğu için yeterli kabul edilirse, bu durum kasıtlı failin üçüncü kişiler üzerinde zorlayıcı bir etki göstermesine imkân verilmesi anlamına gelecektir. Buna göre örneğin uçak kaçırma bir korsanın, herhangi bir kurtarma planının devreye sokulması halinde yahut talep ettiği yakıt ihmalinin gerçekleştirilmemesi durumunda yolculardan birini öldüreceği yönünde tehditte bulunması olayında; failin kasıtlı bir suç işleyeceğine ilişkin hareket eğilimi fark edilebilir olmasına rağmen, korsanın isteğinin tersine kurtarmak için insiyatif alan kolluk kuvvetleri yahut yakıt ikmalini yapmayı reddeden pilot, yolculardan birinin ölümünden taksirle sorumlu tutulamaz. Zira burada korsanın isteklerine karşı çıkanlar, onun hareket eğilimini teşvik edici bir riskli davranışta bulunmamışlardır. Burada uçak korsanının, belli davranışları kendi işleyeceği suçun ön şartı haline getirmesi nedeniyle üçüncü kişilere bu yönde hareket etme yükümlülüğü getirilmesi, ceza hukukunun tehdit ve şantajla alan açmasını sonuçlar. Dolayısıyla teşvik etme kriterinin sağlanamadığı durumlarda da taksir isnadının reddedilmesi gerekir. Ayrıntılı açıklamalar ve farklı örnekler için bkz. *Roxin*, Regreßverbot, s. 191; *Roxin/Greco*, § 24, kn. 30.

⁵¹² *Roxin*, Regreßverbot, s. 190 vd; *Roxin/Greco*, § 24, kn. 28.

⁵¹³ İlgili olaylarda; izin verilen riskin sınırlarının tespitine ilişkin argümanların çeşitliliği hakkında Bkz. *Roxin*, Regreßverbot, 187.

⁵¹⁴ *Roxin/Greco*, § 24, kn. 29.

⁵¹⁵ *Roxin/Greco*, § 24, kn. 32.

suç eğilimi tespiti yapmak mümkündür. Bu nedenle çocuğun durumu, sanığın güven ilkesinden yararlanamayacağı bir istisna oluşturmaktadır.⁵¹⁶

Türk ceza hukukunda da bazı yazarlar, ilgili olaylarda taksir sorumluluğunun ya garantörlük durumunda ya da kasıtlı suça ilişkin müşahade edilebilir/gözlemlenebilir emarelerin varlığı halinde kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵¹⁷

2.2.3. Ara Değerlendirme

Yukarıda geniş faillik anlayışı çerçevesinde şekillenen taksir dogmatığının en zorlandığı iki noktada nasıl çözümler bulunduğu üzerine kapsamlı bir inceleme yapılmıştır. Ele alınan görüşlere ilişkin gerekli görüldükçe belli eleştirilerde bulunulmuş olsa da bu incelemenin amacı her bir argümanın leh ve aleyhinde bir değerlendirme yapmak yerine, geniş taksir tipikliği anlamına gelen geniş faillik yaklaşımına ve bu yaklaşım içinde birbirinden oldukça farklılaşan pozisyonlara ilişkin genel bir çerçeve çizmektir. Bu sayede geniş faillikten yana olan hâkim öğretinin aslında bu pozisyonunu sürdürmek adına ne kadar zorlandığını tespit edebilmek önemlidir. Zira çoğu zaman taksirli suçlarda geniş faillikten hareket edilmesi gerektiği tezinin ne anlama geldiği üzerinde yeterince düşünülmemekte ve bu iddia aslında hak etmediği bir özgüvenle savunulmaktadır. Oysa özensizliğin sonraki kasıtlı davranışa (mağdur veya üçüncü kişi) yol açtığı durumlarda taksirin dışlanması yönelik çabalar zaten geniş faillik teziyle önemli ölçüde çelişmektedir. Burada mağdurun sorumluluğunu özel bir durum gibi ele almaya yönelik çabalar ikna sorunu yaşadığı gibi kasıtlı üçüncü kişinin davranışları açısından yanlış argümanlarla da olsa rücu yasağına yaklaşan değerlendirmelerde bulunulması geniş faillik kabulünün sürdürülmesini anlamsız hale getirmektedir.

Diğer yandan çok katı bulunduğu için genellikle reddedilen rücu yasaklarının haklı esasını oluşturan sorumluluk ilkesine hâkim öğreti içinde yer vermeye çalışan (normun koruma amacının ötesinde) yaklaşımın, her biri anlaşılması ve uygulanması zor kriterlere başvurduğu görülmektedir. Burada bir yandan esas olarak yalın öngörülebilirlikten daha yakın bir suç işleme ihtimalini tespit etmek için uğraşılırken diğer yandan kasıtlı şeriklik hallerini de dışlamayacak bir formül geliştirilmeye çalışılmaktadır. Bu çerçevede taksir sorumluluğu için üçüncü kişinin kasıtlı suç potansiyeline yönelik olarak belirlenecek kriterin, kasıtlı şeriklikte

⁵¹⁶ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 33-a. Buradaki isnadiyet sorununun benzer şekilde “fark edilebilir hareket eğilimi” kriterinden hareketle çözülmesi gerektiğini savunan *Berster*, Winnenden olayında aksi bir sonuca ulaşmaktadır. Yazara göre burada babanın, çocuğun ölüm fantezilerine ilişkin muhtemel bilgisi bir emareden fazlası değildir. Dolayısıyla bu olayda baba bakımından çocuğun gerçekleştirdiği eylemlerin fark edilebilir olduğu söylenemeyecektir. Bkz. **Berster**, s. 627.

⁵¹⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 428; Öztürk, Nurten, **Şirket Faaliyeti Sırasında İşlenen Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 71.

aranana nazaran daha ağır veya ona eşit olmamasına dikkat edilmektedir. Zira Alman ceza hukuku açısından bu mesele, mağdurun şahsi sorumluluğunu kategorik olarak taksirin dışlanması sebebi görmek kadar kolay değildir. Mağdurun sorumluluğuna atfedilen istisnai önem kasıtlı suçlardan bir karşılaştırmayla zayıflatılamazken, aynı durum şeriklik düzenlemeleri nedeniyle üçüncü kişinin kasıtlı davranışı için geçerli değildir. Eğer ilgili olaylarda kasıtlı suçun işlenmesine yönelik emarelerin çok kuvvetli olması aranırsa yardım etme ve azmettirmeden daha öte bir kriter belirlenmiş olacaktır, Dolayısıyla burada kast ve taksir haksızlığı arasında daha hassas bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. Ancak bu dengeyi sağlama amacıyla ileri sürülen kriterlerin istikrarlı bir yargı uygulamasına dönüşmesi neredeyse imkansızdır. Zira bunların birbirinden hangi noktada ayrıldığını, benimsenen kriterin hangi aşamada tam olarak ceza tehdidinden arındırılmış hareket özgürlüğüne izin verdiğini ve icra-ihmal sorumluluğu arasında nasıl bir ayırım yapılması gerektiği hususları tüm çabalara rağmen büyük bir belirsizlik içindedir. Örneğin hangi halde kasıtlı suç, bunu hesaba katmamanın artık mantık dışı kabul edileceği ölçüde yakın bir ihtimaldir? Ya da hangi durumlarda müşahede edilebilir şekilde failin kasıtlı suç işleme kararlılığı içinde olduğu değerlendirilecektir? Özensizliğin ne zaman kasıtlı suçtan bağımsız bir anlam ifade etmediği sonucuna ulaşılacaktır? Müşahede edilebilir suç eğilimi nedir ve özensizliğin bu tür bir eğilimi destekleyici nitelikte olduğu nasıl tespit edilecektir? Sadece ilk bakışta değil uzun süre üzerinde düşünüldüğünde dahi bu soruların gizeminden bir şey eksilmediği anlaşılabacaktır.

Söz konusu çabalarda sevindirici tek yön, menfaat tartımı temelinde de olsa güven ilkesi aracılığıyla kural olarak herkesin kendi davranışlarından sorumlu tutulması gerektiği düşüncesinin geniş failliği esas alan hâkim öğretinin çoğunluğu tarafından da benimsenmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu durum, onu reddedenler tarafından dahi rücu yasağının esas hareket noktasının kabul edildiğini göstermektedir.⁵¹⁸

Tüm bunlarla birlikte eleştirilen bu hâkim öğretinin Türk ceza hukuku açısından daha sorunlu olduğuna da dikkat edilmelidir. İlk olarak Alman ceza hukuku açısından mağdurun ve üçüncü kişilerin sorumluluğuna farklı izahatlar getirilebilmesi kısmen anlaşılabilirse de bu ayrışmanın, Türk ceza hukukuna aktarılması isabetli değildir. Dolayısıyla hukukumuz açısından mağdurun öz sorumluluğunu istisnai bir taksir dışlaması gibi değerlendirmek için genelde

⁵¹⁸ Krş. Bloy, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, (Bloy, *Beteiligungsform*), s. 138; Güven ilkesinin rücu yasağı sorunuyla yakından ilişkili olduğu yönünde bkz. *Jakobs*, Regreßverbot, s. 13; *Rengier*, § 52, kn. 65.

çelişkili bir argümana başvurulmaktadır.⁵¹⁹ Zira TCK, AICK'dan farklı olarak, tam sorumlu hareket eden mağdurun intiharına yönelik tüm muhtemel kasıtlı şeriklik hallerini bağımsız bir suç tipine dönüştürmüştür. Dolayısıyla TCK uygulaması açısından; Alman hukukundaki temellendirmelerin çoğunda az ya da çok benimsenen “evleviyet” yorumunun geçerli olması beklenemez. Bu çerçevede Türk ceza hukukçuları için; mağdurun ve üçüncü kişinin kasıtlı davranışını benzer bir yaklaşımla ele almaya imkân veren bir çözüme ihtiyaç vardır. Bana göre bunun için taksirli dar failliğin de öncüsü sayılabilecek rücu yasağı öğretilerinden istifade edilmelidir. Bu noktada her iki durumu da normun koruma amacına dahil eden yaklaşımın, yalın öngörülebilirliğe göre ilave bir sınırlama yaptığı doğruysa da herkesin kural olarak kendi eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği fikrini dikkate almadığı daha önce ifade edilmiştir. Bu çerçevede söz konusu değerlendirmelerin, soruna sadece kısmi bir çözüm ürettiğini tespit etmekte yarar vardır.

2.3. Taksirli Dar Fail Anlayışının Rücu Yasakları Üzerinden Teorik Gelişimi

2.3.1. Klasik Rücu Yasağı Öğretileri

Şart teorisi temelinde savunulan geniş failliğe yönelik sınırlamayı yine nedensellik üzerinden yapmayı deneyen ve eski öğretide rücu yasağının oluşturulmasına önemli bir katkı sunan *Frank*, nedensel olamayacak ve dolayısıyla fail sorumluluğunu oluşturamayacak belli genel koşulları tespit ederek, bunlar yönünden şart teorisinin sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre nedensel süreçte belli bir noktanın ötesinde kalan ve artık neden olarak kabul edilemeyecek koşullar yönünden bir rücu yasağından bahsetmek gerekir. Bu yasağı genel olarak şu şekilde tarif etmek mümkündür: “*bir sonucun meydana gelmesine özgürce ve bilinçli olarak (kasıtlı ve kusurlu bir şekilde) yönelmiş bir şartın ön koşulları, neden olarak kabul edilmez.*”⁵²⁰ Bu tür bir ön koşulu gerçekleştiren kişi yalnızca şerik olarak ilgili suçtan sorumlu tutulabilir ki bu da ancak şerikliğin unsurları mevcutsa mümkündür. Dolayısıyla intihara teşvik veya yardım edilmesi cezalandırılmaz. Aynı şekilde bir mekânda dolu silahını dikkatsizce bulunduran kişi, üçüncü birinin bu silahla kasıtlı ve kusurlu olarak bir başkasını öldürmesi halinde de bundan sorumlu tutulmayacaktır.⁵²¹ Ancak burada ön koşulların nedensel nitelik taşınamaları, yetersizliklerinden değil kendine has durumlarından (*Eigenart*), kasıtlı ve kusurlu bir koşulla aynı nedensel zincirde bulunmalarından kaynaklanmaktadır. *Frank*'a göre

⁵¹⁹ Bu noktada yalnızca hukuki değer sahibi olarak mağdurun korumadan vazgeçtiği düşüncesi, mağdurun sorumluluğunu istisnai bir şekilde değerlendirmeye imkân tanımaktadır. Yukarıda bkz. 2.2.1.4.

⁵²⁰ Frank, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Bs., Mohr, Tübingen, 1931, § 1, III, 2. a, s. 14.

⁵²¹ Frank, § 1, III, 2. a, s. 14.

geleneksel olarak savunulduğu şekliyle “kasıtlı bir müdahaleyle nedensellik bağının kesildiği” argümanı, kasıtlı ve kusurlu bir müdahaleye ön gelen bir koşulun hiçbir şekilde failliği temellendiren bir neden olarak kabul edilemeyeceği şeklinde yanlış anlaşılmaya müsaittir. Oysa burada nedensel niteliği engelleyen şey, bunların kasıtlı müdahaleyle aynı nedensel zincirde ve zamansal olarak onlardan önce yer alan ön koşul olmalarıdır.⁵²²

Frank’ın isabetli bulmadığı nedensellik bağının kesilmesi argümanını savunanlardan biri de *Goltdammer* olmuştur.⁵²³ Ancak sadece “kasıtlı ve kusurlu” müdahalelerle sınırlı kalmayan yazar; ateşe hazır silahını odasında erişime açık bir şekilde bırakan kimsenin, odayı temizlemeye gelen iki hizmetçiden birinin, aslında nasıl kullanıldığını göstermek isterken yanlışlıkla silahı ateşlemesi ve diğer hizmetçinin ölümüne neden olması durumunda taksirle öldürmeden sorumlu tutulamayacağını ileri sürmektedir. Zira ilk özensiz davranış ile tipik netice arasına giren hareket, özgür bir iradenin sonucuysa (*Frank*’tan farklı olarak, kasten gerçekleştirilme de) nedensellik bağını keser ve dolayısıyla ilk faile isnat edilemez.⁵²⁴

Nedensellik bağının kesilmesi yaklaşımının önemli temsilcilerinden olan *Liszt* ise bu kesintiyi azmettirme ve yardım etmeye yönelik düzenlemeler üzerinden gerekçelendirmektedir. Yazara göre ceza hukuku anlamında icrai ve ihmali davranışı kapsayan bir şekilde hareket tanımı yapmak gerekirse bunu “*iradi olarak dış dünyada bir değişikliğe neden olma veya değişikliğe engel olmama*” şeklinde tarif etmek gerekir.⁵²⁵ Bu yönüyle dış dünyadaki değişikliği ifade eden netice, öncelikle iradi bir insan davranışının varlığını gerektiren hareketin, ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.⁵²⁶ Bu temelde neticeye neden olan iradi bir davranış anlamındaki icrai hareketten yani bir yapmadan bahsedilebilmesi için bedensel hareket ile neticenin birbirleriyle sebep sonuç ilişkisi içinde bulunması gerekir. *Liszt* bu tür bir nedensel ilişkiyi, bugün de herkesin bildiği o meşhur şart teorisi tarifiyle ortaya koymaktadır. Buna göre “*eğer bir netice o vücut hareketi olmadan ortaya çıkmayacak idiyse yani neticenin mevcudiyeti ortadan kalkmadan o bedensel hareketin nedensel süreçten dışlanması, yok kabul edilmesi mümkün değilse*” nedensellik kabul edilir.⁵²⁷ Bu çerçevede genel olarak bir beden hareketi; kendisinden sonra veya eş zamanlı olarak gerçekleştirilen diğer insan hareketleri olmadan neticenin meydana gelmeyeceği bir durumda dahi nedensel kabul edilmelidir. Bu bağlamda özellikle üçüncü kişinin taksiri veya mağdurun dikkatsizliği nedenselliğin kabulüne engel teşkil

⁵²² *Frank*, § 1, III, 2. a, s. 15.

⁵²³ Krş. *Walther*. s. 85.

⁵²⁴ *Goltdammer*, GA 1987, s. 19.

⁵²⁵ *Liszt*, Lehrbuch, § 28, s. 102.

⁵²⁶ *Liszt*, Lehrbuch, § 28, I-II, s. 102-103.

⁵²⁷ *Liszt*, Lehrbuch, § 29, II, s. 106.

etmez. Ancak nedensel süreçten ilk davranış çıkarıldığında neticenin meydana gelmesi noktasında herhangi bir değişiklik olmuyorsa nedenselliğin dışlanması gerekir ki özellikle yeni ve bağımsız bir nedensel zincirin neticeye yol açtığı durumlar bu dışlamanın konusudur.⁵²⁸ Liszt'e göre kanundaki azmettirme ve yardım etme düzenlemeleriyle kanun koyucu, kasıtlı failin eylemini bu tür yeni ve bağımsız bir nedensel zincir olarak görmektedir. Zira kanundaki ele alınış tarzlarından, azmettirme ve yardım etmenin ortaya çıkan neticenin nedeni olarak kabul edilmediği, bunun aksine diğerlerinin fiillerine şeriklik olarak değerlendirilmek istendiği anlaşılmaktadır. Bu durumun ortaya çıkardığı bir zorunluluk olarak kasıtlı bir fiile yönelik kasıtlı azmettirme ve yardım etme bağlamında, failin fiiliyle birlikte nedensellik bağının kesildiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla nedensel sürece eş zamanlı veya sonradan dahil olan üçüncü kişilerin hareketlerine yönelik “olmazsa olmaz” değerlendirmesinin; nedenselliğe engel teşkil etmediği prensibi, iştirak düzenlemelerinin işaret ettiği önemli bir sınırlamaya tabidir. Bu düzenlemelerde somutlaşan temel düşünceyi şu şekilde genelleştirmek mümkündür: *isnat kabiliyeti yerinde olan kimsenin serbest ve kasıtlı bir hareketi, her zaman yeni ve bağımsız bir nedensel zincir oluşturur ve nedensellik bağının kesilmesine yol açar.*⁵²⁹

Bu değerlendirmeler şerik hareketlerinin tipik netice bakımından nedensel olmadığı halde kanun koyucu tarafından istisnai bir tarzda cezalandırıldığına işaret etmektedir. Böylece intihara kasten iştirak edenin neden kasten öldürmeden sorumlu tutulamayacağı izah edilmiş olmaktadır.⁵³⁰ Ancak bu yaklaşım; kasıtlı bir suça veya serbest iradeye dayanan intihara özensiz bir davranışla katkı sağlayan kişinin tipik neticeye neden olamayacağı sonucunda esasen kendini göstermekte ve her halükârda “kasıtlı” bir davranışla nedenselliğin kesilmiş sayılması burada cezasızlık getirmektedir.⁵³¹ Yazara göre ayrıca kanuni düzenlemelerin şeriklik için kast şartı öngörmesi nedeniyle şeriklik ihtimalinin dışlanmasına ilaveten taksirli davranışın “dolaylı bizzat işleme” (*mittelbare Selbstbegehung*) sayılması da mümkün değildir. Zira pozitif şerik düzenlemelerinden ortaya çıktığı üzere kanunda benimsenen nedensellik kabulü, serbest ve kasıtlı bir hareketin nedenselliği kestiği düşüncesine dayanmaktadır.⁵³² Bu açıklamalarla yazar, “*taksirli şeriklik*” görünümündeki katkıların cezasız kalması gerektiğini dile getirmektedir.

Buradan hareketle serbest iradeye dayanan bir intiharın da “kasıtlı” olduğu düşünüldüğünde bu intihara yönelik katkılar (kasıtlı veya taksirli olmasından bağımsız)

⁵²⁸ Liszt, Lehrbuch, § 29, II, 2, s. 107.

⁵²⁹ Liszt, Lehrbuch, § 29, III, s. 107-108.

⁵³⁰ Liszt, Lehrbuch, § 29, III, s. 108.

⁵³¹ Liszt, Lehrbuch, § 52, I, 209; § 86, II, s. 296.

⁵³² Liszt, Lehrbuch, § 52, I, 209; § 86, II, s. 296.

nedensel sayılamayacaktır. Bu tür bir intihar da kasıtlı fail fiili gibi nedensellik bağının kesilmesine yol açmaktadır. *Liszt*'in yaklaşımında özellik arz eden nokta hem görece daha sınırlandırıcı bir rücu yasağının savunulması hem de nedensellik bağının kesilmesiyle aslında faillikle özdeş olan spesifik tipik hareket haksızlığının belirlenmeye çalışılmasıdır. Bu belirleme taksirli suçlarda cezalandırılabilir taksirli faillik ve cezalandırılmayan taksirli şerikliğin ayrımı yoluyla yapılmaktadır.⁵³³ Dolayısıyla yazarın rücu yasağı, taksirli suçlarda iştirak ayrımına referans olabilecek bir temele dayanmaktadır.

Yukarıda kısaca özetlenmeye çalışılan klasik rücu yasağı öğretileri, genel olarak özgür ve kasıtlı bir müdahaleyle birlikte ortaya çıkan bir neticenin, ilk davranışa isnat edilemeyeceği tezini, nedensellik ilişkili gerekçeler üzerinden izah etmeye çalışmaktadır. Zira bu değerlendirmeler, suçun tipik haksızlığı içinde objektif isnadiyet aşamasının kabul edilmediği ve ceza hukuku anlamında bir haksızlığa sadece nedensellik filtrasyonu ile ulaşıldığı bir dönemde yapılmıştır. Burada varılan sonuçlardan bağımsız olarak nedensellik bağının kesilmesi argümanına karşı çıkmak gerekir. Özellikle hâkim nedensellik öğretisini temsilen şart teorisine göre bakıldığında kesildiği iddia edilen tüm olaylarda aslında ilk davranış ile netice arasında nedensellik bağının mevcut olduğu açıktır. Aynı durum diğer nedensellik kabulleri açısından da geçerlidir.⁵³⁴ İntihar olayları için düşünüldüğünde dikkatsiz bir davranışın yarattığı imkândan yararlanarak hayatına son veren bir kişinin ölümü açısından ilk davranışın nedenselliği üzerinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda “*nedensel bağlantı ya vardır ya da yoktur*”.⁵³⁵ Bu bağlantının, kasıtlı ve özgür bir insan davranışıyla kesildiği iddiası isabetli değildir.⁵³⁶ Nitekim bugün klasik rücu yasaklarının dayandığı esas temeli ve ulaştığı sonuçları isabetli bulan yazarlar bile nedensellik temelli argümanları sorunlu görmektedir. Ancak bu sorunu tespit eden *Schumann*'a göre klasik rücu yasağı öğretilerine yakından bakıldığında, kişileri prensipte başkalarının yaptığından sorumlu tutmak istemeyen düşüncenin, esasen haklı bir noktadan hareket ettiği görülmektedir. Yanlış argümanlarla da olsa bu yazarlar; doğal nedenselliğin öngörülebilir determinizmi karşısında insanın özgür iradesinin öngörülemez indeterministik karakterini ceza sorumluluğunun tespitine dahil etmeye çalışmaktadır.⁵³⁷ Kanaatimce de ilgili dönemde bunu gerçekleştirmek için doğru enstrümanların keşfedilmemiş olduğu dikkate alındığında nedensellik üzerinden denenen ve şart teorisi karşısında başarısız

⁵³³ Krş. **Walther**, s. 85.

⁵³⁴ Puppe, Ingeborg, “Die Lehre von der objektiven Zurechnung”, JURA, 1998/1, sa. 21-31, (**Puppe**, Objektive Zurechnung), s. 26; **Roxin**, Regreßverbot, s. 177.

⁵³⁵ **Roxin**, Regreßverbot, s. 177.

⁵³⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Roxin**, Regreßverbot, s. 177; **Puppe**, Objektive Zurechnung, s. 26.

⁵³⁷ **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 2-5.

olan teşebbüslerin, mecburiyetten kaynaklı geçici çözüm önerileri olarak düşünülmesi mümkündür.⁵³⁸ Burada şart teorisiyle uyumsuzluğuna ilaveten ilgili dönemde Alman ceza hukukunda netice odaklı bir haksızlık anlayışının hakim olması, kast ile taksirin sadece bir kusur türü olarak kabul edilmesi ve büyük ölçüde öngörülebilirlik odaklı bir taksir anlayışının benimsenmesi rücu yasağının genel kabulüne engel oluşturmuştur.⁵³⁹ Bu durumun rücu yasağının temelindeki bağımsız ve gelişime açık fail öğretisinin de (belli “taksirli” katılımların cezalandırılmayacağıyla bağlantılı olarak) görmezden gelinmesine yol açtığı değerlendirilmektedir.⁵⁴⁰

Alman İmparatorluk Mahkemesi de sonrasında meşhur olan ve rücu yasağına karşı çıkmak için sıkça referans verilen⁵⁴¹ davalarda açıkça nedenselliğin kesilmesi argümanını ve dolayısıyla klasik anlamda rücu yasağını reddetmiştir. Yukarıda ilgili olaylar başlığıyla özet şekilde bahsedilen bu davalardan *yangın olayında*⁵⁴² fabrika sahipleri, fabrikanın çatı katına ilgili yasal düzenlemelere aykırı olarak bir daire inşa ettirir ve evin önemli oranda yangın tehlikesi barındırdığını bilmesine rağmen gerekli önlemleri almadan burayı bir aileye kiralar. Sonrasında sebebi tam olarak anlaşılamayan ancak üçüncü kişi tarafından kasıtlı veya taksirli şekilde gerçekleştirilmiş olması muhtemel bir yangında kiracı ailenin fertleri hayatını kaybeder. Fabrika sahiplerinin taksirle öldürmeden mahkûm edildiği karara yapılan temyiz başvurusunda iki hususa yer verilmiştir. Bu çerçevede ilk etapta yangın tehlikesinin farkında olmalarına rağmen kiracıların bu riski alarak evde yaşamalarına vurgu yapılmıştır. Diğer taraftan özellikle ispat durumuna göre dışlanmayan bir ihtimal olarak yangının üçüncü kişinin taksirli veya kasıtlı eylemi sonucunda çıkmış olması ihtimaline dikkat çekilmiş ve mahkûmiyet kararının bozulması talep edilmiştir.⁵⁴³ Yüksek mahkeme öncelikle şart teorisine göre nedensel olduğunu değerlendirdiği sanık davranışına ilişkin bu niteliğin, neticeye az veya çok katkı sağlayan diğer nedenlerin varlığı halinde de ortadan kalmayacağına vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre olayda yüksek yangın riski olan bir dairenin inşası ve bunun kiralanmasıyla kiracılar için bir yangın ihtimalinde evde yaşayanları kurtarma ihtimalini ortadan kaldıran tehlikeli durumun ölüm

⁵³⁸ **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 2-3.

⁵³⁹ Bu sebeplerle rücu yasağının haklı yanlarının da uzun süre dikkate alınmadığı yönünde bkz. **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 2-3. Nedenselliğin kesilmesi argümanındaki yanlışlıkla birlikte öğretinin doğru olan özünün de göz ardı edildiğini ileri süren **Wegner**’e göre “*insanın özgürlüğü ve onuru sorumluluğun şu şekilde sınırlandırılmasını gerektirir: kim bilerek ve isteyerek ve suçun iç unsurlarının diğer tüm özelliklerine sahip olarak fiili, suçun dış unsurlarını gerçekleştirmişse, fail odur ve onun fail olması gerçeği arkadakin rücuyu yasaklar.*” bkz. **Wegner**, Arthur, **Strafrecht. Allgemeiner Teil**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1951, s. 242.

⁵⁴⁰ **Walther**, s. 89-90.

⁵⁴¹ Bu yönde bkz. **Roxin**, Regreßverbot, s. 177 vd.

⁵⁴² RGSt. 61, 318, 14.06.1927. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Walther**, s. 89-90; **Roxin**, Regreßverbot, s. 193 vd.

⁵⁴³ RGSt. 61, 319.

neticeleri bakımından nedensel olduğu reddedilmez. Dolayısıyla normalde bir yangın, sanıkların yarattığı bu tehlikenin, nedenin, etkisi olmadan ölüm neticesini gerçekleştiremeyecekti. Böyle bir durumda artık yangının nasıl ortaya çıktığı önemini kaybetmektedir. Bu çerçevede yangının üçüncü bir kişi tarafından kiracıları öldürmek için çıkarılmış olması dahi fabrika sahiplerinin başlattığı nedensel süreci kesintiye uğratmayacaktır.⁵⁴⁴ Bu tespitler üzerine somut olayda fabrikanın giriş katının kilitlenmemesi hususunu dikkate alan mahkeme; kasten veya taksirle yangın çıkarılması ihtimalinin, yani nedensel sürecin, sanıklar için öngörülebilir ve hatta yakın olduğunu değerlendirmiş ve kiracıların riski üstlendiği iddiasını reddetmiştir. Mahkemeye göre kendileri yükümlülüğe aykırı davranan sanıklar, kiracıların yangın tehlikesi taşıyan bir evde yaşama riskini üstlendiklerine dayanarak sorumluluktan kurtulamaz.⁵⁴⁵

Mahkeme klasik anlamda rücu yasağını yeni doğan olayında da reddetmiştir.⁵⁴⁶ İlk derece mahkemesi bu olayda; taksirle öldürmeden mahkûm edilen annenin, normalde ilk sırada koruma yükümlüsü kızın bunu yerine getiremeyeceği bir durumdayken bebeğin hayatını korumak için harekete geçme yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır. Bu yükümlülük bağlamında anne; gerekli ve mümkün tedbirlerden biri olarak örneğin doktor çağırıyorsa veya doğum sırasında ve sonrasında en azından kızın yanında korucuyu ve destekleyici bir şekilde bulunsaydı, bebeğin ölümü gerçekleşmeyecekti. Zira bu ihtimalde kız, yeni doğan bebeğini öldürmezdi. Dolayısıyla annenin kızı doğum sonrası bebekle baş başa bırakıp gitmesi ölüm neticesi açısından nedensel ve yükümlülüğe aykırıdır. İlk derece mahkemesine göre bu davranış aynı zamanda kusurlu kabul edilmelidir. Zira anne kişisel kabiliyeti ve bilgisi sayesinde hareketsiz kalmasının bir sonucu olarak bebeğin ölümünü öngörebilecek durumdadır. Özellikle doğumun yol açtığı tedirginlik ve çaresizlik içindeki kızın, bebeği öldürme yoluna sürüklenebileceği annenin dikkate alabileceği bir ihtimaldir.⁵⁴⁷ Bu gerekçelerle verilen mahkûmiyet kararına karşı temyiz nedeni olarak kızın kasten öldürme hareketiyle birlikte annenin davranışı ve netice arasındaki nedensellik bağının kesintiye uğradığı iddiasını yüksek mahkeme kabul etmemiştir. Mahkeme neticeye yönelik özgür ve bilinçli olarak gerçekleştirilen koşulların ön koşullarına rücu etmenin, sadece kasıtlı suçlarda iştirak düzenlemeleri sayesinde mümkün olduğu yönündeki görüşün isabetsiz olduğunu açıkça vurgulamıştır. Daha önceki benzer içtihatlarına da atıf yapan mahkeme, “nedensellik zinciri içinde birbiri ardına sıralanan

⁵⁴⁴ RGSt. 61, 319, 320.

⁵⁴⁵ RGSt. 61, 322.

⁵⁴⁶ RGSt 64, 316 ff.

⁵⁴⁷ RGSt 64, 317, 318.

çeşitli koşulların, yani birbirine bağlı koşulların ceza hukuku kapsamına alınmasının, aşırı sertliğine karşı dengesini öngörülebilirlik şartında bulduğu”na yönelik yerleşik içtihadını tekraren hatırlatmış ve buradaki sınırlama için öngörülebilirliğin yeterli olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla öngörülebilirliğin tespit edildiği bir yerde sonraki kasıtlı davranış, ilk ön koşula rücu etmeye engel olmayacaktır.⁵⁴⁸ Mahkemeye göre öngörülebilirlik gerekliliğini dikkate almayan ve genelde nadir olay grupları üzerinden haklılığını ortaya koymaya çalışan rücu yasağının uygulanamaz niteliği, bu davadaki gibi hayatta sürekli ortaya çıkan ve toplumsal koşullarla birlikte insanın dürtülerinin yol açtığı olaylarda test edildiğinde görülmektedir. Böyle bir yasak, bu tarife uyan olaylarda hukuk uygulamasını engelleyici bir etki göstermektedir. Nitekim somut olayda sanığın davranışına yönelik taksirin kanıtlandığı dikkate alındığında “*adalet duygusunun*”, mahkumiyeti tasvip etmeyeceği düşünülemez. Burada bir rücu yasağı oluşturarak mahkumiyetten kaçınmaya yönelik çabalar, hatalı olmaları nedeniyle reddedilmek zorundadır.⁵⁴⁹

Son olarak İmparatorluk Mahkemesi’nin meşhur *zehir olayı* davasında verdiği karar da oldukça önemlidir.⁵⁵⁰ Karara konu olayda kadın sanık A, evli bir adam olan B ile duygusal bir ilişki yaşamaktadır. A, bir zehir temin ederek B’ye teslim etmiş ve bununla B, karısını öldürmüştür. Kasten öldürmeye şerik olarak iştirakten yargılanan B hakkında, olası kastı dahi tespit edilemediği için beraat kararı verilmiştir. Yüksek mahkeme ise burada beraat kararındaki vaka tespitlerinden hareketle derece mahkemesinin eksik inceleme yaptığı sonucuna ulaşmıştır. Buna göre A ve B zehrin temininden önce uzun zamandır B’nin karısının ölmesi halinde bir evlilik birliği kurmayı düşünmektedir. İkili zehir teminiyle ilgili de daha önce uzun görüşmeler yapmıştır. İlk derece mahkemesine göre sanık A’nın aklına, temin ettiği zehirle B’nin izin verilmeyen bir şey planladığı düşüncesi gelmiş olmalıdır. Nitekim tespitlere göre zehri temin eden A, B’ye açıkça karısına zarar vermesini istemediğini beyan etmiştir. Bunlardan hareketle ilk derece mahkemesi, zehri veren sanık için B’nin bu zehirle karısını ortadan kaldıracağı ihtimalinin oldukça olası görüldüğü sonucuna ulaşmıştır. Beraat kararındaki bu tespitler, buna rağmen zehrin B’ye teslim edilmesinin, mağdurun ölümü açısından taksirli bir icra hareketi olabileceği düşüncesini güçlendirmektedir. Taksir sorumluluğunu incelemeyen beraat kararı, bu nedenle bozulmuştur.⁵⁵¹ Buna ilaveten yüksek mahkeme, somut olayda taksirli davranışı takiben kasten gerçekleştirilen bir öldürmeden hareketle “nedensellik bağının kesintiye

⁵⁴⁸ RGSt 64, 318.

⁵⁴⁹ RGSt 64, 320.

⁵⁵⁰ RGSt 64, 370.

⁵⁵¹ RGSt 64, 371.

uğraması” üzerinden taksirli sorumluluğun dışlanması ihtimalini ele almıştır. Mahkeme daha önceki kararlarına atıfla bu görüşün reddedildiğini hatırlatarak nedensel süreçte taksirli ve kasıtlı davranışların bir araya gelmesi halinde her ikisinin de ayrı bağımsız suçlar olarak varlıklarını yan yana devam ettireceklerini vurgulamıştır. Yani taksirli davranıştan sonraki kasıtlı eylemler, taksirli şartın ortaya çıkan netice bakımından nedensel olmasına engel teşkil etmeyecektir. Ancak mahkeme belli durumlarda artık taksire rücu etmenin mümkün olmadığını da bu kararda kabul etmiştir. Bunun için sonraki kasıtlı hareketin öyle bir nitelik göstermesi gerekir ki artık netice taksirli davranışa dayandırılmasın yani rücu ettirilemesin. Mahkemeye göre bu ikinci durum, *kanundaki düzenlemelerin işaret ettiği zorunlu bir çıkarım* olduğunda kabul edilebilir. Buna göre örneğin kasıtlı bir ihlali kasten desteklenmenin cezasız kaldığı kabahat suçları açısından, aynı ihlale taksirli yardımın cezalandırılması bir çelişkiye neden olacaktır.⁵⁵² Bu tür bir çelişkiden kaçınmak adına kasıtlı şerikliğin kanun tarafından dışlandığı en hafif suçlarda, neticenin artık taksirli şerikliğe de rücu ettirilmemesi gerekir. Bu tür bir çelişkinin ortaya çıkmadığı hallerde ön gelen taksirli davranışın, nedenselliğini sürdüreceği yönündeki genel değerlendirme uygulama alanı bulur. Bu çelişkiler dışında kanundaki iştirak düzenlemelerinden hareketle genel bir rücu yasağını gerekçelendirmek mümkün değildir.⁵⁵³

Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin son kararda en hafif suç grubu için kabul etmek durumunda kaldığı rücu yasağı, sadece sistematik bir çelişkiden kaçınma amacı taşımaktadır. Bunun dışında tarihsel olarak İmparatorluk Mahkemesi’nin rücu yasağını reddetmesi, ilgili yasağın adalet duygusuna göre cezalandırmaya layık görülen olaylarda cezasızlığı ikna edici bir şekilde izah edememesine ve somut olay adaletini gerçekleştirecek bir esneklik

⁵⁵² RGSt 64, 373. Karar tarihindeki haliyle AICK m. 49, ceza kanununda düzenlenen hukuka aykırı fiil türlerinden cürüm ve cünha olarak değerlendirilebilecek en ağır ikisine yönelik olarak (*Verbrechen, Vergehen*) yardım etmeyi düzenlemişti. Dolayısıyla o dönem kanunda düzenlenen ve en hafif ihlal türü sayılan kabahatler açısından (*Übertretung*) kasten yardım mahiyetindeki davranışlar cezalandırılmamaktaydı. Ancak kabahatlerin genel olarak taksirle gerçekleştirilmesi mümkündü. Bu nedenle kasıtlı bir eylemin ortaya çıkardığı neticenin daha önceki taksirli bir katkıya rücu ettirilmesinde sorun görmeyen yargı uygulaması; kabahatler açısından özel bir çelişki yaratmaktaydı. Kabahatlerdeki bu çelişkili durum üzerinden özellikle *Exner*’in dile getirdiği eleştiriler, Yüksek Mahkeme tarafından doğrudan bir referansla dikkate alınmış ve buradaki uyumsuzluktan kaçınmak adına kabahatlerde ortaya çıkan neticenin artık taksirli eyleme dayandırılmayacağı kabul edilmiştir. *Exner*’in ayrıntılı açıklamaları için bkz. *Exner, Franz, “Fahrlässiges Zusammenwirken”, in: Festgabe für Reinhard von Frank, Band 1, Tübingen, 1930, sa. 569-597, s. 594 vd. AICK’da geçmişte benimsenen hukuka aykırı fiillere yönelik üçlü yapı, 1974-1975 tarihli ceza hukuku reformuyla ağır suçlar veya ve hafif suçlar şeklinde sınıflandırabileceğimiz (Verbrechen, Vergehen) ikili bir yapıya dönüştürülmüştür. Bunlardan ağır suçlar, alt sınırı en az 1 yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren anlamındadır. Daha hafif bir hapis cezası veya adli para cezası ise hafif suçları (Vergehen) gündeme getirmektedir. Öncesinde bundan daha da az haksızlık içerdiği değerlendirilen üçüncü kategorideki fiiller (*Übertretung*) ceza hukuku reformuyla ya hafif suçlara dahil edilmiş ya da kabahatler hukukuna havale edilmiştir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hoven, Elisa, “Bagatelldelikte Zum Umgang mit „geringfügigen Straftaten” im materiellen und prozessualen Recht”, *JuS*, 2014, 975. Benzer bir dönüşüm Türk hukukunda da yaşanmıştır. Bkz. Bekar, Elif, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İÜHF*, 70 (1-2), 2011, sa. 1033-1050, (Bekar, Kabahatler) s. 1034.*

⁵⁵³ RGSt 64, 373.

içermemesine dayanmaktadır.⁵⁵⁴ Mahkeme iştirak düzenlemelerinden hareketle kanunun kabulünde var olduğu ileri sürülen nedensellik anlayışını (azmettirme veya yardım etmenin nedensel olmadığı yönünde) da ikna edici bulmamıştır. Mahkemenin reddi yönünde açık bir tavır gösterdiği klasik rücu yasağı, bunun da etkisiyle literatürde hâkim konuma gelememiştir. Ancak bu son kararda *Exner*'in görüşlerine atıfla kabul edilen kısmi rücu yasağının, aynı gerekçelerle ancak bu sefer intihara taksirli katılımın cezalandırılmaması bağlamında bugün de mahkeme tarafından büyük ölçüde sürdürüldüğü yukarıda izah edilmiştir.⁵⁵⁵ Mahkeme mağdurun kendi sorumluluğunda hareket ettiğini değerlendirdiği hiçbir intihar olayında artık buna ön gelen bir özensizliği taksirli davranış olarak kabul etmemektedir. Ancak sistemsal bir çelişkiden kaçınma yönündeki argümanın, “*kasıtlı suçlara taksirli şeriklik*” oluşturan davranışlar açısından pratik bir anlamı kalmamıştır. Zira güncel olarak AİCK m. 26 ve 27 ile düzenlenen şeriklik tanımlarında, kasıtlı suçlar arasında bir ayrım yapılmamaktadır. Bu nedenle tüm kasıtlı suçlara azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmek prensipte mümkündür. Bu durum Alman yargı uygulamasının, aynı eyleme kasıtlı şerikliğin cezalandırılmamasını dikkate alarak sistemsal bir çelişkiden kaçınma amacıyla kabul ettiği kısmi rücu yasağının, bugün neden sadece intihar bağlamında uygulama alanı bulduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Son olarak zehir olayına ilişkin kararda; geniş taksirli faillik anlayışının kasıtlı iştiraki konu alan yargılamalar açısından nasıl bir etki göstereceği de anlaşılmaktadır. Buna göre geniş faillikten hareket edildiğinde kendine özgü şartları yahut kast unsuru tespit edilemediği için özellikle kasıtlı yardım ve azmettirme sayılmayan katkıların her biri için bunların taksirli faillik olup olmadığı ayrıca özel olarak incelenmelidir. İmparatorluk Mahkemesi'nin bozma nedeni verilen beraat kararında bu ihtimalin incelenmemiş olmasıdır. Dolayısıyla geniş faillik iddiasının bu yönüyle kasıtlı iştirakin incelendiği olaylarda da ayrı bir sorun alanına yol açacağını göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

2.3.2. Modern Rücu Yasağı Öğretileri

Gerekçelendirmedeki tüm zayıflığa rağmen klasik rücu yasağı öğretilerinin hareket noktasını oluşturan *kişilerin kural olarak kendi eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği* düşüncesi, ceza hukukçularının dikkatini çekmeyi hep başarmıştır. Ancak bu cazip düşüncenin nedensellik ilişkisinin kesintiye uğramasından hareketle veya kanun koyucuya zoraki bir nedensel kabul dayatarak hayata geçirilemeyeceği anlaşıldıktan sonra şahsi sorumluluk ilkesinin uygulanması için yeni yollar bulunması mecburiyeti ortaya çıkmıştır. Modern ceza

⁵⁵⁴ Krş. **Walther**, s. 72.

⁵⁵⁵ Bkz. 2.2.1.1.

hukukunda bu yeni yollar iki temel öğreti içinde inşa edilecektir: *objektif isnadiyet öğretisi* veya *iştirak öğretisi*. Klasik rücu yasağında nedensellik üzerinden yapılan sınırlama; nasıl taksirli şerikliğin cezasız kalmasına, daha doğrusu sadece belli haksızlıkların taksirli failiği gündeme getirebileceği düşüncesine zemin hazırladıysa bu yeni dönemde de şahsi sorumluluğu, objektif isnadiyeti prensipte dışlayan bir unsur olarak kabul etmeye yönelik çabalar, bunun paralelinde yine dar taksirli fail anlayışını doğurmaktadır. Zira objektif isnadiyetteki sınırlamanın ilk doğrudan neticesi, taksirli failin belirlenmesinde kendini göstermektedir. Dolayısıyla aşağıda incelenecek olan objektif isnadiyet yaklaşımları, tehlike formülü üzerinden şekillenen hâkim geniş taksirli faillik yaklaşımından farklı olarak taksirli failin dar yorumuna ulaşmaktadır. Diğer bir ifadeyle objektif isnadiyette dikkate alınacak kriterler, failiğin geniş ve dar yorumuyla da yakından ilgilidir. Bazıları için de mesele zaten baştan beri tüm suçlarda dar bir fail anlayışının kabulüyle çözümlenmelidir. Bu yazarlar için şahsi sorumluluğu hayata geçirecek yer faillik öğretisidir. Bu kısa ön değerlendirmenin tam olarak anlaşılması, nedensellik kısılcısından kurtulan ve yakın zamanda bir “rönesans”⁵⁵⁶ yaşadığı değerlendirilen rücu yasağının, bu yeni serüvenini başlatan ve geliştiren yazarların görüşlerini yakından incelemekle mümkün olacaktır.

2.3.2.1. Mayer

Mayer’e göre kanuni tarifte sadece belli bir neticeye neden olmanın yasaklandığı gerçek neden olma suçları, nedensel dogmanın suç tipi formülüyle uyum gösterse de burada tipiklik öğretisinin esas ilgilenmesi gereken husus nedensel bağlantı değil objektif isnadiyettir. Bu anlamda isnadiyet ilişkisini hareket ilişkisiyle eşdeğer gören yazar, bir neticenin fail olarak belli bir iradeye isnat edilebilmesi için failin yerindeki ortalama bir insanın olay seyrine hükmetme, yani onu yönlendirme ve kontrol etme imkanını dikkate almaktadır. Dolayısıyla yazarın isnadiyet değerlendirmesi için neticeyi ortaya çıkaran olayın hükmedilebilirliği (*Beherrschbarkeit*) belirleyicidir.⁵⁵⁷ Burada ayrıca neticenin fail olarak iradeye isnadiyetinden bahsedilmektedir. Zira yazara göre hukuki anlamda neticenin faili, yalnızca insan iradesidir. Bu bağlamda hareket ise iradenin gerçekleştirilmesidir.⁵⁵⁸ Isnadiyet bağlantısının hareket bağlantısıyla neden aynı anlamda kullanıldığı bu açıklamalarla daha anlaşılır hale gelmektedir. Burada her ne kadar neticenin isnadiyetinden bahsedilse de aslında nihayetinde neticeyi de içine alan ve iradenin gerçekleştirilmesi anlamına gelen bir hareket anlayışının benimsendiği açıkça görülmektedir. Nitekim *Mayer*’e göre nedensel suçların, irade tarafından hükmedildiği

⁵⁵⁶ **Puppe**, Objektive Zurechnung, s. 26.

⁵⁵⁷ Mayer, Hellmuth, **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, W. Kohlhammer, Stuttgart-Köln, 1953, (**Mayer**, AT), s. 131.

⁵⁵⁸ Bkz. **Mayer**, AT, s. 132.

değerlendirilen isnat edilebilir veya önemli nedensel bağlantılar ile sınırlandırılmasına imkân sağlayan şey hareket kavramıdır.⁵⁵⁹

Bu temel açıklamalar sonrasında *condicio sine qua non* formülü üzerinden nedenselliği tespit eden yazar⁵⁶⁰ ilk olarak tamamen ihtimal dışı, öngörülemeyen, tahmin edilemeyen neticelerin hareketin bir parçası olamayacağını savunmaktadır. Dolayısıyla bu tür tahmin edilemeyen nedensel bağlantılar bakımından isnadiyetin gündeme gelmesi mümkün değildir.⁵⁶¹ Buna ilaveten “*bir failin tümüyle isnat edilebilir kasıtlı eylemleri, hiçbir zaman arkadaki kişinin (Hintermann) eylemleri olarak değerlendirilmemelidir*”. Diğer bir ifadeyle neden olma suçu anlamında arka plandaki, hiçbir zaman öndeki kasıtlı failin hareketine neden olmamıştır.⁵⁶² Bu durum kanunda benimsenen bir ilke olarak şerikliğin bağlılığından kaynaklanmaktadır. Tarihsel gelişim sürecinde Alman kanun koyucu, istikrarlı olarak sadece kasıtlı şerikliği cezalandırmış, taksirli şerikliği ise bilinçli bir şekilde cezalandırmanın dışında bırakmıştır.⁵⁶³

Bunun dışında taksirli şerikliğin cezasızlığı maddi yönden de (*innerlich*) gerekçelendirilebilir. Öncelikle taksirli bir icrai hareket (*Tun*) dolayısıyla cezalandırmanın; kusur sorumluluğunun en dış çeperine denk geldiği düşünüldüğünde kasıtlı failin cezalandırılması, ortaya çıkan haksızlığın karşılanması açısından yeterli olup artık taksirle iştirak eden kişinin ayrıca cezalandırılmasına ihtiyaç yoktur. Diğer taraftan bir fiilin hem öndeki kasıtlı failin hem de arkadaki taksirli katılanın iradesinin eseri olduğu kabul edilemez. Buradaki imkânsızlık nedensel dogmanın hâkim olduğu zamanlarda nedensellik bağının kesilmesi üzerinden talihsiz bir şekilde tarif edilmiştir. Ancak gerekçelendirmedeki isabetsizliğinden hareketle eski öğretinin yanlış bir sonuca ulaştığı düşünülmemelidir. Bu durumda işaret edilmek istenen esas noktanın; sorumluluk veya isnadiyet bağlantısı olduğu gözden kaçırılabilir. Bu tür bir bağlantının kesintiye uğraması pek tabi mümkündür.⁵⁶⁴

⁵⁵⁹ Mayer, AT, s. 133 vd.

⁵⁶⁰ Mayer, AT, s. 133 vd.

⁵⁶¹ Mayer, AT, s. 133 vd.

⁵⁶² Dolayısıyla taksirli davranışların bir araya gelmesinde; herkesin sürece dahil ettiği şart gereği “neden olan” kabul edilmesi ve neticeden sorumlu tutulması mümkündür. Mayer, AT, s. 138.

⁵⁶³ Benzer yönde Naucke, rücu yasağının pozitif hukuktaki meşruiyet temelini oluşturması açısından genel hükümlerde şeriklik kuralıyla benimsenen bu tercihin, özel hükümlerdeki suç tipleriyle de tamamlandığı görüşündedir. bkz. Naucke, Wolfgang, “Über das Regreßverbot im Strafrecht”, ZStW 76 (1964), s. 432, 439.

⁵⁶⁴ Mayer, AT, s. 138, 312. Aynı yönde Lampe, benzer gerekçelerle Mayer’in isnadiyet bağlantısının kesilmesiyle izah ettiği rücu yasağını isabetli bulmaktadır. Yazara göre isabetli olarak taksirli davranışların bir araya gelmesinde uygulanamayacak bu tür bir sınırlandırılmış rücu yasağında fiil hakimiyeti öğretisi, taksirli suçlarda failin belirlenmesi için de belirleyici bir öneme kavuşmaktadır. Zira burada “*tam sorumluluk altında ve eylemi gerçekleştirme gücüne sahip bir kişinin müdahalesiyle*” isnadiyet ve sorumluluk bağlantısı kesildiğinde, ilk failin kişiliği ve isnat edilebilir eylem arasındaki bağlantı ortadan kalmaktadır. Böylece sorumluluk alanı fiil hakimiyetiyle sınırlandırılmış olur ve bu hakimiyetin çizdiği alanın dışında kalan kişilerin fiil ile bağlantıları kesilir. Lampe, Täterschaft, s. 615.

2.3.2.2. Larenz

Yukarıda Mayer'in "*irade tarafından hükmedilebilirlik*" ile izah ettiği objektif isnadiyet öğretisi, ondan çok önce Hegel'in felsefesini takip ederek Larenz tarafından oluşturulmuştu.⁵⁶⁵ Ancak Larenz, nedensellik tartışmalarının daha önemsiz hale geldiği bu yeni dönemde rücu yasağının nasıl değerlendirilmesi gerektiğini, kendi objektif isnadiyet öğretisini takip eden Mayer'in yukarıda aktarılan düşüncelerine referansla ayrıca izah etmiştir.⁵⁶⁶ Bu çerçevede öncelikle kendi objektif isnadiyet kabulünü hatırlatan yazar, insan hareketinin uçsuz bucaksız nedensel zincir içinde bir halka değil kendi kendini tayin edici yönüyle bir iradenin ifadesi anlamına geldiğine vurgu yapmaktadır. Yazara göre bilinçsiz bir eylem bile olsa bunun isnat edilebilirliği, irade tarafından hükmedilebilirliğine (*Beherrschbarkeit*) bağlıdır. Zira ancak bu tür bir eylem, iradesini serbestçe belirleyebilme imkanına sahip bir varlık olarak insanın ifadesi sayılabilir.⁵⁶⁷ Dolayısıyla objektif anlamda bir neticenin faile onun fiili olarak isnat edilebilmesi için neticeye yol açan olay üzerinde iradenin kontrol imkânını devam ettirmesi gerekir. Larenz'e göre aslında uygun nedensellik öğretisi de öngörülebilirlik üzerinden bu imkânın ortadan kalkıp kalmadığını izah etmeye çalıştığından gerçekten nedensellikle değil objektif isnadiyetle uğraşmaktadır. Zira bir olay "*genel yaşam deneyimine veya eylemi gerçekleştiren kişinin özel kavrayışına göre muhtemel bir sonuç olarak öngörülebildiği ölçüde irade tarafından hükmedilebilir*".⁵⁶⁸ Öngörülebilir olmayan neticeler ise fiile yabancı ve tesadüfidir. Burada nedenselliğe rağmen süjenin özgürlüğüyle ilişkilendirilemeyen bir durum söz konusudur. Fiili gerçekleştirenin, öngörülemeyen bir netice bakımından iradesini başka yönde belirleme imkânı bulunmamaktadır.⁵⁶⁹

Bu açıklamalarla birlikte Larenz, öngörülebilirlik üzerinden yapılan sınırlamanın büyük ölçüde yalın-doğal nedensellik bağlamında ortaya çıkan katı sorumluluğa yönelik bir düzeltme mahiyetinde olduğunun farkındadır ve objektif isnadiyetin bundan ibaret sanılmasını istememektedir. Bir insan sorumluluğunun tayiniyle ilgili yargıyı ifade eden objektif isnadiyet, bu yönüyle her zaman bir iradenin öznesine atıfta bulunur. Bu kişi sadece neticeye yol açtığı için değil eser sahibi fail, yani "*eylemin efendisi*" olması itibarıyla isnadiyet değerlendirmesinin konusudur. Birden fazla kişinin nedensel süreçte birbiri ardına şart oluşturduğu durumlarda tüm

⁵⁶⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Larenz, Karl, **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Ein Beitrag zur rechtsphilosophie des kritischen idealismus und zur lehre von der "juristischen Kausalität**, A. Deichert, Leipzig, 1927, s. 60 vd.

⁵⁶⁶ Larenz, Karl, "Tatzurechnung und „Unterbrechung des Kausalzusammenhanges", NJW, 1955, sa. 1009-113, (Larenz, NJW), s. 1009 vd.

⁵⁶⁷ Larenz, NJW, s. 1011.

⁵⁶⁸ Larenz, NJW, s. 1011.

⁵⁶⁹ Larenz, NJW, s. 1011.

aktörlerin “neden olan” sayılmasına rağmen yalnızca birinin eser sahibi (*Urheber*) kabul edilebilmesinde, objektif isnadiyetin eylemin efendisini tayin eden yönü ortaya çıkmaktadır. Zira sadece birinin eser sahibi olduğu yerde “*yalnızca o tek kişi, özgür bir karar temelinde, fiili kendi iradesi olarak belirlemiş ve böylece diğerleri tarafından belirlenen şartları (uygun neden sayılsalar bile) önemsiz ve hukuken anlamsız bir ön koşula indirgemıştır*”. Yazara göre eskiden nedensellik bağının kesilmesi veya rücu yasağıyla savunulan öğretinin makul ve isabetli anlamını burada aramak gerekir. Eski öğretinin bu haklı özü, fiil isnadiyetinin dışlanması üzerinden bir restorasyonu hak etmektedir.⁵⁷⁰

Yazar bu restorasyonu, büyük ölçüde sorumlulukların tartımıyla gerekçelendirmektedir. Buna göre eğer netice neden olan bir faile, onun kasıtlı fiili olarak yani en yüksek derecede isnat edilecekse aynı neticeye sunulan taksirli ve hatta uygun bir nedensel katkıyı yalnızca ön koşul mahiyetinde değerlendirmek gerekir. Neticenin bir başkasının kasıtlı eylemi olarak ona isnat edilmesi karşısında bu ön koşul, o kadar az bir ağırlığa sahiptir ki hukuki değerlendirmede dikkate alınmaması gerekir. *Larenz*’e göre sorumluluğun oldukça büyük çoğunluğunu kasıtlı failin taşıması nedeniyle neticenin taksirli “fail”e onun fiili olarak isnat edilmemesi, adalet duygusuyla da örtüşen bir sonuçtur. Yazara göre kendi objektif isnadiyet öğretisinin orijinal tarafını, bu dışlama oluşturmaktadır. Zira nedensel sürece dahil olan kasıtlı müdahalelerde isnadiyetin dışlanması suretiyle eski rücu yasağının doğru özünün devam ettirilmesi, uygun nedenselliğe ilave bir değerlendirmedir. Buradaki dışlama; objektif isnadiyet öğretisini, “*tamamen teorik bir ihtiyaç ve uygulayıcılar için ilgi çekici olmayan bir öğreti*” olmaktan kurtarmaktadır.⁵⁷¹

2.3.2.3. Otto

Otto’ya göre objektif isnadiyet sadece izin verilmeyen bir riskin neticede gerçekleşmesinden ibaret değildir. Ortaya çıkan neticenin onun eseri olarak faile objektif anlamda isnat edilebilmesi için bu neticede gerçekleşen tehlikeyi failin şahsi sorumluluğu altında (*eigenverantwortlich*) ve yönlendirilebilir bir şekilde (*steuerbar*) yaratması veya artırması (icrai suçlar bağlamında) gerekir.⁵⁷² Bu durumda eylem ile sonuç arasındaki

⁵⁷⁰ *Larenz*, NJW, s. 1012.

⁵⁷¹ *Larenz*, NJW, s. 1012.

⁵⁷² *Otto*, AT, § 6, kn 52. Ceza hukukunun davranış normları da bir neticeye neden olmayı değil bu neticeye yol açabilecek tehlikeleri yaratmayı konu edindiğine göre yazar yönlendirilebilirliğe bunu aşan bir anlam yüklenmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda *Otto*, *Stratenwerth*’ten alıntıyla şu ifadeye yer vermektedir: “*hukuki değer ihlaline ilişkin sorumluluk, her zaman bu ihlalin dayandığı tehlikeden sorumluluk ile tespit edilir.*” *Otto*, AT, § 6, kn. 45; aynı yazar, *Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich*, in: *Festschrift für Günter Spendel*, De Gruyter, Berlin, 1992, sa. 271-288, (*Otto*, TuT), s. 278.

nedensellikte ortaya çıkan somut bağlantıya (*faktischer Zusammenhang*) ilaveten⁵⁷³, bunlar arasındaki normatif bağlantı (*normativer Zusammenhang*) yani isnadiyet bağlantısı (*Zurechnungszusammenhang*) da tesis edilmiş olur. Yazar bundan, “sorumluluk ilkesiyle tesis edilen isnadiyet bağlantısı” (*der durch das Verantwortungsprinzip begründete Zurechnungszusammenhang*) şeklinde bahsetmektedir.

Objektif isnadiyet bağlantısına taksirli suçlarda da ihtiyaç duyulduğuna göre⁵⁷⁴ özellikle taksirle öldürme ve taksirle yaralama gibi özel bir davranışın tarif edilmediği sırf netice suçlarında bu bağlantı üzerinden failce gerçekleştirmenin tespit edilmesi mümkündür.⁵⁷⁵ Taksir alanında cezalandırmanın tek yolu hukuki değerin failce ihlalinin geçtiği için, burada esas olarak failin sorumluluk alanının (mağdur da dahil) diğerlerinininkinden ayrılması söz konusudur.⁵⁷⁶ Bu ayırımı belirleyici olan, objektif isnadiyet bağlamında yönlendirici süjeyi tespit etmek için kullanılan kriterlerdir.⁵⁷⁷ Bu bağlamda hukuki değerin ihlalinin yönlendiren süje olarak kime isnat edileceği sorusu, sosyal konumu nedeniyle hukuken önemli bir olayın birincil sorumluluğunu kimin taşıyacağı sorusuyla paralellik göstermektedir.⁵⁷⁸ *Otto*’ya göre taksirli icra suçlarında bu sorumluluk ilgili hukuki değerin ihlalinde yaratılan veya artırılan tehlikeye özgü risklerin gerçekleşmiş olması kaydıyla “üçüncü şahısların yasal menfaatlerini korumaya yönelik özen yükümlülüğünü ihlal ederek, kaçınılabılır (yönlendirilebilir) şekilde başkalarının yasal menfaatleri için tehlike yaratan veya tehlikeleri artıran kişiye” aittir.⁵⁷⁹

s. 278. Krş. Stratenwerth, Günter, “Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung”, in: **Festschrift für Wilhelm Gallas**, De Gruyter, Berlin, 1973, sa.227-240, (**Stratenwerth**, FS-Gallas), s. 238; **Wolter**, s. 36 vd. Dolayısıyla *Otto*’ya göre yönlendirilebilirliğin konusu, genellikle tespitinde büyük sorun yaşanmayan bir aşama olarak tehlikenin yaratılması veya artırılmasıdır. Bunun devamında neticede gerçekleşen tehlikenin hangisi olduğu sorusu için önceden bir kriter belirlemek mümkün değildir. Bu noktada sorumluluk ilkesi, gerekli somutlaştırmayı sağlayarak sorumluluk tayinini kolaylaştırabilmektedir. Zira bir neticenin bir kişiye eseri olarak isnat edilebilmesi, sorumluluk ilkesinin uygulama alanı bulmasıyla mümkündür. Bu yönüyle yönlendirici süjenin (*Stuerungssubjekt*) ve dolayısıyla neticeden sorumlu olan kişinin belirlenmesinde temel bir işlev gören sorumluluk ilkesi; kural olarak kişilerin, özgür sorumluluğunda hareket eden başkalarının eylemlerinden değil sadece kendi davranışlarından sorumlu olması gerektiğini ifade eder. **Otto**, AT, § 6, kn 49; aynı yazar, **Otto**, TuT, s. 278.

⁵⁷³ Yazar bunu da genel olarak objektif isnadiyetin bir aşaması olarak ele almaktadır. Buna göre nedensellik, objektif netice isnadiyetinin birinci aşamasını oluşturmakta ve bunun tespitiyle somut bağlantı elde edilmektedir. Devamında ise isnadiyet bağlantısı için eylem ile netice arasındaki normatif bağlantının tespitine uğraşmaktadır. İşte burada yönlendirilebilirlik ve şahsi sorumluluk ilkesi yazarın objektif isnadiyet değerlendirmelerinde belirleyici olmuştur. Ayrıntılı bilgi için **Otto**, AT, § 6, kn. 13 ff.

⁵⁷⁴ Objektif isnadiyet açısından taksirli fail ile kasıtlı fail arasında fark olmadığı yönünde bkz. **Otto**, AT, § 21, kn. 111.

⁵⁷⁵ **Otto**, TuT, s. 277.

⁵⁷⁶ **Otto**, TuT, s. 277.

⁵⁷⁷ Yazar bunlar için “*failliğin genel kurucu unsurları*” ifadesini kullanmaktadır. Böylece kasıtlı suçlarda failliğin tespitine yönelik kriterlerin (örneğin fiil hakimiyeti) genel kurucu unsurlara ilave niteliğinde özel faillik unsurları olduğuna işaret edilmektedir. **Otto**, AT, § 21, kn. 116.

⁵⁷⁸ **Otto**, Haro, “Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitdelikt”, **JURA**, 1990, sa. 47-50, (**Otto**, JURA 1990), s. 49.

⁵⁷⁹ **Otto**, JURA 1990, s. 49. Başka eserlerde yazar, taksirli failliğin kurucu unsurunu, “*hukuki değerin ihlalinde gerçekleşen tehlikenin yaratılması veya artırılması*” üzerinden tarif etmektedir. **Otto**, AT, § 21, kn. 117; aynı yazar, TuT, s. 282.

Burada özellikle başlangıçtaki tehlikeyi takiben bağımsız bir tehlike kaynağının oluştuğu, yeni bir yönlendirme sürecinin başladığı bir durumda artık isnadiyet bağlantısının kesilmesi gündeme gelecektir. Nitekim üçüncü kişi veya mağdurun kasıtlı bir şekilde sürece müdahil olduğu durumlarda bu bağlantının kesildiği kabul edilmelidir.⁵⁸⁰

Taksirli suçlarda sıklıkla dile getirilen öngörülebilirlik ve kaçınılabilirlik kavramları karşısında yönlendirilebilirlik (*Steuerbarkeit*) kriterinin farkı *Otto*'ya göre özellikle kendi serbest sorumluluğunda (*freiverantwortlich*) hareket eden kişilerin nedensel sürece dahil olmasında anlaşılır hale gelmektedir. Zira bu kişilerin davranışları somut olayda öngörülebilir yahut bunlar üzerinde etkide bulunulabilir olmasına rağmen, bu durum olayın yönlendirilebilir niteliğini etkilememektedir. Diğer taraftan öngörülebilirlik yahut bir neticeye neden olma ya da bundan kaçınma ihtimali azmettiren için de söz konusu olabilir. Ancak bu durum, azmettireni eser sahibi yapmamaktadır. Bu nedenle yönlendirilebilirlik, “*bir olayın bir kişiye olayın öznesi olarak dayandırılabilmesi (Rückführbarkeit)*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁵⁸¹

Yazara göre hâkim öğretinin yaptığı gibi nedensel sürece mağdurun ve kasıtlı üçüncü kişinin müdahalesini farklı kriterlerle ele almak ve özellikle intihar eden mağdurun kendi sorumluluğuna hukuk sistemi içinde izole bir yer atfetmek isabetli değildir. Aslında intihar olaylarında mağdurun özerkliği-otonomisi tanınırken ceza hukuku sorumluluğunun genel bir prensibi ortaya çıkmaktadır: “*ceza hukukunda bir neticenin isnadiyetinde mesele, o neticeden sorumluluğun belirlenmesidir*”. Dolayısıyla sadece mağdurun değil üçüncü kişinin özerkliği (otonomisi) de -ilk- failin özerkliğiyle bir karşıtlık içindedir. Kanun koyucu aksini öngörmedikçe kimse kural olarak başkasının sebep olduğu hukuki menfaat ihlallerinden sorumlu tutulamaz.⁵⁸² Bu çerçevede BGH'nin pistol kararında benimsenen prensibin genelleştirilmesi suretiyle şöyle bir değerlendirme yapmak mümkündür: “*eylem ile netice arasında somut bir bağlantı olduğu kesinlikle kanıtlanabilir olsa bile sadece (bir başkasını) neticeye yönlendiren bu neticeyi mümkün kılan veya destekleyip teşvik eden kişiye yine de bu netice onun eseri olarak isnat edilemez.*”⁵⁸³ Isnadiyet için gerekli bir unsur olarak “*esas failin olayları yönlendirme imkanı, başka bir kişinin – hukuken özgür - olayı bilinçli şekilde kendi*

⁵⁸⁰ **Otto**, TuT, s. 279. Diğer taraftan ihlal edilen hukuki değere yönelik garantör durumunda olan taksirli failin ceza sorumluluğu, vakayı yönlendiren kasıtlı üçüncü kişinin müdahalesiyle dahi sona ermez. **Otto**, Harro, “Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht - OLG Hamm, NJW 1973, 1422”, **JuS**, 1974, sa. 702-710, (**Otto**, JuS 1974) s. 706.

⁵⁸¹ **Otto**, Harro, “Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht”, **JURA**, 1992/2, sa. 90-99, (**Otto**, Objektive Zurechnung), s. 97; **Otto**, TuT, s. 277; **Otto**, AT, § 6, kn. 44.

⁵⁸² **Otto**, TuT, s. 276. Krş. **Otto**, Harro, “Kausald diagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht”, in: **Festschrift für Reinhart Maurach**, Müller, Karlsruhe, 1972, sa. 91-105, (**Otto**, Kausald diagnose), s. 99-101.

⁵⁸³ **Otto**, TuT, s. 277; **aynı yazar**, AT, § 6, kn. 43.

*planlarına göre organize ettiği veya önceki aktörü risk üzerindeki etki alanından çıkardığı durumda sona erer.”*⁵⁸⁴

2.3.2.4. Welp

Welp'e göre neticeyi ortaya çıkaran süreçte kişilerin doğrudan belirleyici bir etki gösterdiği fiziksel nedensellik açısından, neticenin failin eseri olarak görülmesi, onun determinasyon kabiliyetine dayanmaktadır. Bu durum insanın, *dış dünyanın ampirik nedensellik yasalarına* vakıf olması sayesinde, nedensel gerekliliklerle belirlenmiş olan bir dış dünyada, amaçsal bir şekilde değişiklik gerçekleştirme imkanıyla izah edilmelidir. Ancak yazara göre dış dünyada değişikliğe yol açmanın tek yolu bu değildir. Özgür ve kendi iradesiyle hareket eden insanlara belli teşvik ve desteklerde bulunarak dolaylı bir etki imkânı da elde edilebilir. Dışsal psikolojik nedensellik (*fremdpsychische Kausalität*) olarak ifade edilen bu ikinci etki türünde nedensel seri, özgür ve kasten hareket eden ve doğrudan etki gösteren bir fail ve onun iradesi üzerinden devam ettirilmektedir. Deterministik kanunun geçerli olduğu fiziksek nedensellikten farklı olarak burada ortaya çıkan neticenin, arkadaki failin eseri olarak görülmesi için ilave bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır. Burada meselenin dış dünyanın nedensellik kanununa uyum içinde bir etkinin ortaya çıkarılmasıyla benzer şekilde izah edilmesi mümkün değildir. Yazara göre “*en basit fenomenolojik gözlem bile, doğrudan etki gösterenler ile başka bir irade üzerinden gerçekleşen sonuç faktörleri arasında bir “eşdeğerlik”ten söz edilemeyeceği gerçeğini açıkça ortaya koymaktadır*”.⁵⁸⁵

Zira dış dünyadaki değişim süreçleri koşulsuz bir gerekliliğe (*unbedingte Notwendigkeit*) tabi iken insanın kendi kaderinin tayin eden bir irade özgürlüğüne (*Selbstbestimmung*) sahip ve eylemlerinden sorumlu bir süje olması, ikinci etki türünün farklılığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle dış dünyada gösterilen etkinin türü, bu etkiyi ortaya çıkaran hareketin doğrudan niteliğiyle fiziksel alanda kalması veya başkalarının şahsi sorumlulukları üzerinden devam ettirilmesine göre farklılaşmak durumundadır.⁵⁸⁶ Başkasının sorumluluğunun gündeme geldiği bir yerde etki, onun özgürlüğünü motive etme, harekete geçirme şeklinde değerlendirilmelidir.⁵⁸⁷

Yazara göre burada dolaylı etki türü olarak motive edici hareketi nedeniyle arkadaki yönlendirenin veya teşvik edenin, doğrudan ve öz sorumluluğuyla hareket edenin yol açtığı

⁵⁸⁴ Otto, Kausal-diagnose, s. 97.

⁵⁸⁵ Welp, Jürgen, *Vorausgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, (Welp, Vorausgegangenes), s. 274, 275.

⁵⁸⁶ Welp, Vorausgegangenes, s. 275.

⁵⁸⁷ Welp, Vorausgegangenes, s. 275.

neticeden hukuki ortak sorumluluğu için, “*mağdur ile fail arasındaki diyalektik bağımlılık ilişkisinin*” analiz edilmesi gerekir. Mağdurun pozisyonundan bakıldığında başkasını suç işlemeye motive eden davranışlar ancak kişisel sorumluluğunda hareket eden failin kendisine sunulan motivasyon imkanını kabul etmesiyle tehlikeli hale gelir. Bu kabul, motivasyondan hareketle suç işleme yönünde karar alma veya kararın varlığı halinde sunulan destekten yararlanmayı ifade eder. Yaratılan motivasyon karşısında; doğrudan ve özgür aktörün öz sorumluluğu altında yasak olanı yapmama yeteneğinin varlığı dikkate alındığında, bu motivasyonun her halükârda sorumlu kişinin suç işlemeye yönelik özgürlüğü bakımından basit bir ayartma olarak değerlendirilmesi gerekir. Yazara göre zaten her suçta motive edici unsurlar bulmak mümkündür. Ancak failin doğrudan zarar verici eylemlerini gerçekleştirmemesine yönelik mağdurun bağımlılığında (*Abhängigkeit*) bu durum zaten dikkate alınmaktadır. Bu nedenle doğrudan eylemin motive edilmiş olması, aynı zamanda arka plandaki kişinin teşvik edici veya destekleyici aktivitelerinin gerçekleştirilmemesine yönelik ilave bir bağımlılık için (mağdur bakımından) gerekçe oluşturmaz. Diğer bir ifadeyle “*başkasının şahsi sorumluluğu sayesinde tüm motivasyon unsurları basit bir ayartma haline gelir ve böylece mağdurun zaten doğrudan eylemde bulunan kişiden beklemek durumunda olduğu tehlikeden daha büyük bir tehlike oluşturmaz*”.⁵⁸⁸ Böyle bir durumda, sorumluluk (doğrudan etki türündeki anlayış doğrultusunda) bir neticenin arkadakinin de eseri olarak görülmesi şeklinde anlaşılabilecekse, doğrudan aktör, neticeden sorumluluğa erişimi “*ayartanlar*” için adeta kapamış olur.⁵⁸⁹

Kanundaki şerik düzenlemesinde de bu anlayışın benimsendiği kanaatinde olan *Welp*’e göre harici bir psikolojik etkiden ibaret şerik faaliyetlerinin gerçekleştirilmemesi noktasında mağdurun özel bir bağımlılığından bahsedilemeyeceğinden şerik hareketini cezalandırmadaki neden, şerikin mağdur ile ilişkisinde değil faille olan ilişkisinde aranmalıdır. Kanun koyucu da cezalandırmayı mümkün kılan bu özel ilişkiyi, kastı şart koşmak suretiyle dikkate almıştır. Taksirli şeriklik ise hiçbir yerde cezalandırılmamıştır.⁵⁹⁰ Bu tür bir düzenlemeyle kanun; doğrudan etki öznesi olarak kasıtlı failin öz sorumluluğuyla oluşturduğu erişim engelini, sınırlı bir şekilde gevşetmiştir. Burada ortaya çıkan netice, yine sadece failin eseri olup, kasıtlı şerik katkılarının fail için yarattığı motivasyon etkisi yine basit bir ayartma mahiyetinde kalmaktadır. Ancak azmettirme-yardım etme bağlamında ayartan durumundaki şeriklerin; fail ile kasta dayanan özel bir ilişki içinde olmaları, kanun koyucunun cezalandırma yönündeki kararına gerekçe oluşturmuştur. Dolayısıyla şerik düzenlemesi aksi halde yasaklanamayacak olan

⁵⁸⁸ *Welp*, Vorausgegangenes, s. 276 vd.

⁵⁸⁹ *Welp*, Vorausgegangenes, s. 277.

⁵⁹⁰ *Welp*, Vorausgegangenes, s. 279.

davranışların cezalandırılması açısından kurucu bir etki göstermektedir. Bu tür bir istisnaya taksirli ayartmalar bakımından geçerlilik tanınmadığına göre taksirli şerikliğin cezalandırılmaması doğal karşılanmalıdır.⁵⁹¹

Burada kasıtlı bir suç motive etmekten kaçınmak için nasıl bir özenle hareket edilmesi gerektiği sorusuna cevap vermek de prensipte mümkün değildir. Öncelikle taksirli şerikin eyleminin kasıtlı failin suç işleme kararını etkileyip etkilemediği sorusu problemlidir. Zira failin suç işlemeye bizzat karar verdiği ve şerikin iradesinin buna yönelmediği bir yerde şerik katkısı yalnızca göstergesel bir öneme (*indizielle Bedeutung*) sahiptir. Ayrıca her insan hareketi, bir başkası tarafından suç işleme bahanesi olarak seçilebilir. Dolayısıyla failin; suç işleme kararını veya bunun icrasında benimseyeceği modeli, önceki bir harekete göre belirleyip belirlemeyeceği meselesi tamamen tesadüftür. Bu bağlamda gelecekte gerçekleşecek maddi ve fiziksel bir olaya ilişkin öngörü ile insan eylemine ilişkin öngörü niteliksel olarak farklılık göstermektedir. Buradaki nitelik farklılığı, koşullara göre bir suç işleme ihtimalinin yüksek veya düşük olarak değerlendirebilmesini engelleyen bir husus değildir. Ancak belirleyici olan nokta suç işlenmesinin ne kadar ihtimal dahilinde olduğu değil suç işleyen kişisel sorumluluğudur. Bu kişinin sunulan motivasyonu reddetme imkanına sahip olması; bağımsız bir hukuk öznesi olarak onu ayartanla karşı karşıya getirmektedir. Bu bağımsız öznenin özgürlük alanı, diğerleri için bir “yabancı sorumluluk alanı” oluşturmaktadır.⁵⁹²

Yazara göre bir suçun işlenmesi yüksek bir ihtimal dahi olsa hiç kimse kendi eylemlerinin başka birisi tarafından kriminal faaliyetleri için bir motivasyon nedeni olarak kullanılabileceğini dikkate almak durumunda değildir. Aksi kabul bireysel hareket özgürlüğü üzerinde öngörülemez ölçüde ve adaletsiz bir sınırlamaya neden olur. Bu çerçevede yazar şu sonuca ulaşmıştır: “*kasıtsız olarak başkalarının özgürlüğünü etkilemek ne yükümlülüğe aykırıdır ne de özel bir izne ihtiyaç duyar; tam tersine, tüm koşullarda her zaman sosyal olarak uygundur*”.⁵⁹³ Bu açıklamalarla Welp, kasıtlı eylemin maddi ve manevi anlamda desteklenmesi mahiyetindeki taksirli davranışlar açısından bir ayrıma gitmeden genel bir rücu yasağı kabul etmektedir. Zira bu tür davranışların başkalarının özürlüğü bakımından ortaya çıkardığı tehlike, kasıtlı failin “*bizzat tek başına karşı koyması gereken olağan bir ayartma*”nın (*Versuchung*) ötesine geçmemektedir.⁵⁹⁴ Ancak burada cezasızlık için taksirli ön hareketin basit bir ayartma

⁵⁹¹ Bu noktada (doğrudan) fiziksel etki gösterme ile başkalarının kişisel sorumluluğu üzerinden gerçekleşen faktörleri, neticenin “eşdeğer” koşulları olarak gören bir anlayışla taksirli şerikliğin cezalandırılması mümkünse de bu isabetsiz yaklaşımın izah edilen gerekçelerle reddedilmesi gerekir. Bkz. Welp, Vorausgegangenenes, s. 285.

⁵⁹² Yazar bu değerlendirmeyi *Stratenwerth*’in tespitlerine dayandırmaktadır. Bkz. Welp, Vorausgegangenenes, s. 285.

⁵⁹³ Welp, Vorausgegangenenes, s. 285, 286.

⁵⁹⁴ Welp, Vorausgegangenenes, s. 293.

mahiyetinde olması gerekliliğine yapılan vurgu, aynı zamanda rücu yasağının sınırlarına işaret etmektedir. Nitekim *Welp*'e göre basit bir ayartmanın söz konusu olabilmesi için bunun yalnızca (kasıtlı) failin özgürlüğü üzerinden etkili hale gelebilecek bir tehlike oluşturması gerekir. Eğer ilgili olaylarda saldırıya uğrayan hukuki değerin korunması, “*failin kararlılığının ötesinde ya da en azından yalnızca bu kararlılığa dayalı olmayacak şekilde*” doğrudan tehlikeye atılmış olursa artık taksirli failin sadece basit bir ayartmaya yol açtığı söylenemez. Bu çerçevede rücu yasağının istisnasını genel anlamda “*ön eylemin, meydana gelen türdeki saldırılara karşı hukuki değerin korunmasını zayıflattığı*” durumlarda kabul etmek gerekir.⁵⁹⁵ Dolayısıyla kasıtlı suça yönelik taksirli katkı; garantörün, yardıma hazır üçüncü kişinin veya diğer koruyucu önlemlerin devreye girmesini engellemekteyse hukuki değere yönelik korumanın taksirli fail tarafından doğrudan bir tehlike yaratılmak suretiyle zayıflatılmış olduğu kabul edilmelidir.⁵⁹⁶ Örneğin A, B ve C ile birlikte hapisanedeki bir “işbirlikçi” mahkumu, isyan sırasındaki kargaşadan yararlanarak تنها bir yere götürse ve burada mahkum B ve C tarafından yargısız infazla öldürülse öldürme planından haberdar olmayan ve buna yönelik herhangi bir kastı tespit edilemeyen A, mahkumun garantör durumundaki gardiyanların muhtemel korumasından yararlanma imkanını ortadan kaldırmış olur. Cezaevindeki memurların gözetimi altında bu suçun engellenebileceği kabul edilirse A'nın hareketiyle mağdurun durumunun, “*yalnızca (kasıtlı) failerin kararlılığının etkilenmesiyle sınırlı kalmaksızın*” kötüleştiği sonucuna varılmalıdır.⁵⁹⁷

2.3.2.5. Renzikowski

Geniş fail kabulünü, neden olanlar arasında sorumluluğun bireyselleştirilmesi ve sorumlu kişilere ait hukuk alanlarının birbirinden ayrılması gerekliliğini karşılayamadığı için reddeden *Renzikowski*, tüm suçlarda dar fail anlayışının benimsenmesini savunmaktadır. Yazara gör bu tür bir failliğin ve iştirak sisteminin maddi temelini ilk olarak ceza hukuku dogmatikinde veya kriminal politikte değil anayasada ve hukuk sisteminin temel ilkelerinde aramak gerekir.⁵⁹⁸ Bu bağlamda dar faillik ve iştirak sisteminin üç temel yapı taşına sahip olduğu söylenebilir: (i) anayasadaki özgür ve şahsi sorumluluk sahibi insan tasavvuru, (ii) paternalist yaklaşımla zıtlık içindeki kişisel hukuki değer öğretisi, (iii) sadece hukuken garanti altına alınmış özgürlük alanındaki sorumluluğun uygulanmasına yönelik davranış normları. Bu

⁵⁹⁵ *Welp*, Vorausgegangenes, s. 293, 294.

⁵⁹⁶ *Welp*, Vorausgegangenes, s. 294 vd. Eleştirel değerlendirme için bkz. *Roxin*, Regreßverbot, s. 180-181; *Wehrle*, s. 78-79.

⁵⁹⁷ *Welp*, Vorausgegangenes, s. 294. Taksirli sorumluluk için engellenen koruyucu işlevin ve onun etkililiğinin taksirli fail açısından objektif anlamda fark edilebilir (*erkennbar*) olması gerekir. Aynı yönde bkz. *Wehrle*, s. 78.

⁵⁹⁸ *Renzikowski*, Restriktiver, s. 67 vd.

çerçevede “*dar fail kavramı, hareket özgürlüğünün diğer yüzünü teşkil eden şahsi sorumluluk ilkesine dayanmaktadır.*”⁵⁹⁹ Kişisel hukuki değer kavramının, kişisel haksızlık öğretisinde karşılığını bulması da failin bu şekilde kabulüyle mümkün hale gelmektedir.⁶⁰⁰ Özetle “*insan, hukuk tarafından ne kadar çok birey olarak algılanırsa isnadiyet de o kadar bireysel ve dolayısıyla daha ayrıntılı bir şekilde gerçekleşir ve davranış kuralları da o ölçüde ayrıntılı ve bireysel olarak formüle edilmelidir.*”⁶⁰¹ Kişilerin hukuka karşı başkasının yaptığından değil kendi yaptığından sorumlu olduğunu dile getiren değerlendirmeler⁶⁰² de bu bağlantıyı açıkça ifade etmesi bakımından önemlidir.

Yazar bu açıklamalarla sorumluluk alanının birbirinden ayrılması gerekliliğini ortaya koyduktan sonra genel anlamda suç tiplerindeki yasak normların kapsamı bağlamında AİCK’da öngörülen doğrudan faillik tanımını önemli bir referans noktası olarak dikkate almaktadır. Burada “*suçu bizzat işleyen kişi*”den bahsedilmesi, kanunun doğrudan veya bir başkası aracılığıyla elde edilen faillik arasında temel bir ayrım yaptığını göstermektedir. Ceza sorumluluğunu genişleten ve başkasının eylemiyle nasıl fail olunabileceğini düzenleyen müsterek ve dolaylı faillik tanımlarıyla birlikte ele alındığında kanunda benimsenen dar failliğin, otonomi prensibiyle izah edilmesi gerekir. Buna göre bir hukuki değer ihlali veya tehlikeye sokulmasının birine onun eseri olarak isnat edilebilmesi için o kişinin sınırsız nedensellik zincirinde otonom hareket eden son halka olması gerekir. Diğer bir ifadeyle “*otonom hareket bir rücu yasağı oluşturur.*”⁶⁰³

Nihai otonom hareketin oluşturduğu rücu yasağı ve bununla ilişkilendirilen sınırlı fail kavramı, taksirli suçlarda da geçerliliğini sürdürecektir. Zira taksirli suç faili de kasıtlı suç failiyle aynı davranış normunu ihlal etmektedir. Buna karşın şerikin ihlal ettiği davranış normu ise faillikten farklılaşmaktadır. Her ikisi de aynı davranış normunu ihlal eden kasıtlı ve taksirli faillik için farklı fail kabulünden hareket edilmesi sistemde bir çelişkiye yol açar: “*Çelişkisiz*

⁵⁹⁹ Renzikowski, Restriktiver, s. 68, 69.

⁶⁰⁰ Yazar bu değerlendirmesini desteklemek için Welzel’in kişisel haksızlık için haksızlığın faille olan ilişkisinin önemli olduğu yönünde açıklamalarına referans yapmaktadır. Welzel için failin haksızlığı nasıl şekillendirdiği ve onun nasıl fail olacağı haksızlığın konusudur. Bu yönüyle “*fail öğretisi, haksızlığın kişisel eylem merkezini vurgulamalıdır.*” Bkz. Welzel, Strafrecht, s. 98.

⁶⁰¹ Renzikowski, Restriktiver, s. 69.

⁶⁰² “*İnsan, hukuka karşı istediği şeyden değil, yaptığı şeyden sorumludur ve bir başkasının değil, kendi yaptığından sorumludur.*” Bkz. Mayer, Max Ernst, Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, Heitz & Mündel, Strassburg, 1899, s. 104.

⁶⁰³ Renzikowski, Restriktiver, s. 70-73.

*bir davranış normları sistemi esas alındığında, ceza hukukunun temelinde yeknesak ve dar bir fail kavramı bulunmaktadır.”*⁶⁰⁴

Taksirli faillik bağlamında yine temel hareket noktası aynı kalmaktadır. Buna göre hukuk alanları birbirinden ayrılmalı ve bunun sonucunda herkes kural olarak kendi hukuk alanının organizasyonu ile ortaya çıkan neticelerden sorumlu tutulmalıdır. Bu tür bir temel sorumluluğun; doğrudan taksirli faillik anlamına geldiğine işaret eden yazar, ayrıca başkaları üzerinden veya başkalarıyla birlikte hareket etmek suretiyle dolaylı veya müşterek taksirli failliğin gündeme gelebileceğini de ifade etmektedir. Başkasının kasıtlı eylemi, cezalandırmayı genişleten bu iki özel faillik türüyle arkadaki taksirli davranışın sahibine onun eseri olarak isnat edilemiyorsa bu noktada cezasız kalması gereken bir taksirli şeriklik söz konusu olacaktır.⁶⁰⁵

Bu genel çerçevede mağdurdan veya üçüncü kişiden sadır olan kasıtlı ve kusurlu hareket anlamında nedensel sürece ilişkin otonom müdahaleler bakımından bilinçli bir birliktelikten söz edilemeyeceğine göre otonom harekete ön gelen özensizliği nedeniyle arkadakinin (*Hintermann*), yalnızca dolaylı taksirli failliği söz konusu olabilir. Ancak kasıtlı suçlarda olduğu gibi dolaylı faillik için öndekinin (*Vordermann*) otonom hareket etmemesi gerekir. Aksi halde kural olarak dolaylı failliğin unsurlarından birisi eksik olacaktır. Öndekinin otonom hareketi; kasıtlı katkı ihtimalinde dahi arkadakinin failliğini engellediğine ve onun için en fazla şerikliğin kabulünü mümkün kıldığına göre aynı ihtimalde arkadakinin özensizliği taksirli faillik olarak kabul edilemez. “Zira otonomi, failin davranışının sonuçlarına yönelik öznel tutumundan bağımsız biçimde neticenin isnadiyetini objektif olarak engellemektedir.”⁶⁰⁶ Objektif anlamda isnadiyet engeli olarak otonomi, taksir sorumluluğunun kastı geçemeyeceği düşüncesini norm teorisi temelli bir değerlendirmeye güçlendirmektedir. Buna göre eğer öndeki kişinin otonom eylemine yapılan katkı en iyi ihtimalle şerikliğe yönelik davranış normunu ihlal edebiliyorsa bu durum kast ve taksir için değişiklik göstermeyecektir.⁶⁰⁷ Şerik normunun taksirli bir şekilde ihlali veya otonom bir eyleme taksirli şerik katkısı cezalandırılmadığından otonom bir müdahalede arkadaki failin özensizliği, kural olarak ceza sorumluluğu doğurmayacaktır. Böyle

⁶⁰⁴ Renzikowski, Restriktiver, s. 259-261.

⁶⁰⁵ Renzikowski, Restriktiver, s. 261.

⁶⁰⁶ Renzikowski, Restriktiver, s. 262.

⁶⁰⁷ Renzikowski, Restriktiver, s. 262.

bir ihtimalde belli emarelerin otonom hareketin gerçekleştirileceğine işaret etmesi⁶⁰⁸ veya arkadakinin davranışının özene aykırılık oluşturmaya⁶⁰⁹ önemsizdir.

Son olarak *Renzikowski*, otonom hareketler bakımından rücu yasağına ilişkin bu genel kurala, özensiz ilk davranışın ön gelen tehlikeden kaynaklı bir garantörlük oluşturduğu düşüncesiyle istisna getirilmesine de karşı çıkmaktadır. Başkasının kasıtlı suçuna ilişkin özensizce yaratılan tehlike, bu suçu engellemeye dönük garantör yükümlülüğü açısından yeterli görülecek olursa kasıtlı suçlarda da şerik davranışının esas fiili engellemek yönünde bir garantörlük oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Bu kabulde ihmal dogmatığı, iştirak türleri arasındaki ayrımı geçersiz hale getirecektir.⁶¹⁰ Yazara göre otonom hareketin taksirli faile isnadiyete engel teşkil etmediği tek durum, koruyucu garantörlük ihtimalinde gündeme gelir. Yeni doğan olayında büyük annenin durumu bu bağlamda ele alınmalıdır. Burada cezalandırmanın nedeni, büyük annenin olay yerinden uzaklaşması ve bu şekilde yaratılan tehlike değildir. Esasında cezalandırılan şey, koruyucu garantörün gözetim yükümlülüğüne (*Obhutspflicht*) aykırı olarak, hayatını korumakla yükümlü olduğu torununa karşı yaşam hakkına yönelen bir tehlikeyi engellememesidir. Bu tür bir yükümlülüğün taksirli ihlali, bir başkasının icrai hareketinden önce veya sonra olduğuna bakılmaksızın, her durumda taksirli failliği doğurur.⁶¹¹

2.3.3. Ara Değerlendirme

Geniş taksirli faillik anlayışı temelinde şekillenen hâkim öğretinin, tipik neticeye nedensel sürece dahil olan mağdurun ve üçüncü kişilerin “kasıtlı” davranışları aracılığıyla neden olunan olaylarda ürettiği çözümlere ilişkin yukarıda eleştirel bir değerlendirme yapılmış ve en başta bu iki sorun alanında farklı argümanlara başvurulmasının özellikle Türk ceza hukuku açısından kabul edilebilir olmadığı belirtilmişti. Şahsi sorumluluk düşüncesine istikrarlı bir uygulama imkânı tanımayan hâkim öğretisi, sorumlu süjenin mağdur olduğu ihtimalde isnadiyeti dışlarken kasten hareket eden üçüncü kişi için en iyi ihtimalle menfaat tartımı aracılığıyla hareket özgürlüğü lehine, öngörülebirliliği nitelikli hale getirerek bir çözüm bulmaya çalışmaktadır. Dogmatik açıdan birçok itirazı hak eden belirsiz kriterlerin, hukuk güvenliğine uygun istikrarlı bir uygulamayı şekillendirmesi oldukça zor görünmektedir.

⁶⁰⁸ Dolayısıyla örneğin zehirle öldürme davasında (RGSt 64, 370) zehri tedarik eden sevgili veya çatı katı yangını davasında (RGSt. 61, 318) yangın tehlikesine açık olan evin sahibi, kasten öldürmenin neticesinden sorumlu tutulmaz. **Renzikowski**, Restriktiver, s. 262.

⁶⁰⁹ Nitekim silahın özensizce ortada bırakıldığı olaylarda kasıtlı failin veya mağdurun kendi sorumluluğu, isnadiyete engel oluştursa da ilk davranış özen yükümlülüğüne aykırıdır. **Renzikowski**, Restriktiver, s. 264.

⁶¹⁰ **Renzikowski**, Restriktiver, s. 264.

⁶¹¹ **Renzikowski**, Restriktiver, s. 266.

Rücu yasağının klasik ve modern versiyonlarına ilişkin yukarıda aktarılan görüşler incelendiğinde bunlarla taksirli dar faillik kabulü arasında çok yakın bir ilişki olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle *Mayer* ve *Larenz*'in öncüsü oldukları modern rücu yasağı öğretilerinde objektif isnadiyetin; fail haksızlığını temel alan bir yaklaşımla belirlenmesi, iştirak öğretisinden önce zaten “*failce gerçekleştirme*” sayılmayan katkıların elenmesine imkân vermektedir. Burada “*izin verilmeyen bir tehlikenin yaratılması*” üzerinden kasıtlı şerikleri de içine alacak şekilde geniş bir isnadiyet zeminiyle yetinilmemekte, aslında tehlikenin ne zaman failce yaratıldığı sorusuna cevap verilmektedir. Böylece objektif isnadiyet, davranışları incelenen kişilerin subjektif durumlarından bağımsız olarak her halükârda eser sahibini belirleyen bir fonksiyon yerine getirmektedir. Bu yaklaşım; hâkim öğretideki gibi sorumluluk ilkesini sadece belli olay gruplarında gündeme getirilen ancak orada da menfaat tartımına ve kriminal politik değerlendirmelere kurban edilen “kural dışı” bir isnadiyet engeli olmaktan kurtarmaktadır. Bu bakış açısında sorumluluk ilkesi, tam aksine isnadiyet fikrinin temel hareket noktasını oluşturmaktadır. *Otto*'nun sorumluluk ilkesiyle tesis edildiğini savunduğu isnadiyet formülünün başında (icrai suçlar açısından) “*şahsi sorumluluğunda ve yönlendirilebilir şekilde yaratılan veya artırılan tehlike*” şartına yer vermesi bu yönden oldukça önemlidir. Haksızlığın gerçekleştirilmesini otonom hareket eden faile bırakan birinin, bu tür bir tehlikeyle ilişkilendirilmesi de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla azmettiren veya yardım eden de kendi eserleri olmayan bir neticeden istisnai düzenleme sayesinde sorumlu tutulabilmektedir. *Welp*'in eser sahibi olmayan, yani netice kendilerine isnat edilemeyen bu kişilerin cezalandırılmasını; kasıtlı failin şahsi sorumluluğuyla oluşturduğu erişim engeline yönelik bir gevşeme olarak tarif etmesi bu açıdan dikkat çekicidir. Nihayet kasıtlı suçlarda neredeyse uzlaşa halinde kabul gören dar fail kavramının anayasa ve hukuk sistemindeki temellerini tespit eden *Renzikowski*'nin; aynı bireyselleştirilmiş davranış normlarını ihlal eden taksirli suç faili için de bunların geçerli olduğunu ortaya koyması, meselenin dar faillikle bağlantısını kurmak adına yol göstericidir. Yazarın norm teorisi bakış açısıyla şahsi sorumluluk ilkesine yönelik yaptığı değerlendirmeler, tüm yönleriyle benimsenmese de mutlaka dikkate alınması gereken bir bakış açısı sunmakta ve sorumluluk ilkesiyle şekillenen isnadiyet öğretisine dikkate değer bir katkı sağlamaktadır. Özellikle tüm suçlarda geçerli olması gereken dar fail kavramının, “*hareket özgürlüğünün diğer yüzünü teşkil eden şahsi sorumluluk ilkesine dayandığı*” tezi, bu çalışmanın da ortaya koymak istediği temel bir düşünceyi dile getirmektedir.

2.4. Rücu Yasağı Öğretilerini Takip Ederek Benimsenen Yaklaşım: Ceza Hukukunda Failin Hareket Haksızlığını Belirleyen Temel Bir İlke Olarak Şahsi Sorumluluk

2.4.1. Genel Açıklamalar

Kanaatimce bizim hukuk düzenimiz de kendi kaderini tayin eden bir insan tasavvuruna sahiptir. Bu tür bir tasavvur bireylere sağlanan özgürlük alanındaki hareketlerden sorumluluğun kural olarak ilgili kişilere ait olduğunu kabul etmeyi gerektirir. Ancak kişisel sorumluluk genelde sadece kusurla ilişkilendirilerek söz konusu insan tasavvurundan hareketle kişilere ancak kendi yaptıkları nedeniyle bir kusur isnadında bulunulabileceği ileri sürülmektedir. Oysa *Schumann*'ın isabetli olarak ifade ettiği üzere insanın bu karakterinin tek sonucu; haksız eyleminden dolayı kişilere (bireysel) kınamada bulunma imkânının, kusuru ortadan kaldıran haller veya mazeret nedenleri söz konusu olmadığı sürece mümkün olması şeklinde değerlendirilmemelidir. İnsana ilişkin bu tasavvur, aynı zamanda “*bireylere tahsis edilen sorumluluk alanlarına ilişkin temel bir sınırlandırma*” gerekliliğini ortaya koymaktadır.⁶¹² Yukarıda ele alınan sorun alanlarında görüldüğü üzere bu sınırlama en çok nedenselliğin mağdur veya üçüncü kişi üzerinden elde edildiği ihtimalde önem kazanmaktadır. Zira bu ihtimalde “*söz konusu kişilerin de özgür ve sorumlu bir şekilde hareket ettikleri kabul edileceğinden, davranışları ve onların sonuçları ilke olarak ilk aktörün değil, kendilerinin sorumluluğundadır.*”⁶¹³ Şahsi sorumluluk ilkesinin bu ikinci ve ihmal edilen tarafı, hukuka aykırı bir fiil nedeniyle somut olaydaki faile ilişkin kusur değerlendirmesiyle ilgili olmayıp, bu ilke esasen herkes için ceza hukuku anlamında (fail) hareket haksızlığının tespitini engelleyici bir rol üstlenir. Anayasa m. 38/7’de yer alan “*ceza sorumluluğu şahsidir*” ifadesi de bu bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği, sadece kusur incelemesinde istisnai olarak gündeme gelen hususlarla ilgili değildir. Buradaki şahsilik, ceza sorumluluğunu doğuran hareket haksızlığının bireyselleştirilmesinde de kendini göstermelidir. Özellikle başkasının (mağdur veya üçüncü kişi) kasten sebep olduğu neticelerden dolayı, ön gelen özensizliklerin “*failce gerçekleştirme*” sayıldığı bir durumda “ceza sorumluluğunun şahsiliği” büyük ölçüde anlamını yitirecektir. Bu nedenle şahsi sorumluluk ilkesinin kusurdan önce ceza hukuku anlamında tipik hareket haksızlığının tespitinde dikkate alınması gerekir.

Temelde tüm suçlar açısından sorumluluk alanlarının şahsi sorumluluk ilkesiyle sınırlandırılması düşüncesini takip eden bu çalışmadaki değerlendirmelerin yeni ileri sürülen tespitler olmayacağı, rücu yasağıyla ilişkili yukarıda yer verilen görüşlerden anlaşılmaktadır.

⁶¹² Krş. *Schumann*, Selbstverantwortung, s. 1.

⁶¹³ *Schumann*, Selbstverantwortung, s. 1.

Ancak bu çalışmada objektif isnadiyetin kapsamı, tipik tehlikenin neticede gerçekleşmesiyle sınırlı görüldüğünden öz/şahsi sorumluluğun neticede gerçekleşen tehlikenin nasıl ve kimin sorumluluğunda yaratıldığıyla yani tipik davranışın tespitiyle ilgili olduğu değerlendirilmektedir. Dolayısıyla öz sorumluluk ilkesi aslında dar anlamda objektif isnadiyetle (normun koruma amacı-yükümlülüğü aykırılık ilişkisi) ilgili olmayıp failce gerçekleştirmeyi tespit eden, yani failin hareket haksızlığını bireyselleştiren bir fonksiyon yerine getirmelidir. Yukarıda incelenen rücu yasağı ve taksirli dar faillik yaklaşımlarının da esasen temel fail haksızlığını tespit etmeye çalıştığı görülmektedir. Ancak bunun daha da özelde fail hareketinin taşınması gereken nitelikle ilgili olduğu açıktır. Bu çerçevede başkasının tam sorumluluğunda gerçekleştirdiği bir davranış; diğerleri için kural olarak fail haksızlığı kabul edilmeyecek bir otonom hareket oluşturmaktadır.

Tipik bir neticeye neden olmanın tarif edildiği tüm suçlarda *failin şahsi sorumluluğunda yarattığı bir tehlikeyle ilgili neticeye doğrudan neden olması* yasaklanmaktadır. Hukuki değer ihlaline ilişkin sorumluluğun; her zaman bu ihlali doğuran tehlikeden sorumluluk vasıtasıyla tespit edilmesi gerekiyorsa⁶¹⁴ kanunda öngörülen ve özel gerekçelendirme gerektiren durumlar dışında⁶¹⁵ bu ihlale yol açan tehlikenin failin kendi sorumluluğunda yaratılan veya artırılan bir tehlike olması gerekir. Bu nitelikte olmayan şerik katkılarına ilişkin düzenlemenin (TCK m. 38, 39) özel suç tiplerinin temelindeki faille ilgili davranış normlarından ayrı davranış normları olarak değerlendirilmesi isabetlidir.⁶¹⁶ Bu bağlamda şeriklik düzenlemelerinin temelinde suç tiplerine göre formüle edilmesi gereken örneğin, “*hukuka aykırı bir kasten öldürme eylemine yönelik azmettirmede bulunulmaması gerekir*” ya da “*hukuka aykırı bir hırsızlık suçuna yardımda bulunulmaması gerekir*” şeklinde çok sayıda davranış kuralı yer almaktadır.⁶¹⁷ Bu

⁶¹⁴ **Stratenwerth**, FS-Gallas, s. 238; **Otto**, AT, § 6, kn. 45; **aynı yazar**, TuT, s. 278.

⁶¹⁵ Ceza sorumluluğundaki bu genişlemeye genel hükümlerde dolaylı ve müşterek faillikle, özel hükümlerde ise yükümlülük suçlarıyla örnek vermek mümkündür. Bunlarda fail haksızlığı, başkasının sorumluluğunda gerçekleşen eylemleri de kapsamaktadır.

⁶¹⁶ Dolayısıyla şerik katkısı da aslında izin verilmeyen bir tehlike yaratmakla birlikte (özel olarak bir suçta tiplendirilmediği sürece, örneğin TCK m. 84) hiçbir zaman şeriklerin tipik davranışından bahsedilemez. Hem failin hem de şeriklerin ilgili suç bağlamında izin verilmeyen bir tehlike yarattıklarından hareketle bunlardan tipik davranışı gerçekleştiren failin hukuki değer zarar görmesine fiil hakimiyetiyle diğerinin bu tür bir hakimiyet olmaksızın yol açtığı kabulünde; dolaylı olarak her ikisinin de aynı davranış normunu ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır. Fail ve şerik arasında gerekli sınırlamayı gerçekleştiremeyen bu ayırmda, suça katılan şerik de nihayetinde fail gibi hukuki değeri ihlal eden konumunda olduğundan her iki haksız davranış da tek ve aynı davranış normu kapsamına dahil edilmektedir. Geniş faillik kabulüne yaklaşan bu tür değerlendirmeleri isabetli bulmayan **Renzikowski**, fail ve şerik ayrımıyla tarafların hukuki sorumluluk alanlarının ve otonomi ilkesinin dikkate alınması gerektiğine ve bunun için de iki haksızlığın farklı davranış normlarının konusu olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. **Renzikowski**, Restriktiver, s. 126 vd.

⁶¹⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. **Renzikowski**, Restriktiver, s. 127, 130. Aynı yönde bkz. Stein, Ulrich, **Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre**, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, s. 32, Bloy, **Beteiligungsform**, s. 189 vd.

davranışların tehlikeliliğini dikkate alan kanun koyucu; özel suçlarla tarif edilen davranış normu ihlallerine dahil edilemeyecek bu katkıları, ayrıca cezalandırmayı kriminal politik açıdan uygun görmüştür.

TCK m. 84’de otonom hareket eden “*mağdur*”un intiharı için de benzer bir şeriklik tipi düzenlenmiştir. Burada da kasten öldürme suçlarının temelindeki yasaklara dahil edilemeyen yani öldürme suçları bakımından “failce gerçekleştirme” sayılamayacak birtakım eylemlerin cezalandırılması tercih edilmiştir. Bu istisnai suç tipinin (özellikle m.84/1) temelinde de “*hiç kimsenin kendi sorumluluğunda gerçekleştirdiği bir intihar eylemini azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etme!*” şeklinde bir davranış kuralı yer almaktadır. Buradaki tehlikeliliğin ayrıca cezalandırılmasına duyulan ihtiyaç, sadece esas fiilin suç teşkil etmemesi nedeniyle bağlılık kuralının uygulanamıyor olması değildir.⁶¹⁸ Bundan önce cezalandırılan davranışların, aksi halde öldürme suçunun tipikliğini sağlayacak hareket haksızlığı mahiyetinde olmaması, kanun koyucuyu m. 84’ü düzenlemeye sevk etmiştir. Zira ister üçüncü kişi ister mağdur olsun başkasının tam sorumluluğuyla gündeme gelen otonomi, kural olarak başkasının hareketine neden olma bağlamında fail haksızlığı tespitine engel teşkil etmektedir.

Meseleyi *Schumann*’ın ifadeleriyle özetlemek gerekirse özel suç tipleriyle ceza hukukunda yaptırım altına alınan zarar veya daha doğru bir ifadeyle tehlike yasaklarının esasen “*doğal nedensellik üzerinden başkalarını izin verilen riskin ötesinde tehlikeye atma*”yı yasakladığı kabul edilmelidir. Buna karşın “*başkalarının kendilerini veya üçüncü şahısları tehlikeye atacak şekilde davranmalarına neden olabilecek eylemler için temel bir yasaktan bahsedilememektedir.*” Bu durumu yazar haklı olarak “*başkalarının söz konusu davranışa nasıl tepki gösterecekleri prensip olarak onun sorumluluğundadır*” argümanı ile izah etmektedir.⁶¹⁹ Dolayısıyla sorumluluk prensibinin ilk ve tabi sonucu itibarıyla herkesin kural olarak sorumluluk alanının kendi eylemleriyle sınırlandırıldığı ve ancak özel koşullar altında bu sorumluluk alanının diğerinin eylemlerini de kapsadığı kabul edilmelidir.⁶²⁰ İşte bahsi geçen bu özel koşulların tespiti; esasen “*dolaylı olarak etkide bulunan arka plandaki kişinin sorumluluk alanını bir başkasının eylemine kadar genişletmenin, onun davranışını ve neden olduğu sonucu — sanki kendisi doğrudan hareket etmiş gibi — bu kişiye atfetmenin gerekçelerini bulmak*” ile

⁶¹⁸ Krş. Özen, Mustafa, “İntihara Yönlendirme Suçu”, CHD, 6/16, Ağustos 2011, sa. 32-67, (Özen, İntihar), s. 34; Koca, Mahmut, “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)”, CHD, 5/12, Nisan 2010, sa. 19-40, (Koca, İntihar) s. 21; Ersoy, Uğur, “İntihara Yönlendirme Suçu”, TBBD, 2018, (136), sa. 75-140, s. 79.; Tulay, s. 815, 816.

⁶¹⁹ Schumann, Selbstverantwortung, s. 6.

⁶²⁰ Schumann, Selbstverantwortung, s. 6.

ilgilidir.⁶²¹ Ancak burada ihtiyaç duyulan özel gerekçelendirmeye, doğal nedenselliktekinen benzer şekilde başkalarının davranışlarına ilişkin değişik derecelerdeki öngörülebilirlik kriterleriyle ulaşılmaya çalışılması isabetsizdir. Bu yöndeki tespitler ancak kişilerin kendi sorumluluk alanı içinde kalan tehlike yasaklarını belirlemek açısından elverişli bir sınırlama imkânı sağlayabilir. Güven ilkesinin esas uygulama alanı da burasıdır.⁶²² Sorumluluk ilkesini gerçek anlamıyla dikkate alan rücu yasağı öğretilerinin de bu durumun farkında olduğu ve büyük ölçüde başkalarının eylemlerine ilişkin hesaplanabilirlik değerlendirmesinden kaçındığı görülmektedir. Zaten indeterminist karakteri dikkate alındığında özgür irade sahibi bireylerin başkalarına veya kendisine karşı her zaman riskli davranışlarda bulunabileceği ve bunların doğal nedenselliğin aksine nihai olarak kestirilemeyen bir özellikte olduğu görülecektir. Bununla birlikte *Welp*'in isabetli bir şekilde tespit ettiği üzere burada doğal nedensellik karşısında gündeme gelen nitelik farklılığı, koşullara göre bir suç işleme ihtimalinin yakın veya uzak olarak değerlendirmesini tümüyle engelleyen bir husus değildir. Ancak belirleyici olan nokta bu ihtimalin derecesi değil, suç işleyenin kişisel sorumluluğudur. Zira bağımsız öznenin özgürlük alanı, diğerleri için bir “yabancı sorumluluk alanı” oluşturmaktadır.⁶²³

Bu bağlamda başkalarının muhtemel riskli davranışlarını (*Fehlverhalten*) dikkate alma yükümlülüğünün ne zaman kabul edileceği noktasında “*irade özgürlüğüyle birlikte diğer kişilerin kendi sorumluluğundan hareket edilmesi*”, bağımsız öznenin özgürlük alanını tanımanın bir gerekliliği olarak görülmelidir.⁶²⁴ Bu doğru bakış açısıyla başkasının eylemine neden olma bağlamında taksirli fail haksızlığını belirlerken, özensizliğin hem bir başkasının kasıtlı davranışına (kendisine veya üçüncü kişilere yönelik) hem de bir başkasının özensizliği anlamında taksirli suça neden olduğu durumlar bakımından sorumluluk alanlarının sınırlandırılması düşüncesine geçerlilik tanınmalıdır. Ancak yine *Schumann*'ın ifadesiyle “*sorumluluk ilkesi, kişinin kendi sorumluluk alanı içinde, yani doğal nedenselliği başlatırken göstermesi gereken özen üzerinde de etkilidir.*”⁶²⁵ Öğreti ve uygulamanın birçok alanda uygulanmasına cevaz verdiği güven ilkesi de işte bu alandaki özen kurallarını, sorumluluk ilkesi temelinde belirlemeye yaramaktadır.

⁶²¹ *Schumann*, Selbstverantwortung, s. 70.

⁶²² *Schumann*, Selbstverantwortung, s. 6 vd.

⁶²³ *Welp*, s. 285.

⁶²⁴ Krş. *Schumann*, Selbstverantwortung, s. 5.

⁶²⁵ *Schumann*, Selbstverantwortung, s. 6 vd.

2.4.2. Kasıtlı Suç ve İntihar Olaylarında Taksirli Fail Haksızlığı

2.4.2.1. Tam Sorumlu Harekete Nedensel Katkı Sağlayan Özensizliğin Taksirli Faillik Sayılmaması Kuralı

Şahsi sorumluluk ilkesine ilişkin yukarıdaki açıklamalar temelinde taksirli suçlarda da failin; kasıtlı muadilleriyle aynı davranış normunu ihlal ettikleri düşünülecek olursa üçüncü kişinin kasten öldürmesine veya mağdurun kendi sorumluluğunda gerçekleşen intihara yönelik özensizliklerin, icrai bakımdan “taksirle öldürme” kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim bu katkıların kasıtlı hali bile öldürme yasağının kapsamında değildir. TCK m. 38, 39 ve 84 bunu ortaya koymaktadır. Bu noktada söz konusu özensizliklerin incelenen olaylardaki gibi bir intiharı veya kasıtlı suçu önlemeyi amaçlaması da önemsizdir. Zira hukuki değerin korunması adına kaçınılmasında yarar görülen her hareket, hukuki değerin ihlalini tipleştiren suçun hareket haksızlığını oluşturmaz. Burada hukuki değerin daha iyi korunması isteniyorsa sorumluluk ilkesini silikleştiren bir haksızlık anlayışı yerine, hukuki değere yönelen bazı tehlikeli davranışların ayrıca cezalandırılması yolu her zaman tercih edilebilir. Bu şekilde hukuki değeri koruma ihtiyacının gerektirdiği durumlarda şerik tipikliğini sağlamayan davranışların dahi kabahat veya yan ceza kanunlarında bağımsız suç tipleri olarak ayrıca cezalandırılması mümkündür. Özellikle ateşli silahlarla ilgili mevzuatta, suç ve intihara yol açan özensizliklere ilişkin öngörülen yaptırımlar buna örnek kabilindendir. (6136 sayılı Kanun m. 9/2: “*silah bulundurma ve taşıma ruhsatını haiz olan kimsenin bu silahla suç işlemesi veya silahın muhafazasındaki ihmali ve kusurlu neticesi başkaları tarafından bir suç işlenmesi veya intihar ve intihara teşebbüs edilmesi hallerinde silah vesikası geriye alınır ve bir daha silah bulundurma ve taşıma izni verilmez*”) Buradaki gibi bir özensizliğin; başkalarına hayati tehlike arz eden eylemlerde bulunma fırsatı verebileceği için tehlikeli kabul edilerek bağımsız bir haksızlık şeklinde yaptırım altına alınması, sadece bu sebeple neden olan pozisyonundaki özensiz kişinin ilgili ihlalden failliğini gerekçelendirmez. Dolayısıyla herkesin kural olarak kendi eylemlerinden sorumlu tutulacağı düşüncesi; silahını özensizce ortalıkta bırakan birinin, aykırı davrandığı özen normunun koruma amacı kapsamında kalan kasıtlı suç ve intihar olayları bakımından da geçerliliğini sürdürecektir.⁶²⁶ Bu bağlamda sorumluluk ilkesi, taksirli suçlarda da dar failliğin geçerli olduğu sonucunu ortaya koymaktadır. Bu sonucun objektif isnadiyet üzerinden izah edilmesi dogmatik bir tercih olup esaslı bir farklılık yaratmaz. Zaten taksirin ceza hukukundaki temel haksızlık olduğu dikkate alındığında, objektif isnadiyet üzerinden yapılan sınırlama ilk ve doğrudan etkisini taksirli suç failliği kabulünde kendini gösterecektir.

⁶²⁶ **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 112, dn. 164. Krş. **Lenckner**, Theodor, in: **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 23. Bs., C.H.Beck, München, 1988, (**Lenckner**, in Schönke/Schröder-StGB) vor §§ 13 kn. 101.

Bu bağlamda *Özgenç*'in; verdiği kahve örneğinde⁶²⁷ rücu yasağını gerekçelendirmek için, kategorik olarak üçüncü kişi tarafından işlenen kasıtlı suçun objektif isnadiyet engeli oluşturduğunu savunması⁶²⁸, güven ilkesiyle yapılan sınırlamayı yetersiz görmesi⁶²⁹ ve Alman ceza hukukunda geniş faillik temelinde şekillenen hakim öğretiye yönelik en başta *Schumann*'a atıfla şu eleştirilerin altını çizmesi⁶³⁰ doğru yöne işaret etmektedir: “*hareketin haksızlık muhtevasının tayininde kişinin sadece kendi hareketinden sorumlu olması gerektiği prensibi esas alınacaktır.. Prensip olarak hiç kimsenin bir davranışta bulunurken, bu davranışın bir başkasının sorumluluk şuuruyla ve serbest iradesiyle işleyeceği suça zemin teşkil edebileceği ihtimalini hesaba katma yükümlülüğü mevcut değildir.*”

Kendileri öldürme suçlarındaki fail hareketinin haksızlık içeriğinin karşılamayan bu davranışların, ön gelen tehlikeden kaynaklı garantörlük doğurduğu da düşünülemez. *Renzikowski*'nin isabetli olarak tespit ettiği üzere bu tür özensizliğin yarattığı tehlikenin garantörlük için yeterli görülmesi, kasıtlı suçlarda da şerik davranışının esas fiili engellemek yönünde bir garantörlük oluşturduğunu kabul etmeyi gerektirir. Bu yorum ihmal dogmatığı aracılığıyla sorumluluk alanlarının belirlenmesine hizmet eden iştirak türleri arasındaki ayrımın geçersiz kılınması anlamına gelir.⁶³¹ Burada başkalarının tam sorumluluğu, öncesinde yaratılan tehlikenin icrai davranışa eş değerliliğini de engellemektedir. Kasıtlı ve kusurlu failin şahsi sorumluluğu gereği tipik hareket haksızlığını sadece icrai faillik için dışlayıp, icrai failliğe yetmeyen bir tehlikenin başkasının sorumluluğunda gerçekleşen neticeyi önleme noktasında garantörlük doğurduğu ileri sürülürse burada bir kısır döngü oluşturulmuş olur. Dolayısıyla “*taksirli şeriklik*” sayılabilecek davranışların, kasıtlı muadilleri gibi esas fiili engellemek yönünde bir garantörlük yükümlülüğü doğurmadığı kabul edilmelidir. Bu bağlamda yukarıda yer verilen üçüncü kişinin kasıtlı suçunda veya mağdurun sorumluluğunda gerçekleştirilen intihar olaylarında özensizliklerin hiçbirisi, ön gelen tehlikeden kaynaklı bir garantörlük doğurmaz.⁶³²

⁶²⁷ “*Avdan dönen A, tüfeği ile köy kahvesine girer, kahvede bulunan diğer şahıslar arasındaki tartışmayı duymasına rağmen, tüfeği bir kenara kor ve olayları seyreder. Kızısan tartışma sonucunda çıkan kavgada B, A'nın tüfeğini kapar ve C'yi öldürür.*” *Özgenç*, Suça İştirak, s. 186; *Özgenç*, Genel Hükümler, s. 199, 200.

⁶²⁸ “*Bu olayda B, kasten öldürme suçunu işlemiştir. A'nın dikkatsiz ve özensiz davranışıyla, C'nin ölümü arasında nedensellik bağı vardır. Ancak, A'yı ne B'nin işlediği kasten öldürme suçuna iştiraktan ne de taksirle ölüme sebebiyet vermekten dolayı sorumlu tutabiliriz. Çünkü B'nin bilahare gerçekleştirdiği kasıtlı fiil, C'nin ölümünün A'ya objektif olarak isnadiyetini engeller.*” *Özgenç*, Genel Hükümler, s. 200.

⁶²⁹ *Özgenç*, Suça İştirak, s. 188.

⁶³⁰ *Özgenç*, Suça İştirak, s. 187.

⁶³¹ *Renzikowski*, Restriktiver, s. 264.

⁶³² *Renzikowski*, Restriktiver, s. 264. Öğretide *Herzberg*, kasıtlı yardımın esas fiili engellemek yönünde ön gelen tehlikeden kaynaklı bir garantörlük doğurmadığını izah ederken, şöyle bir olay üzerinden meseleyi inceler: “*A, X'i*

Bu değerlendirme, TCK m. 84 açısından ayrı bir önem taşımakta ve bana göre burada da geçerliliğini sürdürmektedir. Dolayısıyla şahsi sorumluluğu kabul edilen birini intihara azmettiren veya ona yardım eden kişi, yarattığı tehlikeden dolayı devamında intihar eylemini engellemekle yükümlü bir garantör kabul edilemez. Aksi halde intihara yönlendirme suçunu işleyen kişilerin; intihar teşebbüsünden önceki veya sonraki aşamalar bakımından birçok durumda engel olmadığı ölüm neticesinden dolayı TCK m. 83 gereği fail olduklarını kabul etmek gerekir. Nitekim bu yönde yanlış bir görüşün, intihara teşvik bağlamında öğretide benimsendiği görülmektedir.⁶³³ Ancak suç tipinde yer verilen diğer eylemler açısından ön gelen tehlikeden kaynaklı garantörlük üzerine bir değerlendirmeye rastlanılmamaktadır. Öğretide bu suç özelinde garantörlük değerlendirmesi, TCK m. 84'ün gerekçesinde ihmali davranışa ilişkin

öldürmek amacıyla onu suya itmeye çalışır. A'nın bu eylemi için en uygun yeri keşfetmiş olan B (bu yönüyle yardım eden konumunda), olayı uzaktan izler. X çaresizce suda sürüklenirken, B sadece kendisinin yüzebileceğini ve X'i kurtarabileceğini bilir ama onun boğulmasına izin verir." Yazar bu olay tarifinden sonra; kasten öldürme bağlamında B'nin icrai yardım eden olarak mı yoksa ön gelen tehlikeden dolayı ihmali fail olarak mı cezalandırılacağı sorusunu ortaya atar ve ilkinin daha doğru olacağını savunur. Zira burada merkezi figür, suçu tek başına işleyen A'dır. B'nin suçun işleneceği yeri tespit ederek eyleme sağladığı icrai katkı, tipik bir yardım davranışdır. Neticenin ortaya çıkması anına kadar B'nin bunu engellemeye yönelik fırsatları kullanmaması yazara göre yardım etmenin mantığında yer alan ve yardım gereği uygulanacak cezanın kapsamında kalan bir husustur. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Herzberg**, TuT, s. 98.

⁶³³ Öğretide Koca; m. 84/3'te bağımsız bir haksızlık olarak düzenlenen "*başkalarını intihara alenen teşvik etme*" eylemi sonucunda intihar olayının ve ölüm neticesinin gerçekleştiği bir durumda, teşvik edenin en azından bu neticeye ilişkin olası kastla hareket ettiği tespit edilebilirse TCK m. 83'teki suçun da oluştuğu görüşündedir. Yazara göre burada teşvik eyleminin; ön gelen tehlikeli hareket olarak değerlendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla nihayetinde m. 84/3'ün faili, teşvik sonucunda intihar gerçekleştiğinde m. 83'ü de gerçekleştirmiş olur. Yazar diğer taraftan intihara yardımın ihmali bir davranışla da yapılabileceğini ve bu tür bir yardımın da intiharı engelleme yükümlülüğü altında olanlar için gündeme geleceğini savunmaktadır. Buna göre kanundan, sözleşmeden veya ön gelen tehlikeli hareketten dolayı garantör olan kişiler, intihara kasten müdahale etmediğinde intihara ihmali yardım söz konusudur. Mağdurun intihar kararını serbest iradesiyle veremediği yaş küçüklüğü ve akıl hastası gibi durumlarda ise garantörün engelleme yükümlülüğünü kasten ihmal etmesi, TCK m. 83 kapsamında ihmalen kasten öldürme sayılmalıdır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Koca**, *İntihara Yönlendirme*, s. 32-35. Yazar bu açıklamalarla koruma garantörünün kasıtlı ihmalini; intihara yardım olarak değerlendirirken, teşvik bağlamında ön gelen tehlikeden kaynaklanan garantörün ihmalini TCK m. 83 kapsamında ihmalen kasten öldürme kabul etmektedir. Burada derin bir çelişki olduğu açıktır. Özellikle koruma garantörlerinin intiharı engelleme yükümlülüğü kabul ediliyorsa burada neden TCK m. 83'teki suçun oluşmadığı izah edilememektedir. Teşviği; ön gelen tehlikeden garantörlük için yeterli gören yazarın, çok daha somut bir tehlike olan intihara azmettirme, yardım etme veya intihar kararını kuvvetlendirme eylemlerinde neden aynı garantörlüğü kabul etmediği anlaşılamamaktadır. Burada esas olarak mağdurun sorumluluğuyla gündeme gelen otonominin ön gelen tehlikeden kaynaklı garantörlüğü engellediği kabul edilmelidir. Öğretide Ersoy'un açıklamaları belli ölçüde bu çalışmada benimsenen yaklaşımla paralellik göstermektedir: "*Kanaatimizce, intihara alenen teşvik, öngelen tehlikeli hareketten dolayı garantör olma sonucunu doğurmaz. Bunun çeşitli gerekçeleri vardır: Her şeyden önce, her ne kadar intihara alenen teşvik hareketi fail tarafından yapılmaktaysa da intihar, kendi sorumluluğunun bilincinde olan kişi tarafından kasten gerçekleştirilmekte olduğundan dolayı bu gibi durumlarda intihara alenen teşvik eden kişi garantör olarak nitelendirilemez. İkinci olarak, şayet intihara alenen teşvik eden kişi garantör olarak kabul edilse dahi, "ultra posse nemo obligatur" yani kimse yapabileceğinin ötesinde zorlanamaz kuralı gereği, bu kişinin neticeyi önleme olanağına sahip olduğundan bahsetmek de çoğu durumda mümkün olmayacaktır."* **Ersoy**, s. 114. Ancak yazarın son şartta neticeyi önleme olanağından bahsettiği noktaya katılmadığını ifade etmek isterim. Zaten ihmal sorumluluğu, yükümlülüğün yerine getirilme imkânı olmadığı bir durumda gerekçelendirilemez. Mağdurun sorumluluğunun dışlayıcı etkisi, bu imkanın mevcut olduğu durumlarda gündeme gelecektir.

yer verilen açıklamaya⁶³⁴ paralel olarak genelde intihara yardımın icrai veya ihmali olabilmesiyle sınırlı olarak yapılmaktadır. Burada intihara yardımın garantör kişilerin ihmali davranışıyla da mümkün olduğu yönündeki görüş, genelde garantörlüğün kanundan sözleşmeden veya ön gelen tehlikeli hareketten kaynaklanabileceğini savunurken,⁶³⁵ diğer yaklaşım garantör ihmali bakımından m. 84'ün değil m. 83'ün gündeme geleceği görüşünü benimsemektedir.⁶³⁶ Ancak intihara yardımın; icrai-ihmali niteliği açısından hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin⁶³⁷, suç tipiyle cezalandırılan icrai eylemlerin ön gelen tehlikeli hareket olarak "intihara yönlendirilen" mağdurun ölümünü engelleme noktasında garantör statüsüne dayanak oluşturması, bundan ayrı bir sorun olarak ortada durmaktadır. Özellikle intihar teşebbüsü sonrasında ölüm neticesinin önlenebileceği bir ihtimalde garantör kabul edilen birinin ihmali, artık intihara ihmali yardım olarak da görülemez. Zira bu noktada intihar teşebbüsü zaten gerçekleşmiş olacaktır. Bu aşamada ön gelen tehlikeden kaynaklı garantörlük kabul edildiğinde söz konusu ihmal, sadece m. 83 bağlamında ihmalen kasten öldürme suçuna yönelik bir değerlendirmenin konusu olabilir. Tam olarak bu bağlamda şerik eylemlerinin otonom hareket eden failce gerçekleştirilen esas suçu önleme adına bir garantörlük doğurmamasına paralel olarak intihara yönlendirme mahiyetindeki davranışların da ölüm neticesine engel olma noktasında özel bir hukuki yükümlülüğe dayanak oluşturamayacağı kabul edilmelidir.

⁶³⁴ "Başlı başına cezalandırılabilir bir fiil olarak intihara yardım, esas itibarıyla icrai davranışla gerçekleştirilebilir. Ancak, intiharı önleme konusunda hukukî yükümlülük altında bulunan kişinin, bir intihar olgusuyla karşı karşıya olmasına rağmen, bu intihar girişimini engellememesi, bu girişim karşısında kayıtsız davranması; intihara ihmali davranışla yardım olarak nitelendirilmek gerekir. Ancak, bunun için, kişinin intiharı önleme konusunda hukukî bir yükümlülüğünün olması gerekir."

⁶³⁵ **Koca**, İntihar, s. 33, 34; **İçer**, Zafer, "İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m.84)", **SÜHFD**, 2020, 28 (1), sa. 295-347, (**İçer**, İntihar) s. 312; **Özen**, İntihar, s. 40. Kanunilik ilkesi gereği suç tarifinde ihmali yardıma ilişkin açık bir ifade olmadığından hareket eden yazarlar gerekçenin kanun hükmüne dahil olmadığı teziyle bu yoruma karşı çıkmaktadır. Ayrıca icrai bir suçun ihmalen işlenmesi halinde hâkime cezanın indirilmesi yönünde tanınan takdir yetkisinin, intihara ihmali yardımın kabul edilmesi durumunda uygulanamayacak olması sorunlu görülmektedir. Bkz. **Özbek**, Veli **Özer/Doğan**, **Koray/Bacaksız**, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 19. Bs., Seçkin, Ankara, 2024, (**Özbek/Doğan/Bacaksız**, **Özel Hükümler**), s. 181.

⁶³⁶ "Genel hükümler arasında ihmali davranışın cezalandırılacağına dair bir düzenleme olmaması ve yalnızca belirli suç tipleri bakımından ihmali davranışın cezalandırılacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında, böyle bir açıklığa yer verilmeyen suç tipleri bakımından ihmali davranışın cezalandırılmayacağı söylenebilir. Bu durumda, ya failin intiharı önleme yönünde hukukî yükümlülüğü vardır; ki bu durumda fail "ihmali davranışla kasten öldürme"den sorumlu olur; buna karşılık neticeyi önleme yükümlülüğü yoksa, fail ancak TCK m. 98 kapsamında sorumlu tutulabilir." Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 22. Bs., Seçkin, Ankara, 2024, s. 170. Aynı yönde bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, **Özel Hükümler**, s. 181, 182.

⁶³⁷ Garantörün intihara müdahale etmemesi şeklindeki kasıtlı ihmalinin, aslında TCK m. 83'ün tipikliğini de sağlayan bir davranış olduğunu kabul eden **Tulay**, mağdurun rızasıyla tipik hareket yönünden TCK m. 84'ün farklılaştığını savunmaktadır. Yani yazar bir anlamda özel-genel norm ilişkisinden hareketle TCK m. 84 açısından ihmali yardımın daha özel bir suç tipini oluşturduğu düşüncesindedir. Bkz. **Tulay**, s. 823.

Taksir alanına geri dönecek olursa kasıtlı şerik davranışları gibi “taksirli” şerik davranışları da (şahsi sorumluluk ilkesi gereği fail haksızlığına dönüşmediği için cezasız bırakılan) tam şahsi sorumluluğunda hareket eden birinin eylemine engel olma yükümlülüğünü yani “ihmalen failce gerçekleştirme” bağlamında gerekli garantörlük statüsünü temellendirmek için yetersiz kalmaktadır. Bu çerçevede mağdurun kendi sorumluluğunda gerçekleşen bir intihar nedeniyle “taksirli fail”in sorumluluğunun tartışıldığı olayların çoğunda, ön gelen tehlikeden kaynaklı olarak isnadın ihmali davranışa dayandırılması düşüncesi sonuç vermeyecektir. Buna göre örneğin *Pistol Kararı*’na konu olayda, silahını özensiz bir şekilde arabada bırakan failin, yarattığı ön gelen tehlikeyi kendisinden beklenen makul ve gerekli tedbirlerle ortadan kaldırması gerekirken, yükümlülüğünü ihmal ettiği için mağdurun ölümüne sebebiyet verdiği iddiası isabetsizdir. İcrai olarak yaratılan tehlikenin tipik davranış olmasına engel olan otonomi, bu tür bir ihmalin TCK m. 85’te düzenlenen “taksirle öldürme” sayılmasının önünde de bir engel oluşturmaktadır. Burada ölüm neticesinde gerçekleşen tehlike, silah sahibinin sorumluluğunda değildir.

2.4.2.2. Koruma Garantörlerinin Özel Durumu

2.4.2.2.1. Tam Sorumlu Failin İşlediği Kasıtlı Suç Yönünden

Ön gelen tehlikede gündeme gelen “*tehlike kaynağından üçüncü kişilerin tehlikeye sokulması veya zarara uğramasının engellenmesine yönelik yükümlülük*” anlamında gözetim garantörlüğünden⁶³⁸ farklı olarak, “*belli bir hukuki menfaatin bütün tehlikelere karşı savunulması*”nı gerektiren koruma garantörlüğü⁶³⁹ için ayrı bir değerlendirme yapılmasında yarar vardır. Özellikle belli aile hukuku temelli ilişkilerdeki aktörler (ebeveyn-çocuk, eşler vs.)⁶⁴⁰ veya “*faaliyetleri bir bütün olarak toplumun sosyal dokusunun korunmasına ve işleyişinin sağlanmasına hizmet eden*” kamu görevlileri (polisler gibi) açısından⁶⁴¹ koruma garantörlüğü kabul edilmektedir. Bu kişiler sorumlu oldukları hukuki değerleri her türlü tehlikeye karşı korumakla yükümlü oldukları için, artık tehdidin kimden kaynaklandığı sorusu önemsiz hale gelmektedir. Diğer bir ifadeyle “*hukuki değere yönelik tehlikenin otonom davranıştan kaynaklanıp kaynaklanmadığı veya doğal bir tehlike olup olmadığı garantörün göreviyle ilgili değildir*”. Zira tehlike başkasının otonom hareketinden de kaynaklansa burada garantör; “*başkalarının davranışlarından değil, kendisine emanet edilen hukuki menfaatin*

⁶³⁸ Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin, Ankara, 2003, (Hakeri, İhmal), s. 160.

⁶³⁹ İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener: *Suç Teorisi*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004. s. 63, dn. 54.

⁶⁴⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. Hakeri, İhmal, s. 126 vd.

⁶⁴¹ Ayrıntılı açıklama için bkz. Brammsen, Joerg, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, (Brammsen, Garantenpflichten) s. 190 vd.

bütünlüğünden sorumlu” olduğu için, zararı ortaya çıkaracak tüm süreçlere müdahale etmek durumundadır.⁶⁴² Dolayısıyla koruma garantörlüğü açısından başkasının otonom hareketi; ihmalin failce gerçekleştirme sayılmasını engellemez. Bu kişiler her durumda ihmal dolayısıyla fail kabul edilmelidir.

Yapılan bu değerlendirme kast alanında; garantörlerin, korumakla yükümlü oldukları hukuki değere yönelik kasıtlı icrai suçlara “ihmali katkı” anlamında şerik olamayacaklarına işaret eder.⁶⁴³ Çalışmanın esas konusu olması itibarıyla taksir yönünden ise bu tespit, özensizce nedensel katkıda bulunulan kasıtlı suçlar açısından söz konusu garantörlerin her zaman taksirli failliğini gündeme getirecek olması yönüyle oldukça önemlidir. Dolayısıyla yukarıda incelenen *Yeni Doğan Olayı*’nda odayı terk eden büyükanne; koruma garantörü olduğu için, kızının otonom bir hareketle bile olsa torununu öldürmesinden sorumlu tutulacaktır. Burada otonom hareket, ihmalin fail haksızlığı niteliğine “zarar” vermez. Nitekim burada cezalandırmanın esas nedeni de annenin kızıyla torununu odada baş başa bırakıp oradan uzaklaşması değildir. Bundan ziyade büyükanne, torununun hayatına yönelik tehlikeyi önleme yükümlülüğünü ihmal ettiği için cezalandırılacaktır.⁶⁴⁴ Burada kastı tespit edilemediği için de gerçekleştirdiği haksızlık, ihmalen taksirle öldürme suçu kabul edilecektir.⁶⁴⁵ Kastı tespit edilmiş olsaydı TCK m. 83’den sorumlu tutulacaktı.

⁶⁴² **Renzikowski**, Restriktiver, s. 147.

⁶⁴³ Baba imkânı olmasına rağmen korumakla yükümlü olduğu çocuğuna yönelik kasten öldürme suçuna müdahale etmediğinde bu ihmal, gözetim garantörünün ihmalden farklı olarak sadece ilgili suça şeriklik kapsamında değerlendirilemez. Baba bu örnekte çocuğunu kasıtlı ihmalle öldüren faildir.

⁶⁴⁴ **Renikowski**, Restriktiver Täterbegriff, s. 266.

⁶⁴⁵ 5237 sayılı TCK’nın genel hükümler kısmında AICK m. 13’teki gibi icrai suçların ihmalen de işlenebileceğine ilişkin bir hükmün yer almaması nedeniyle öğretide bazı yazarlar, ihmal suretiyle icra hareketlerinin sınırlı sayıda olduğunu ve bunun sadece kanun tarafından ayrıca tiplendirildiği bazı suçlar (m. 83: kasten öldürme, m. 88: kasten yaralama, m. 94/5: işkence) bakımından cezalandırılabileceğini savunmaktadır. Zira aksi halde kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olur. Bu yönde bkz. **Koca/Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 401; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 181; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 170. Öğretide *Yurtlu*, teorik açıdan icrai nitelikteki tüm suçların ihmalen de işlenebileceğini belirtmekle birlikte genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinde meselenin kanunilik ilkesi bakımından ayrıca ele alınması gerektiğine işaret etmektedir. Bkz. *Yurtlu*, Fatih, **İhmali Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 173, dn. 587. Alman ceza hukukunda ise m. 13’ün yürürlüğü öncesinde itirazlar, kıyas yasağı üzerine odaklanmışken sonrasında bu maddenin “belirlilik” açısından sakıncalı olduğu itirazları dile getirilmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise m. 13’e yönelik incelemesinde maddenin kanunilik ilkesinin güvencelerini sağladığı yönünde karar vermiştir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Erbaş, Rahime, **Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 165 vd; **Hakeri**, İhmal, s. 200 vd. Öğretide *Akbulut* ise kanunilik ilkesi gereği genel hükümlerde ihmal düzenlemesine yer verilmesi gerektiğini savunmakla birlikte, ilgili suç tipinin ihmalen işlenmeye uygun olması durumunda 765 sayılı Kanun dönemindeki gibi bunların ihmalen de işlenmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Yazar bu düşüncesini desteklemek adına AICK m. 13’teki düzenlemeyi önce de Alman öğretisindeki hâkim görüşün, garantörsel ihmali suçları kabul ettiğinin altını çizmektedir. **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 313 vd. Alman ceza hukukunda kanuni düzenleme öncesinde yargı uygulamasının bunu bir eksiklik olarak görmediği ve öğretideki hakim görüşün de garantörsel ihmali suçları ilgili icrai suç tiplerinin örf-adet hukukunca izin verilen bir yorumu olarak değerlendirdiği yönünde bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 608, 609. Türk ceza

2.4.2.2.2. Tam Sorumlu “Mağdur”un İntiharı Yönünden

Bu noktada koruma garantörleri özelinde; mağdurun tam sorumluluğunda gerçekleşen bir intiharın, ihmalen failce gerçekleştirme (kasıtlı veya taksirli) sayılıp sayılamayacağı, yani buna yönelik bir ihmalin ceza hukuku anlamında (TCK m. 83) ihmali tipik hareket haksızlığı olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesi üzerinde ayrıca durmak gerekir. Zira burada hayat hakkının, hakkın sahibi olan süjeye karşı da korunup korunmayacağı açısından önemli bir yol ayrımıyla karşılaşmaktadır. Eğer bir hukuk siteminde bireylerin ölüm hakkından bahsedilecekse koruma garantörlerinin; yaşamına son veren tam sorumlu kişilerin bu eylemlerine karşı, onların hayatlarını korumakla yükümlü olmadıkları değerlendirilmelidir. Bu durumda özensizlikle yaratılan tehlike, mağdurun tam sorumluluğu nedeniyle tipik hareket haksızlığı hüviyetine kavuşmayacağı gibi bu yetersiz tehlikeden bağımsız olarak garantörün “dışardan” gelen her türlü saldırıya karşı korumakla yükümlü olduğu mağdura karşı da yükümlülüğünü ihlal etmediği değerlendirilecektir. Nitekim Alman ceza hukukunda yaşanan son gelişmeler, ölüm hakkının yargı organları tarafından tanınmasıyla birlikte koruma garantörlerinin yükümlülüklerinin nasıl sınırlandırıldığını göstermesi açısından oldukça önemlidir. Bu çerçevede özellikle içtihat dönüşümünün incelenmesi, Türk ceza hukuku açısından da yol gösterici olacaktır.

Alman yargı uygulaması, intihar nedeniyle koruma garantörünün ihmali sorumluluğunu, intihar edenin bilincini kaybettiği ana kadarki ihmali açısından istikrarlı olarak reddetmektedir. Bu çerçevede yargı makamları intihar teşebbüsüne kadarki aşamada mağdurun tam sorumluluğunun kabul edildiği olaylarda, intihara imkân sağlayan davranışın, icrai veya ihmali olması arasında bir ayrım yapmamaktadır. Gießen Eyalet Mahkemesi’nin meşhur kararı da bu yaklaşımın bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Karara konu olayda; hasta A, intihar tehlikesi nedeniyle bir hastanenin psikiyatri kliniğine sevk edilmiş ve buradaki sorumlu doktorla ilk görüşmesinde hayatına son vermek istemediğini ancak buna meyilli olduğunu, intihar etme ihtimalinden korktuğunu ifade etmiştir. Bunun üzerine sorumlu doktor, A’nın hastaneye yatışını kabul etmekle beraber, hastayı intihara meyilli kategorisinde sınıflandırmamış, hastaya sakinleştirici ilaç uygulanması yahut üzerindeki kemer gibi tehlikeli

hukukunda garantörsel ihmali suçların sınırlı sayıda olduğu iddiasına yönelik en önemli itirazlardan biri de taksirli suçlarla ilgilidir. Buna göre eğer sınırlı sayı görüşü kabul edilecek olursa garantör kişilerin yükümlülüklerini “özensizce” ihmali etmeleri, taksirli suçun tipikliği kapsamında değerlendirilemez. Ancak sınırlı sayı görüşünü benimseyen yazarların da TCK m. 22’deki taksir tanımı gereği bu suçların her zaman ihmalen işlenebileceğini kabul ettikleri görülmektedir. Akyürek, Güçlü; “İhmali Suçlar”, in: **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 149. Bu çerçevede sınırlı sayı görüşüne ilişkin eleştirel bir değerlendirme için ayrıca bkz. Türey, Aras, “İhmali Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, **YÜHFD**, 2020, 17(3), sa. 115-154, s. 145 vd.

olabilecek eşyaların alınması yönünde bir talimat vermemiştir. Bir sonraki gün hasta, banyoda kendisini asmış bir şekilde ölü bulunmuştur. Mahkemeye göre burada, psikiyatrik rahatsızlığı bulunan hastanın kendi sorumluluğuyla intihar edip etmediğine ilişkin şüpheler olsa da bu şüphenin sanık lehine yorumlanması gerekecektir.⁶⁴⁶ Burada intihar edenin intiharın anlam ve sonuçlarını algılama ve buna göre davranışlarını yönlendirme kabiliyeti bakımından mahkemeden farklı bir sonuca ulaşmak mümkündür. Kararda bu incelemenin yeterince isabetli bir şekilde yapılmadığı savunulabilir. Ancak karar, prensip itibarıyla intihara neden olan özensiz davranışın ihmali veya icrai bir davranış olması arasında fark gözetilmemesi gerektiğine işaret etmesi bakımından önemlidir.⁶⁴⁷ Ancak mağdurun “fiil hakimiyetindeki” bu aşamada; özensizliğin koruma garantörleri için dahi taksirli faillik olmayacağını kabul eden mahkeme, yine icrai veya ihmali hareketin kasıtlı olması halinde de cezalandırılmadığı üzerinden bir argüman kullanarak⁶⁴⁸ aslında daha da temelde yatan bir soruyu cevapsız bırakabilmiştir: *garantör mağduru kendinden de korumakla yükümlü müdür?*

Ancak mağdurun “fiil hakimiyeti”nin intihar teşebbüsünü takip eden bilinçsizlik haliyle sona erdiği ve bunun devamındaki zaman dilimi içinde kendisinden beklenebilir olmasına rağmen ölüm neticesini engellemeyen (kasıtlı veya taksirli) garantörün ceza sorumluluğunun tartışıldığı olaylarda artık bu sorudan kaçınılması mümkün olmamaktadır. Nitekim yargı makamları da bu zaruret nedeniyle ilk olarak mağdurun bilincini kaybettiği ve kurtarılabilmesi için makul bir sürenin söz konusu olduğu durumlarda garantörün; kendi sorumluluğunda intihar eden birinin ölüm neticesini önleme yükümlülüğünü incelemek zorunda kalmıştır. Burada tartışmaların odağında yine koruma garantörleri bulunmaktadır. Zira yukarıda da izah edildiği üzere tek başına öngelen tehlikeli hareket, böyle bir yükümlülüğün kaynağı olamaz. Koruma garantörlerinin intihar teşebbüsü öncesindeki katkılarını da “öldürme suçlarının kapsamı” içinde görmeyen ve bunu kasıtlı katkıların cezalandırılmaması ile izah eden Alman yargı uygulaması, yakın zamandaki içtihat dönüşümüne kadar “ölüm hakkı”nı reddeden bir bakış açısıyla intihar teşebbüsü sonrasında koruma garantörlerinin ölüme engel olma yükümlülükleri olduğu görüşündeydi. Dolayısıyla bu geleneksel yaklaşımda; intihara özensiz bir davranışıyla

⁶⁴⁶ LG Gießen, 7 Qs 63/12, 28. 6. 2012.

⁶⁴⁷ Aynı yönde *Roxin, Pistol Kararı*’nda polis olan sanığa yönelik suçlamanın, icrai yahut ihmali davranışından hangisine dayandırılacağı sorusunun önemsiz olduğu kanaatindedir. **Roxin**, Schutzzweck, s. 244, dn. 11. Krş. **Spendel**, s. 750; **Baumann/ Weber/Mitsch/Eisele**, § 10 Rn. 129 ff.

⁶⁴⁸ Mahkeme olayda ulaştığı cezasızlık sonucunu, BGH’nin de benimsediği bir argüman olarak kast ve taksir arasındaki derecelendirmeye dayandırmıştır. Buna göre mağdurun kendi sorumluluğu kabul edildiğinde, AİCK’ya göre hastanın intiharını sağlamak için kemerin kasıtlı olarak hastaya verilmiş olması dahi cezalandırılmazken, özensiz garantörlüğü nedeniyle özgür iradeye dayanan bir intihara engel olmadığı için doktorun cezalandırılması derin bir çelişkiye sebebiyet verecektir.

katkı sağlayan kişiler; ön gelen tehlikeli hareket bağlamında değilse de⁶⁴⁹ halihazırda sözleşme veya kanun hükmünden doğan koruma garantörü konumundaysa müdahale yükümlülüğü gündeme gelecektir. Nitekim bu çerçevede garantör sorumluluğuna ilişkin eski içtihadını temsil eden *Peterle Kararı*'nda dahi Federal Mahkeme, mağdurun bilincini kaybetmesiyle beraber fiil hakimiyetinin yer değiştireceğini yani süreç üzerinde artık mağdurun hakimiyetinden bahsedilemeyeceğini kabul etse de bu tür bir fiil hakimiyeti değişikliği için intihara kasıtlı yahut taksirli bir katkıda bulunan kişilerin halihazırda garantör yükümlülüğü altında olmaları gerektiğine dikkat çekmiştir.⁶⁵⁰ Bu bakış açısı yine de hayatını sürdürmenin intihar eden için çok ızdıraplı olduğu belli olaylarda, intiharı önleme ile kişilerin kendi kaderini tayin hakkına saygı gösterme arasındaki çatışmadan kaynaklı bir cezasızlığa imkân vermektedir.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ Krş. Engländer, Armin “Anmerkung zu BGH 5 StR 132/18, Urteil vom 3.7.2019, und BGH 5 StR 393/18, Urteil vom 3.7.2019 (ärztliche Suizidassistentz und Tötung auf Verlangen durch Unterlassen)”, *JZ*, 2019, sa. 1049-1054, 1051.

⁶⁵⁰ Burada garantörün sorumluluğunun, “fiil hakimiyeti değişikliği” üzerinden izah edilmesi öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Zira garantör kişinin, intihar sürecini kendi haline bırakmak şeklindeki pasif davranışıyla olay üzerinde fiil hakimiyeti tesis etmesi mümkün değildir. Nitekim kasten öldürmenin ihmalen gerçekleştirilmesinde bir yükümlülük suçu söz konusu olduğundan, burada failliği tespit edecek kriter “fiil hakimiyeti” değil, “neticeyi önleme yükümlülüğü”dür. Bu kapsamda olay üzerindeki fiil hakimiyeti garantöre geçtiği için değil, mağdurun bilincini kaybetmesiyle beraber “neticeyi önleme yükümlülüğü”nün gereği olarak öldürme suçlarının gündeme gelebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Roxin, Claus, “Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubttem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen”, *NStZ*, 7(8), 1987, (Roxin, Sterbehilfe), s. 345, 346. BGH güncel içtihatlarında da öngelen tehlikeli hareket bağlamında garantör sorumluluğunu, “intihar olaylarında riskin tamamen mağdurun sorumluluk alanında gerçekleşmesi” gerekçesiyle reddetmektedir. Bkz. BGH, 6 StR 68/21, 28.06.2022; BGH, 5 StR 393/18, 3.7.2019.

⁶⁵¹ Garantörsel ihmal sorumluluğuna ilişkin önemli bir içtihat olan *Peterle Kararı*'nda Federal Mahkeme, aile hekimi olarak görev yapan sanığın, çok ağır sağlık sorunları olan, yakın zamanda kocasını (*Peterle*) kaybeden, bu kaybı sonrasında hayatı anlamlı bulmayan ve daha önce defalarca ölme isteğini kendisine açıklamış olan yaşlı bir hastasını, yine rutin kontroller için randevulaştıkları gün ve saatte evine geldiğinde intihar etmiş bir vaziyette ve bilincini kaybetmiş halde bulmasına rağmen, kurtarıcı müdahalede bulunmadığı ve ölenin isteğine uymak suretiyle kesin ölümün gerçekleşeceği ana kadar (yaklaşık 12 saat) intihar edenin yanında beklediği için ceza sorumluluğunu değerlendirmiştir. Yaşlı hasta intihar girişiminden önce, doktoruna yazdığı notta müdahale etmemesini artık rahata kavuşmak istediğini belirtmiştir. Burada yüksek mahkeme somut olaya ilişkin tespitlerden hareketle sanığın, hastasının ölme yönündeki arzusuna uyma isteğiyle birlikte bu aşamadan sonra küçük bir ihtimal de olsa hastanın kurtarılması halinde vücudunda ciddi kalıcı zararların meydana geleceğini hesaba katarak, bu müdahaleden kaçındığını kabul etmiştir. Bunun üzerine mahkeme, mağdurun sorumluluğu altında gerçekleştirdiği bir ölüm neticesinden garantör kişinin ne zaman sorumlu olacağı sorusuna cevap aramıştır. İlk olarak mahkeme, intihar edenin bilincini kaybettiği bir noktada artık olayın seyri üzerinde bir etkide bulunamaz hale geldiği ve “istese” de intihar kararından vazgeçemeyeceğinden hareketle, ölüm neticesinin artık tamamen garantörün davranışına bağlı olduğuna dikkat çekmiştir. Böyle bir aşamada intihar süreci üzerindeki fiil hakimiyetinin intihar edende olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira hayatını korumakla yükümlü olduğu kişinin kurtarılıp kurtarılmayacağı artık garantörün elindedir. Somut olaydaki gibi garantörün, daha önce mağdurun kendisine ifade ettiği ölme arzusunu yerine getirmek istemesi de bu değerlendirmeyi değiştirmeyecektir. Burada fiil hakimiyetinin intihar edenden garantöre geçmesi söz konusudur. Bu geçiş sonrası artık ihmal sorumluluğunun genel prensipleri gündeme gelecektir. Buna göre garantör olan kişi, hayatını korumakla yükümlü olduğu birinin bilincini kaybettiği ve ölümcül bir tehlikenin içinde olduğu bir durumda, kendisinden beklenen gerekli ve makul yardımı ihmal ederse, öldürme suçlarından (kasten veya taksirle) sorumlu olacaktır. Müdahalesi olmadığı takdirde gerçekleşecek olan ölüm neticesine ilişkin, garantörün nasıl bir iradeyle ve tavırla hareket ettiğine bağlı olarak kasıtlı yahut taksirli ihmal sorumluluğundan bahsedilecektir. Ancak mahkeme bu tespitlerine rağmen, somut olayın koşullarını dikkate alarak sanığın kasten öldürme suçundan beraat etmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. Mahkemeye göre sanık,

BGH'yi eski içtihadından dönmesini sağlayan koruma garantörünün mağdurun sorumluluğunda gerçekleşen bir intiharda neticeyi önleme yükümlülüğü altında olmadığı düşüncesi, öncelikle sadece hasta-doktor ilişkisinden doğan garantörlüğe münhasıran kabul edilmiştir. Çünkü Alman Medeni Kanunu'nda (AlMK) “hasta tasarrufu” (*Patientenverfügung*, m. 1901a) başlıklı maddeyle 2009 yılında yapılan bir değişiklik⁶⁵² sonrasında, hastanın mevcut yahut varsayılan iradesinin ölüm anına kadarki tüm süreçte dikkate alınması zorunluluğu ortaya çıkmıştır.⁶⁵³ Buna göre hastasının intiharına yardım eden bir doktor, bu sürecin hastanın hakimiyetinde gerçekleşmesi şartıyla, hastanın bilincini kaybetmesinden itibaren onun hayatından garantör olarak da sorumlu tutulamayacaktır. Zira 1901a değişikliğiyle doktorların garantör konumlarına da sınırlama getirilmiş ve hastanın rıza veremediği zaman dilimindeki tedavi kararları için de hastanın önceki iradesinin bağlayıcı niteliği açıkça kabul edilmiştir. Dolayısıyla doktorun, intihar edenin iradesine aykırı olarak, bilinç kaybı sonrasında süreçte müdahale etme yükümlülüğü ortadan kalkmıştır.⁶⁵⁴

İntihar bağlamında ölüme engel olma yükümlülüğünün diğer koruma garantörleri için de reddedilmesi ise Alman Anayasa Mahkemesi'nin 2020 yılında verdiği bir karar sonrasında mümkün olmuştur. İlgili kararda mahkeme, AlCK m. 217'de düzenlenen “*intiharın sistematik*

içinde bulunduğu özel durum nedeniyle, *kurtarma yönünde müdahalede bulunma yükümlülüğü ile hastanın kendi kaderini tayin hakkına uyma yükümlülüğü arasındaki bir çatışmanın* içinde kalmıştır. Bu iki yükümlülük arasındaki sınıra isabet eden durumlarda doktorlar, ne pahasına olursa olsun bir hayatı kurtarma zorunluluğu altında değildiler. BGHSt 32, 367, 04.07.1984.

⁶⁵² Bu düzenlemeyle kanun koyucu, hastaların, yürütülecek tedaviyle ilgili ileride irade ortaya koyamayacak duruma düşmeleri halinde hangi tedavilerin uygulanmasına yahut ihmal edilmesine, bilinçleri yerindeyken yazılı bir şekilde karar verebilmelerine imkân sağlamıştır. Hatta eğer bilincini kaybetmiş hastanın, daha öncesinde yazılı bir iradesi yoksa hastanın daha önce -tedavi veya ölüm isteğine ilişkin- dile getirdiği sözlü beyanları, etik veya dini inançları yahut kişisel değerleri dikkate alınarak hastanın varsayılan iradesi veya tedavi arzusu tespit edilecek ve buna göre ilgili tedavinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilebilecektir. Hastanın bu şekilde tespit edilecek tasarrufu, hastalığının türü yahut evresi ne olursa olsun geçerliliğini koruyacaktır. Dolayısıyla kişinin, tedavisi imkânsız bir hastalıktan muzdarip olmasına da gerek yoktur.

⁶⁵³ Hukuk düzeninin bütünlüğünü dikkate alan BGH, hasta tasarrufunun, hastanın tedavisine son veren yahut bu tedaviyi ihmal eden davranışların hukuka uygunluğunun tespitinde artık dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. Zira bu düzenlemeyle, serbest iradenin ortaya koyulamadığı bir zaman diliminde dahi hastaların, kendi kaderini tayin hakkını gerçekleştirebilmelerine imkân sağlanmış ve Alman Anayasası'yla korunan bu hakkın, hayati bir tedaviyi reddetme özgürlüğünü de ihtiva ettiği düşüncesine geçerlilik kazandırılmıştır. Bu çerçevede mahkeme, bir tedaviyi ihmal eden, sınırlandıran yahut sona erdiren doktor davranışını, eğer hastanın mevcut ya da varsayılan iradesine dayanıyorsa ve tedavi edilmediğinde ölümlü sonuçlanacak hastalık sürecinin kendi haline bırakılmasını sağlıyorsa, artık hukuka uygun kabul etmektedir. Tedaviyi bitiren davranışın icrai veya ihmali bir davranış olması arasında da bir fark yoktur. BGH, 2 StR 454/09, 25.06.2010. Öğretide *Baßer* tarafından da isabetli bir şekilde tespit edildiği üzere; Alman ceza hukukunda daha önce aktif, pasif veya dolaylı ötenazi başlıkları altında yapılan değerlendirmeler, bu kararla beraber “tedavinin sonlandırılması” (*Behandlungsabbruch*) ve hastanın gerçek yahut varsayılan iradesi çerçevesinde yeni bir düzlemde ele alınmıştır. Bkz. **Baßer**, s. 195, dn. 203. Artık hangi ötenazi türünün somut olayda gündeme geldiğinden ziyade, doktorun aktif veya pasif bir şekilde tedaviyi sonlandıran davranışının, hastanın iradesine uygun olup olmadığı önem kazanmıştır.

⁶⁵⁴ BGH, 5 StR 393/18, 3.7.2019; BGH, 5 StR 132/18, 03.07.2019. Alman ceza hukuku öğretisinde ilgili kanun değişikliği öncesinde de ilgilinin bilinç kaybı sonrasında kendisine müdahale edilmemesine ilişkin ortaya koyduğu iradesinin, garantörün müdahale yükümlülüğünü ortadan kaldıracığı savunulmaktaydı. Bkz. **Roxin**, *Sterbehilfe*, s. 346. Bu düzenleme ile öğretide savunulan görüş kanuni bir zemin bulmuştur.

olarak desteklenmesi” başlıklı suç tipinin⁶⁵⁵, anayasaya aykırılığını tespit ederken, “ölüm hakkı”na ilişkin çok önemli değerlendirmelerde bulunmuştur: “*Alman Anayasası ile korunan genel kişilik hakkı (m.2/1), insan onurunun dokunulmazlığına ilişkin 1. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, kişisel özerkliğin bir ifadesi olarak kendi kaderini tayin etme çerçevesinde gerçekleştirilen bir “ölüm hakkı”nı da kapsar. Bu çerçevede bireylerin, yaşam kalitesi anlayışına ve varlığının kendisi için ifade ettiği anlama uygun olarak hayatına son verme yönünde aldıkları kararlar, özerk bir şekilde kendi kaderini tayin etmenin bir yansıması mahiyetinde görülerek, devlet ve toplum tarafından saygıyla karşılanmalıdır. Ayrıca bireylerin hayatına son verme özgürlüğü, bunun gerçekleştirilmesi bağlamında üçüncü kişilerden yardım isteme yahut halihazırda sunulmuş bir yardımı kabul etme özgürlüğünü de ihtiva eder.*”⁶⁵⁶ Mahkemeye göre AİCK m. 217’de düzenlenen yasak, bireylerin hayatına son verme özgürlüğüne orantısız bir müdahale niteliğindedir. Zira kişilerin özerkliği bakımından tehlikeli olabilecek bazı intihara yardım türlerini ceza tehdidi altına alan bir hukuk düzeni, yasağa rağmen belli durumlarda bireylerin gönüllü olarak sunulan intihar yardımlarından yararlanmasına imkân tanımalıdır. Bu yasakla yardımlı intihar ihtimali o kadar daraltılmıştır ki artık bireyler için anayasal koruma altında olan özgürlüklerini fiilen kullanabilecekleri bir alan bırakılmamıştır. Bu değerlendirmelerle mahkeme, m. 217/1’in Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir.⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ Bu suç tipi bakımından önem arz eden noktaları kısaca özetlemek gerekir. Öncelikle suçun gerçekleşmesi için; failin, ilgili seçimlik hareketleri düzenli bir şekilde (*geschäftsmäßig*) gerçekleştirme kastıyla hareket etmesi gerekir. Dolayısıyla tekil bir olayda intihara yardım etmek bu suç tipinin kapsamına girmeyecektir. Diğer taraftan intiharı destekleyici hareketlerin ticari bir amaçla yapılması şart değildir. Zaten hükümet önerisindeki “intiharin ticari olarak teşvik edilmesi” (*Gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung*) yerine yasalaşan halinde “intiharin düzenli olarak teşvik edilmesi” (*Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*) başlığı kullanılmıştır. Böylece kâr amacı gütmeyen bir organizasyonunun, intihara yardım kapsamındaki faaliyetleri de suç tipinin kapsamına dahil edilmiştir. Ayrıca bir kişinin, intihara yönelik hizmet sunan bir kuruluş ile intihar etmek isteyenler arasında düzenli aracılık faaliyeti yapması da suç kapsamındadır. Son olarak suç tipi için intihar teşebbüsünün meydana gelmesi aranmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eser/Sternberg-Lieben**, in Schönke/Schröder-StGB, § 217 Rn. 10 ff.

⁶⁵⁶ BVerfG, 2 BvR 2347/15, 26.02.2020. Nitekim AİHM de bireylerin, hayatlarını ne zaman ve nasıl sona erdireceği konusunda karar verme haklarının olduğunu kabul etmiştir. *Koch/Almanya* (19.07.2012) kararında mahkeme, bir kişinin iradesini serbestçe oluşturabildiği ve buna göre hareket edebildiği müddetçe, nasıl ve ne zaman hayatının sona ereceğine karar verme hakkı olduğunu ve bunun AİHS m. 8’de öngörülen özel hayata saygı hakkının bir parçası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu tespitiyle beraber mahkeme, sözleşmeye taraf devletler arasında bu hakkın nasıl kullanılabileceği üzerinde bir uzlaşının olmadığını dikkate alarak, devletlerin bu konuda önemli oranda takdir alanına sahip olduğunu da kabul etmiştir. (NJW, 2013, 2953 vd). Alman Anayasa Mahkemesi ise ilgili kararında, AİHM’in yaklaşımını daha da öteye taşıyarak, kendi hayatına son verme hakkıyla beraber bunun için gerektiğinde üçüncü kişilerin yardımına başvurmanın da kişilik hakkı ve insan onuru çerçevesinde kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

⁶⁵⁷ Karardaki değerlendirmelerin yakın yahut uzak gelecekte, TCK m. 84’te düzenlenen “intihara yönlendirme suçu” için de gündeme geleceği kanaatindeyim. Zira kanun koyucuların intihar bağlamında üçüncü kişileri cezalandırırken sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı açıktır. Kararda bu sınırların ne olduğu sorusuna önemli oranda cevap verilmiştir. Türk hukukunda yaşanması muhtemel dönüşüm için “ölüm hakkı”nın kapsamına ilişkin AİHM içtihadının, Alman Anayasa Mahkemesi’nin ortaya koyduğu yaklaşıma paralel bir gelişim göstermesi gerekir.

BGH de yakın bir tarihte⁶⁵⁸, bu kararda ortaya konulan temel ilkelerin AİCK m. 216 (talep üzerine öldürme)⁶⁵⁹ için de dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. Zira bu madde de kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde kişilerin “ölüm hakkı”na müdahale etmektedir. Dolayısıyla m. 216’nın anayasal bir yoruma ihtiyaç duyduğu açıktır. Buna göre, en azından, intihar etmeye serbest iradesiyle karar veren bir kişinin bu kararını yerine getirmesinin fiilen mümkün olmadığı ve ölüme doğrudan neden olacak davranışı gerçekleştirmesi için birine bağımlı olduğu durumlar, bu normun uygulama alanından çıkarılmalıdır.⁶⁶⁰ Diğer taraftan artık intihara yardım eden kişinin, mağdurun sorumluluğu altında gerçekleştirilen intihar sonrasında garantör yükümlülüğü, sadece AİMK m. 1901a kapsamında hasta tasarrufuna istinaden sorumlu vasi veya doktor için değil, diğer kanuni garantörler için de reddedilmelidir. Buna göre hasta tasarrufuyla ilişkili olarak doktorun koruma yükümlülüğüne getirilen sınırlama, eşlerden birinin kendi sorumluluğu altında gerçekleşen bir intihar nedeniyle bilincini kaybetmesi halinde, hayatta kalan eş için de gündeme gelecektir. Zira bu şekilde intihar eden eşin kurtarılmasına ilişkin yükümlülük, artık geçerliliğini korumayacaktır. Bu değerlendirmeler ışığında mahkeme, yatalak hasta olan kocasının intiharına aktif bir şekilde katılan kadının, kocasının bilincini kaybetmesi sonrasında da müdahale etmediği bir olayda, beraat yönünde karar vermiştir.⁶⁶¹

Görüldüğü üzere intihara eşlik eden koruma garantörlerinin ihmal sorumluluğu, “ölüm hakkı”nın üçüncü kişilerin yardımından yararlanmayı da kapsar şekilde tanınması sonrasında Alman yargı uygulaması tarafından büyük ölçüde reddedilebilmiştir. Zira bu noktada intihar edenin anayasal bir hakkını kullanması, garantörlerin yükümlülüklerini de sınırlandırıcı bir etki meydana getirmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi veya Yargıtay tarafından “ölüm hakkı”na

Böylece TCK m. 84’e ilişkin tartışmaların da bireylerin kendi kaderini tayin hakkını ve insan onurunu esas alan daha liberal bir düzlemde yapılması mümkün hale gelecektir. Ancak 12.04.2022 tarihli *Lings/Denmark* kararında AİHM, *Koch/Almanya* kararına referansla, AİHS m. 8 bağlamında kişilerin, hayatlarını sona erdirmeye ilgili karar verme hakları olduğunu kabul etmekle beraber, şimdiye kadarki içtihatlarından, sözleşmenin, yardımlı intihar hakkını da kapsayacak bir garanti sağladığı sonucuna varılamayacağını altını çizmiştir. (*Lings v. Denmark*, kn. 50, 52.)

⁶⁵⁸ BGH. 6 StR 68/21, 28.6.2022.

⁶⁵⁹ Alman ceza hukukunda mağdurun rızası çerçevesinde ölümüne neden olan davranış, bir başkası tarafından gerçekleştirilirse, yani mağdurun rızası olmakla beraber ölüme neden olan davranış üzerinde bir başkasının fiil hakimiyeti mevcutsa, bu durumda talep üzerine öldürme (Tötung auf Verlangen) olarak tarif edilen (AİCK m. 216) suç tipi gündeme gelecektir. Alman kanun koyucu, kasten öldürmenin rızaya dayandığı şeklini bu madde çerçevesinde, temel kasten öldürme suçuna göre (Totschlag, m. 212) daha az ceza tehdidi ile karşılamaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Tulay**, s. 827 vd. Bu suç tipi mağdurun sorumluluğunda gerçekleşen bir intihar sonrasında gündeme gelen garantör sorumluluğu açısından da önemlidir. Zira eğer garantörün bu noktada önleme yükümlülüğü altında olduğu değerlendirilirse intihar edenin rızasına istinaden müdahalede bulunmaması, yine ihmalen kasten öldürmenin rızayla gerçekleştirilmesi sayıldığından bu suç tipine dahil edilmektedir. Bu durumda garantörün ihmal, genel kasten öldürmeye ilişkin m. 212’nin değil rıza dolayısıyla m.216 kapsamında değerlendirilmektedir.

⁶⁶⁰ NStZ, 2022, 665.

⁶⁶¹ NStZ 2022, 666.

ilişkin benzer bir yaklaşım benimsenmediği sürece aynı değerlendirmenin en azından *de lege lata* Türk hukuku için yapılabilmesi mümkün görünmemektedir.⁶⁶² Nitekim TCK m. 84'de düzenlenen intihara yönlendirme suçuyla intihara yönelik her türlü kasıtlı yardım yasaklanmışken, bağlayıcı nitelikte olmayan madde gerekçesinde bizatihi intihar eyleminin kendisi “*ahlaken tasvip edilmeyen bir tasarruf*” olarak kabul edilmekte ve bu yönde bir iradeye hukuken geçerlilik tanınamayacağı belirtilmektedir.⁶⁶³ Bu kapsamda garantörlerin sorumluluğuna ilişkin BGH'nin önceki içtihadını temsil eden *Peterle Kararı*'ndaki tespitlerin, intihar teşebbüsü sonrası bakımından, Türk hukuku için de prensip itibarıyla geçerli olacağı savunulabilir. Dolayısıyla koruma garantörünün intihar teşebbüsünden ilk defa “mağdur”un bilinçsiz hale geldiği aşamada haberdar olması durumunda da koruma garantörleri için müdahale yükümlülüğü söz konusudur. Konumuz çerçevesinde değerlendirecek olursak, intiharda kullanılan ilacı veya silahı özensizce intihar edenin erişimine açık halde ortada bırakan eşin yahut anne-babanın ya da intihara meyilli olan hasta için gerekli önlemleri almayan yetkili doktorun, mağdurun kendi sorumluluğu altında gerçekleşse dahi, intihar sonrasındaki bilinç kaybıyla beraber artık ölüme engel olma yükümlülükleri kabul edilmek durumundadır.

Bu aşamada koruma garantörü olan kişiler, ölüm neticesine ilişkin kastla hareket ettiklerinde TCK m. 83 bağlamında sorumluluğun tartışılması gerekir. Ancak garantör kişilerin, ilgilinin hayatını kurtarmak için gerekli tedbirleri taksirle ihmal etmeleri halinde, ihmalen taksirle öldürme suçu gündeme gelecektir. Örneğin intihar sonrasında eşinin yerde kanlar içinde yattığını gören kişi, yaşayıp yaşamadığını tespit etmek için nabzını ya da kalp atışlarını kontrol etmeden, hatalı bir varsayımla öldüğünü düşünerek herhangi bir kurtarıcı müdahalede bulunmadığında, garantör yükümlülüğü taksirle yerine getirilmemiş olacağından taksirle öldürme suçu gündeme gelecektir. Dolayısıyla kurtarma yönünde ihmal edilen yükümlülük, ölüm neticesine ilişkin garantörlerin subjektif tavırlarına bağlı olarak ya TCK m. 83 çerçevesinde kasten öldürme yahut m. 85 bağlamında taksirle öldürme suçunu gündeme getirecektir. Ancak bu noktada, ihmali hareket bağlamında nedensellik incelemesi titizlikle

⁶⁶² Türk hukukunda pasif ötenazinin mümkün olduğu yönündeki yaklaşım, hastanın tedaviye rıza göstermeme hakkı bağlamında doktorun müdahale yükümlülüğünün sona ereceğine işaret etmektedir. Böyle bir durumda TCK m. 83'teki suçun oluşmayacağı değerlendirilmektedir. Bu kapsamda ele alınan durumlar, çalışmamızla doğrudan bağlantılı olmadığı için ayrı bir incelemeye gerek görülmemiştir. Pasif ötenazi ve doktorun garantör yükümlülüğünün sınırları hakkında bkz. Hakeri, Hakan, **Tıp Ceza Hukuku**, 2. Bs., Seçkin, Ankara, 2022, (Hakeri, Tıp Ceza) s. 84 vd.

⁶⁶³ İntihara yardım mahiyetinde bazı davranışların cezalandırılması bir yana, intiharın kendisinin ahlaka aykırı olduğu ve bu yönde bir iradenin hukuken geçersiz olacağı şeklindeki kabul, AİHM içtihatlarıyla çelişmektedir. Mahkeme AİHS m. 8'de öngörülen özel hayata saygı hakkının gereği olarak, bir kişinin iradesini serbestçe oluşturabildiği ve buna göre hareket edebildiği müddetçe, ne zaman ve nasıl hayatını sona erdireceğine karar verme hakkı olduğunu açıkça kabul etmektedir. *Lings v. Denmark*, 12.04.2022, kn. 50 vd.

yapılmalıdır. Buna göre kurtarma yönünde garantörlerden beklenen yükümlülüğe uygun davranılmış olsaydı, ölüm neticesinin kesine yakın bir olasılıkla engellenebileceği tespit edilmelidir. Bu tespitin yapılamadığı bir durumda, ihmalen kasten öldürme (TCK m. 83) bağlamında sadece teşebbüs sorumluluğu gündeme gelebilir.⁶⁶⁴ Taksirli suçlarda ise teşebbüs hükümleri uygulanamayacağından, nedenselliğin kesine yakın bir olasılıkla ispat edilememesi halinde, garantör yükümlülüğünü özensizce yerine getirmeyen kişi, TCK m. 85 bağlamında da ölüm neticesinden sorumlu tutulamaz.

2.4.3. Güven İlkesi ve “Dolaylı” Taksirli Faillik Görünümleri Açısından Şahsi Sorumluluk

Şahsi sorumluluk temelinde taksirli dar failliğin, sadece “kasıtlı” bir davranış üzerinden elde edilen nedensellikler açısından değil, öndekinin taksirli davranışına nedensel katkıda bulunmak bağlamında da geniş faillik yaklaşımına nazaran farklı sonuçlara ulaştığını ifade etmek gerekir. Ancak bir başkasının taksirli davranışına katkı sağlamanın ne zaman fail haksızlığı olduğu sorusundan önce şahsi sorumluluk düşüncesinin öğreti ve uygulamada geniş kabul gören güven ilkesiyle ilişkisine değinmekte yarar vardır. Zira aşağıda izah edileceği üzere güveni ortadan kaldıran özel yükümlülük halleriyle “taksirli davranışa özensiz katkının” fail haksızlığı kabul edildiği durumlar arasında, sorumluluğu başkalarının eylemlerini de içine alacak şekilde genişletme açısından benzerlik bulunmaktadır.

2.4.3.1. Şahsi Sorumluluk Temelinde Güven İlkesi

Öğretide aslında aynı anlama gelecek şekilde bazen objektif özen yükümlülüğünü⁶⁶⁵ ama çoğu zaman izin verilen riskin sınırlarını⁶⁶⁶ tayin edici bir ilke olarak kabul edilen güven ilkesine; tarihsel süreçte öncelikle trafiğe katılan kişileri “olağan hayat tecrübesi içinde kalan” kazalarda güvensizlik önermesinin (*Mißtrauensaxioms*)⁶⁶⁷ ağır yükünden kurtarmak için başvurulmuştur.⁶⁶⁸ Trafikteki kazaların ekseriyetle ilgili kurallara uyulmamasından kaynaklandığı düşünüldüğünde, trafikteki yaya veya sürücülerin trafik düzenine aykırı bir davranışta bulunacağı her zaman “olağan hayat tecrübesi” içinde öngörülebilir niteliktedir. Dolayısıyla “güvensizlik önermesi” takip edilecek olursa trafiğe katılan bireylerin, bu tür aykırı davranışları her zaman hesaba katarak hareket etmesi gerekir. Başlangıçta bu yaklaşımı

⁶⁶⁴ Krş. Eisele, BT-I, kn. 191a.

⁶⁶⁵ Keçelioğlu, Taksirli, s. 92; Heinrich, AT, kn. 1035

⁶⁶⁶ “Çoğunlukla izin verilen riskin bir alt kategorisi olarak”, bkz. Kirschbaum, Klaus, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, s. 16. Krş. Brinkmann, Bernhard, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung: Eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 111.

⁶⁶⁷ Kirschbaum, s. 18.

⁶⁶⁸ Krş. Burgstaller, s. 59.

benimseyen Alman yargı uygulaması⁶⁶⁹ 1930’lerden itibaren güven ilkesine geçerlilik tanımıştır. Ancak zaman içinde güvensizlik önermesinin aşılması⁶⁷⁰ sayesinde; trafikte kurallara uygun hareket eden birinin, aksi yönde somut emareler olmadığı sürece diğerlerinin de aynı şekilde davranacağına yani yükümlülükler aykırı şekilde trafiği tehlikeye atmayacağına güvenebileceği kabul edilmiştir.⁶⁷¹ Bu tür bir haklı güvenin trafikteki birçok sonucundan en bariz olanı üzerinde durmak gerekirse geçiş üstünlüğü olan sürücülerin, kavşak ve ışıklardan geçerken kural olarak başkalarının bu üstünlüğe saygı göstereceğine güven duyabilmelerinden bahsetmek gerekir.⁶⁷² Burada güven ilkesi, kişilerin bir kavşağa yaklaşırken veya yeşil ışıktan geçerken kural olarak orada bulunan yayaların trafik düzenine aykırı davranabileceğini dikkate almak durumunda olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla trafik hukuku açısından güven ilkesine geçerlilik tanınmanın en dikkate değer sonucunun; “ayak frende” sürüş yükümlülüğünün sona erdirilmesi olduğu değerlendirilmektedir.⁶⁷³

Öğreti ve uygulamanın çabalarıyla geliştirilen güven ilkesinin, zaman zaman trafik düzenlemelerinde de açıktan veya örtülü olarak yer bulduğu görülmektedir. Bu noktada hem kuralın kendisine hem de bunun istisnalarına yer vermesi itibarıyla Avusturya Karayolu Trafik Kanunu’nun tarihsel süreç içinde ceza hukuku biliminin güven ilkesi etrafında ulaştığı sonuçlara kanuni bir geçerlilik tanıdığı görülmektedir. Kanunun güven ilkesi (*Vertrauensgrundsatz*) başlıklı 3. maddesi şu şekildedir: “(1) Karayolu trafiğine katılım sürekli dikkat ve karşılıklı saygı gerektirir. Bununla birlikte trafiğe katılan herkes diğer kişilerin trafikte ilgili yasal düzenlemelere uyacağına güvenebilir. Ancak, eğer karşısındaki kişinin çocuk, beyaz baston veya sarı kol bandı taşıyan görme engelli, bariz bir fiziksel engeli olan biri ya da açık davranışlarıyla trafik tehlikelerini kavrayamayacağı ya da buna uygun davranamayacağı

⁶⁶⁹ Sürücülere; diğer trafik katılımcılarının olağan hayat tecrübesi içindeki makul olmayan davranışlarını da göz önünde bulundurma yükümlülüğü yükleyen İmparatorluk Mahkemesi kararları için bkz. **Schumann**, *Selbstverantwortung*, s. 7. dn. 1, 2.

⁶⁷⁰ “*Überwindung des Mißtrauensaxioms*”, bkz. **Kirschbaum**, s. 18.

⁶⁷¹ Krş. RGSt 70, 71 (74); BGHSt 13, 169 (172); 4, 182; 7, 118; **Roxin/Greco**, § 24, kn. 21.

⁶⁷² **Roxin/Greco**, § 24, kn. 21.

⁶⁷³ **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 95. Yazar; güven ilkesinin bu önemli sonucunu göz ardı ettiği gerekçesiyle 2014 yılında verilen bir YCGK kararını eleştirmektedir. Yazara göre karardaki ifadeler, kavşaklarda yeşil ışık yansa bile sürücülerin hız azaltarak kavşağa girme yükümlülüğü altında olduğuna işaret etmektedir. Ancak kararda beraatin bozulmasına gerekçe yapılan esas nokta yayanın trafik kurallarına uymadığının sürücü tarafından fark edilmiş olmasına rağmen hızın düşürülmemesidir: “Gece, ışık kontrollü kavşakta, gidiş yönüne göre yolun solundan karşıya geçmeye çalışan ve 3 şeritli yolun ilk şeridini geçip ikinci şeride gelmiş bulunan yayaya çarparak ölümüne neden olan sanığın, yerleşim yerinde bulunan kavşağa hızını azaltmadan girmesi ve yayayı görmesine rağmen yeterli ve etkili fren tedbirine başvurmada yalnızca klakson çalarak yayayı uyarmaya çalışması nedeniyle kusurlu olduğu ve dosya içinde mevcut 20.02.2007 tarihli bilirkişi raporunun oluşa ve dosya kapsamına uygun bulunduğu gözetilmeden mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi” **YCGK, E. 2013/381; K. 2014/136, 25.03.2014** Burada yayanın trafik kurallarına aykırı davrandığını fark eden bir sürücü için “başkalarının trafiği tehlikeye atmayacaklarına yönelik korunması gereken bir güven” ile hareket ettiği değerlendirilmesi yapılamaz.

anlaşılan biri olduğunu düşünmek için sebep varsa, bu güven geçerli olmaz. (2) Araç sürücüsü, 1. fıkra uyarınca güven ilkesinin geçerli olmadığı kişilere karşı, özellikle hızını azaltarak ve fren yapmaya hazır vaziyette, bu kişilerin tehlikeye atılmasını kesin olarak önleyecek şekilde davranmakla yükümlüdür.” Alman Karayolu Trafik Kanunu m. 3/2a’da ise sadece güven ilkesinin geçerli olmadığı kişi gruplarının sayılması tercih edilmiştir: *“araç kullanan kişi, çocuklara, yardıma ihtiyaç duyanlara ve yaşlılara karşı — özellikle hızını azaltmak ve fren yapmaya hazır olmak suretiyle — bu kişilerin tehlikeye atılmasını kesin olarak önleyecek şekilde davranmakla yükümlüdür.”* Öğretide de genellikle sayılan bu gruplarla birlikte en nihayetinde trafik kurallarına uymadığını belli eden kimseler açısından güven ilkesinin uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla *“bir sürücü, diğerinin trafikteki yol verme kuralına uymadığını fark ederse kendi "hakkına" güvenerek kavşakta geçiş yapmamalı, durmalı ve beklemelidir.”*⁶⁷⁴

Tarihsel açıdan trafik düzeniyle ilişkili olarak “keşfedilmiş” olan güven ilkesinin, birden fazla insanın iş birliği temelinde birlikte yürüttüğü diğer faaliyet alanlarında da uygulanması gerekir.⁶⁷⁵ Bu bağlamda örnek kabilinden sayılabilecek tıbbi operasyonlar, kurtarma faaliyetleri ya da inşaat çalışmaları gibi faaliyet sahalarında da güven ilkesi, izin verilen riskin sınırını tayin etmelidir.⁶⁷⁶ Ancak ilkenin uygulama sahasına ilişkin bu genişleme, özellikle tıbbi operasyonlar alanında geniş kabul görse de⁶⁷⁷ diğer iş birliği alanları açısından aynı durum geçerli değildir.⁶⁷⁸ Burada korunması gereken güveni genelleştirmeye yönelik düşünceye karşı çıkılması büyük oranda güven ilkesinin; trafiğe katılımı benzer şekilde, iş birliği gerektiren faaliyetlerde de

⁶⁷⁴ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 23.

⁶⁷⁵ **Welzel**, Strafrecht, s. 133.

⁶⁷⁶ **Heinrich**, AT, kn. 1034; **Cramer**, in: Schönke/Schröder-StGB, § 15 kn. 151; **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 92. Bu çerçevede **Katoğlu**, haklı olarak iş bölümü kurallarına dayalı ve ekipçe yürütülen faaliyetlerde geleneksel öngörülebilirlik ve kaçınılabilirlik kriterlerinin taksir sorumluluğunu belirlemede yetersiz kaldığını ifade etmektedir. Bkz. **Katoğlu**, Tuğrul, “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, **TBBD**, 2007, 19 (68), sa. 29-42, s. 30.

⁶⁷⁷ Aynı yönde bkz. **Duttge**, Gunnar, “Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit”, **ZIS**, 2011/5, (**Duttge**, Arbeitsteilige Medizin) s. 350, 351. Tıbbi müdahaleler açısından **Stratenwerth**’in 1971 yılında kaleme aldığı “İş bölümü ve Hekimlerin Özen Yükümlülüğü” adlı makalesi, güven ilkesinin trafik düzeni dışında bir uygulamaya kavuşması açısından oldukça önemli bir rol oynamıştır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Stratenwerth**, FS-Schmidt, s. 387 vd.

⁶⁷⁸ Bu tespit için bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 25; **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 20.

menfaat tartımı temelinde izah edilmesinden⁶⁷⁹ kaynaklanmaktadır.⁶⁸⁰ Nitekim öğretide *Burgstaller*, güven ilkesini genelleştirme fikrine açıkça karşı çıkarken bu ilkenin “*toplum tarafından arzu edilen ve hukuk tarafından değerli kabul edilen bir duruma ulaşılmasının yalnızca, eylemi gerçekleştiren kişiyi başkalarının hatalı davranışlarını prensipte hesaba katmaktan muaf tutmak suretiyle mümkün olduğu hallerde*” uygulanması gerektiğinin altını çizmektedir. Yazara göre güven ilkesini düzenleyen StVO (Avusturya Karayolu Trafik Kanunu) m. 3 de bu düşünceye dayanmaktadır. Bu madde ile kabul edildiği şekliyle diğerlerinin yasal davranışına duyulan güven; “*kara yolu trafiğinin düzgün ve kesintisiz bir şekilde işlemesi için basit bir gerekliliktir.*”⁶⁸¹ Görüldüğü gibi bu bakış açısına göre güven ilkesi, hukuk politığının ve değer temelli kararların bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu prensiple hukuk düzeninin, bazı menfaatler arasında (güvenlik ile özgürlük, riskten korunma ile trafik akışı gibi günlük yaşamın pratik gereklilikleri) makul bir denge kurduğu ve ortaya çıkan risklerin “ölçülü” bir şekilde dağıtıldığı değerlendirilmektedir.⁶⁸²

Kanaatimce menfaatler dengesi yaklaşımı, güven ilkesinin temelini doğru bir şekilde izah edememektedir. En basitinden güven ilkesinin genel kabul gördüğü olaylarda güvenine geçerlilik tanınan kişilerin; hukuk düzeninin korumayı amaçlamadığı haksız durumlar içinde olabileceği düşünüldüğünde bu yetersizlik görünür hale gelmektedir. Bu çerçevede örneğin

⁶⁷⁹ Bu yaklaşımda olan BGH’nin içtihatlarından bir örnek olması itibarıyla mahkemenin trafik akışını vurguladığı şu kararına atıf yapılabilir: “*sadece, geçiş hakkı olmayan bir trafik katılımcısının görünür nitelikte olmayan geçiş üstünlüğünü ihlal etme ihtimali, geçiş üstünlüğüne sahip sürücünün hızını buna göre ayarlayıp ‘gerekirse’ aniden ortaya çıkan bir araca karşı durabilecek şekilde kullanma yükümlülüğünü doğuramaz. Aksi takdirde, geçiş üstünlüğü kuralıyla amaçlanan trafik akışı geniş ölçüde sağlanamaz ve geçiş üstünlüğünü belirleyen güven ilkesi tam tersine çevrilmiş olurdu.*” BGHSt7 118 (124 f.) (NJW 1954, 1494). Bu kararda mahkeme kendi pozisyonuna karşı; “*yaşamın önceliğini trafikle ilgili hususlara karşı yeterince dikkate almamak ve trafik güvenliğini ihmal etmek*” şeklindeki temel itirazın da haklı olmadığını belirterek güvensizliği prensip olarak savunan karşı görüşü şu argümanlarla eleştirmiştir: “*Karşı görüşün, trafik güvenliğine daha iyi hizmet edeceği yönündeki iddialar makul ve yeterince temellendirilmiş değildir. Bu görüş, geçiş hakkına sahip araç ile geçiş hakkı olmayan araç arasında çarpışma riskini ilk etapta azaltıyor gibi görünse de başka alanlarda yeni tehlikeler doğurmaktadır. Özellikle büyük şehirlerde araçların birbirine çok yakın şekilde seyretmesi nedeniyle, bu araçların sürekli olarak durma hızına kadar yavaşlaması, aslında akıcı trafik için özel olarak işaretlenmiş yolların tıkanmasına yol açmaktadır. Bu tür tıkanıklıklar ise trafik güvenliğini olumsuz etkiler. Trafik akışının sürekli kesintiye uğraması, bilindiği üzere, arkadan gelen sürücüleri sollama yaparak daha hızlı ilerlemeye teşvik eder ve bu durum da ciddi bir tehlike kaynağı oluşturmaktadır. Bu şekilde trafik akıcılığı bozulur, yolun taşıma kapasitesi düşer ve bu da ulaşım istenen amacın tam tersi bir sonuca yol açar. Ayrıca, yoğun şehir içi trafikte geçiş üstünlüğüne sahip bir sürücünden, dikkatini yalnızca genel trafik akışına değil, aynı zamanda her yan yoldan çıkabilecek araçlara karşı durma ihtimalini sürekli değerlendirmesi ve görüş mesafesine göre uygun hızı belirlemesi beklenirse, bu da sürücüye aşırı bir yük getirmiş olur.*” Bu açıklamalarla mahkeme; trafik düzeninde geçerli olan güven ilkesini trafik güvenliği kaygılarını giderecek şekilde temellendirmeye ve meselenin trafik akışına üstünlük tanınmasından ibaret olmadığını izah etmeye çalışmıştır. Ancak bu izahat da temel olarak, güven ve güvensizliğin ilkeleştirilmesi halinde gündeme gelecek iki farklı tehlike türünü karşılaştırmak suretiyle güvene geçerlilik tanınmasının daha az riskli olduğunu ifade etmektedir. Krş. **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 10.

⁶⁸⁰ Taksir dogmatığının; “tek başına hareket eden birey modeli” etrafında gelişim göstermesinin de bunda etkili olduğu yönünde eleştirel bir yorum için bkz. **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 20.

⁶⁸¹ **Burgstaller**, s. 62, 63.

⁶⁸² **Wessels/Beulke/Satzger**, kn. 445.

trafikte polis takibinden kaçan suçlunun; geçiş hakkı olduğu için yavaşlamadan geçtiği kavşakta kaza olduğunda, en azından somut olay özelinde sürücünün hızını düşürmemesini meşrulaştıracak daha yüksek bir menfaatten bahsetmek güç görünmektedir. Aynı şekilde yasal olmayan bir şekilde ancak rızaya dayalı bir çocuk düşürme operasyonuna katılan iki doktordan, kendisine düşen tüm özeni yerine getirenin, diğerinin hatasını hesaba katmak durumunda olmadığı için güven ilkesi gereği annenin ölümünden sorumlu tutulamayacağını somut olayda menfaat tartımıyla izah etmek zordur.⁶⁸³ Çünkü buradaki iş birliği, hukukun önem atfettiği bir amaca değil tam aksine illegal bir faaliyete yönelmektedir. Ancak burada da operasyona katılanların güven ilkesine göre hareket edebileceği kuşkusuzdur.⁶⁸⁴ Bu örnekler şunu ortaya koymaktadır ki *“işbölümüne dayalı bir işbirliğinin toplumsal açıdan değerli bir amacı güdüp gütmeyeceği ya da bu tür bir amacın gerçekleştirilmesi için özen yükümlülüklerinin azaltılmasının zorunlu olup olmadığı önemli değildir.”*⁶⁸⁵ Zira iş bölümünün gündeme geldiği faaliyetlerde güven ilkesi *“riskin nasıl dağıtılacağı”*nı değil, sorumluluk alanlarının nasıl belirleneceğini ve sınırlanacağını tayin etmektedir: *“kişinin kural olarak başkalarının gerekli özeni göstereceğine güvenebilmesi, onların şahsi sorumluluğuna dayanmaktadır”*.⁶⁸⁶ Bu nedenle güven ilkesi; kendi şahsi sorumluluklarıyla hareket eden kişilerin dahil olduğu ve tehlikeli bir faaliyetin iş bölümüyle yürütüldüğü her durumda özenin kapsamını daraltan bir etki gösterecektir.⁶⁸⁷ Bu

⁶⁸³ Bu değerlendirme TCK m. 99/4'teki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumluluğun belirlenmesi açısından önemlidir. Zira ölüm neticesini doğuran riskli davranış üzerinde müştereklikten bahsedilemeyecekse güven ilkesi burada da diğerinin özen yükümlülüğünü sınırlandıran bir rol oynayacaktır.

⁶⁸⁴ Aynı yönde bkz. **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 20.

⁶⁸⁵ **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 20.

⁶⁸⁶ **Stratenwerth**, FS-Schmidt, s. 393. Aynı yönde bkz. **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 20; **Cramer**, in: Schönke/Schröder-StGB, § 15, kn. 148 vd. Türk öğretisinde de **Katoğlu**, açıkça güven ilkesinin şahsi sorumluluk düşüncesine dayandığını ifade etmektedir: *“Sorumluluğun iş bölümüne göre ve davranış kuralları ile koşut biçimde paylaştırılmış olması dolayısıyla güven ilkesi, anayasal teminat altındaki kişisel sorumluluk ilkesine dayanmaktadır. Zira güven ilkesi uyarınca, herkesin kendi fiilinden sorumlu olması, başkasının fiili dolayısıyla bir kimsenin cezalandırılmaması gerekmektedir. Bu anlamda sorumluluk sahiplerinin her biri sadece kendilerini muhatap alan davranış kurallarına uygun davranmakla yetinebilir. Bunun sonucu olarak, diğerlerinin faaliyetlerini ilgilendiren davranış kurallarına uygun biçimde yürüttüklerine ya da yürüteceklerine duyulan güven hukuken sonuç ifade eder ve nazara alınır.”* **Katoğlu**, s. 32, 33. Aynı yönde **Keçelioğlu**, güven ilkesinin anayasal ve yasal dayanağı olup olmadığı sorusuna cevap vererek bu ilkenin cezaların şahsiliğine ilişkin Anayasa m. 38 ile TCK m. 20 öngörülen normların bir görünüm şekli olduğunu savunmaktadır. Buna göre herkesin kendi fiilinden sorumlu olması ve başkasının fiilinden dolayı cezalandırılmaması düşüncesi, güven ilkesinin temeli olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 100, 101. **Demirel** ise ilkenin temelini hem menfaat tartımına hem şahsi sorumluluğa dayandırmaktadır. Buna göre izin verilen riski izah etmesi itibarıyla nasıl ki *“toplumsal anlamda elde edilecek kesin faydalar ve ortak menfaat uğruna olası bazı risklere katlanılmakta ve bu hareketleri gerçekleştiren kişiler, davranışlarının “kaçınılmaz” sonuçları nedeniyle kınanmamakta”* ise bu değerlendirme güven ilkesinin de temelini oluşturmaktadır. Ancak diğer taraftan yazar, güven prensibini *“şahsi sorumluluk ilkesi bağlamında izin verilen riskin ilişkiler alanında ortaya çıkan bir görünüm şekli olarak”* kabul etmekte ve şahsi sorumluluğu düzenleyen Anayasa (m. 38) ve TCK (m. 20) hükümlerinin bir karşılığı olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Demirel**, Çifte Özen, s. 258, 259.

⁶⁸⁷ **Cramer**, in: Schönke/Schröder-StGB, § 15, kn. 151. Aynı yönde **Katoğlu**, s. 30; **Görkemli, Burcu**, “Tıp Hukuku Bağlamında Güven İlkesi ve Ceza Hukuku Açısından Sonuçları”, CHD 11 (32), Aralık 2016, sa. 139-160, s. 141 vd.

çerçevede şahsi sorumluluk düşüncesinden türetilen güven ilkesinin; sadece belli “yararlı faaliyet alanları” ile sınırlandırılması mümkün değildir. Aksi halde güvensizliğin geçerli olacağı yerlerde “*kendi kurallarının ihlalini olağan kabul eden hukuk düzeni, yönlendirici işlevinden vazgeçmiş sayılır.*”⁶⁸⁸

Şahsi sorumluluk temelinde güven ilkesiyle kişilerin kendi sorumluluk alanlarının da sınırlandırılması, şahsi sorumluluğun sadece kusurdan ibaret olmadığını burada da göstermesi bakımından önemlidir. Yargıtay’ın da faaliyet ayrımı yapmadan ve menfaat tartımı gibi bir argümana başvurmada güven ilkesine genel bir uygulama alanı vermiş olması, ilkeyi şahsi sorumluluk temelinde yorumladığını göstermektedir: “*birden çok kişinin faaliyetinin iştiraki söz konusu olduğu durumlarda taksir sorunu, başkalarının doğru biçimde davranacağına güven ilkesi ile çözümlenmelidir. Böylece disiplinler arası bir ekip çalışmasında herkes diğerlerinin doğru hareket ettiğine güvenmek zorunda olduğundan grupta çalışanlardan her biri sadece kendi faaliyet tipine ait meslek kurallarına uyulmasından sorumludur.*”⁶⁸⁹

Tüm bu açıklamalar ışığında şahsi sorumluluğu yerine getiren bir vasıta olarak kabul edilen güven ilkesinin, başkasının açıkça görülebilen hataları veya yetersizliği bakımından uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmelidir.⁶⁹⁰ Bununla birlikte normalde bu ilkenin korumasından yararlanacak kişilerin; sosyal rolü gereği diğerlerinin davranışlarını gözetim ve kontrol anlamında özel bir yükümlülük altında olduğu durumlarda ise güven iddiası bu yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlı olarak dikkate alınabilir.⁶⁹¹ Bu şekilde bir anlamda şartlı güvenin sebebi olan “*genişletilmiş*”,⁶⁹² başkalarıyla ilişkili olması itibarıyla “*ikincil*”⁶⁹³, belli kişilere mahsus yönüyle “*özgü*”⁶⁹⁴ nitelikteki özen yükümlülüğünün, ne zaman gündeme geleceğine ilişkin genel bir tanım yapmak oldukça güçtür ve özel bir inceleme gerektirir. Ancak

⁶⁸⁸ “*Hukuk düzeni, insanların birlikte yaşamını düzenler. Bu düzenin işleyebilmesi için, kendi davranışlarını hukukun emirlerine göre yönlendirebilen özerk muhataplara ihtiyaç duyar. Bu nedenle, somut sorumluluk eksikliğine işaret eden belirli emareler bulunmadıkça insanlar yanındakileri sorumlu bireyler olarak kabul edebilir. Hatta bu, sadece bir hak değil, bir yükümlülüktür. Zira her bireyin insan onurundan kaynaklanan saygı görme hakkı, sürekli olarak onun özerk/otonom kişiliğini şüpheli görmek suretiyle ihlal edilmiş olur.*” **Renzikowski**, Restriktiver, s. 275.

⁶⁸⁹ **YCGK**, 16.05.200, E. 2000/9-104; K. 2000/110.

⁶⁹⁰ Bu nedenle güven “*ancak ve yalnızca, açıkça ortaya çıkan somut işaretler bulunmadığı (örneğin açık ihmal durumlarında ya da kalifikasyon eksikliğinin bilinmesi veya kolayca fark edilebilecek olması) sürece*” geçerliliğini korur. **Duttge**, Arbeitsteilige Medizin, s. 351. Bu durumda hatayı dile getirme, buna karşı çıkma ve gerekiyorsa düzeltmenin güven ilkesine uygun olduğu yönünde bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 25.

⁶⁹¹ **Burgstaller**, s. 64; Krş. **Katoğlu**, s. 32; **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 101. Krş. **Demirel**, Çifte Özen, s. 301 vd; Apaydın, Cengiz, “Taksirli Suçlarda Kusurun Belirlenmesi ve Güven İlkesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 124, Aralık 2016, sa. 76-89, s. 84

⁶⁹² **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 107, 25.

⁶⁹³ **Stratenwerth**, FS-Schmidt, s. 392.

⁶⁹⁴ **Roxin/Greco**, § 24, kn. 25.

öğreti ve uygulamanın üzerinde yoğunlaştığı bir alan olması itibarıyla tıbbi uygulamalardan hareketle bu özel yükümlülüğün ne zaman gündeme geleceği sorusuna burada sınırlı ölçüde bir cevap vermek mümkündür.

Öncelikle genel kuralı hatırlatmak adına birlikte yürütülen bir operasyonda uzmanlar arasındaki haklı güvenin korunacağını ifade etmek gerekir. Nitekim BGH ilgili kararında “*bir ameliyat sırasında ilgili uzman doktorlar, diğer branştan meslektaşlarının hatasız bir şekilde katkıda bulunacaklarına kural olarak güvenebilirler*” ifadesiyle bu güvene geçerlilik tanımıştır.⁶⁹⁵ Bu bağlamda örneğin bir cerrahın, bir anestezi uzmanının gerçekleştirdiği anestezi uygulamasını denetlemesi ve kontrol etmesi beklenemez. Cerrah kendi uzmanı olmadığı anestezi uygulamasının doğru uygulandığına güvenebilir.⁶⁹⁶ Sorumluluk alanlarının bu şekilde güven esasıyla belirlenmesi, söz konusu operasyonların daha ahenk ve uyum içinde gerçekleştirilmesini ve böylece hastalar için risk derecesinin düşürülmesini sağlamaktadır.⁶⁹⁷ Üzerinde çok fazla durulmayan bir durum ise normalde kendi muayenesi olan bağımsız çalışan bir doktor ile kinik gibi sağlık kuruluşlarının yaptığı iş birliğinde gündeme gelmektedir. Bu tür bir iş birliğiyle yürütülen tıbbi tedavilerde bağımsız doktor, ilke olarak daha üstün personel ve donanımına sahip olan sağlık kuruluşunun (örneğin ileri seviye bir özel kliniğin) teşhisine güvenerek bir tedavi yöntemi uygulayabilir. Burada doktor; daha öncesinde klinik tarafından yapılan teşhislerin tıp biliminin gereklerine uygun olarak gerçekleştirildiğini varsaymakta haklı görülmelidir.⁶⁹⁸

Bunlardan belli ölçüde farklılaşan yönüyle dikey iş bölümünü kapsamında değerlendirilen yardımcı tıp personeli açısından da güvenin geçerli olacağı kabul edilmelidir.⁶⁹⁹ Nitekim *Welzel* de verdiği meşhur örnek üzerinden aslında bir cerrahın ameliyat sırasında hemşirenin doğru yardımları yapacağına güvenebileceğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede “*cerrah tarafından usulüne uygun şekilde seçilmiş olan hemşire, yanlışlıkla ona yanlış bir iğne uzatırsa ve cerrah bu durumu o anda artık kontrol edemezse, bu durumda ameliyatta gerekli dikkat ve özeni ihlal eden kişi cerrah değil, hemşiredir; ameliyattaki hatalı ve hukuka aykırı*

⁶⁹⁵ BGH, NJW 1980, 649 (650).

⁶⁹⁶ *Duttge*’ye göre bu durum, “*esasen tıp bilimleri içerisinde zamanla uzmanlaşma ve profesyonelleşme yoluyla gelişen ve hekim eğitime ilişkin kılavuzlarda ve müfredatlarda ifadesini bulan rol dağılımından kaynaklanmaktadır. Hukuk düzeni, bu role özgü biçimlenmeleri ve belirlemeleri gayet iyi şekilde tanıyabilir; ancak bunları kendisi oluşturmaz.*” Bkz. *Duttge*, *Arbeitssteilige Medizin*, s. 351.

⁶⁹⁷ *Görkemli*, s. 145.

⁶⁹⁸ *Duttge*, *Arbeitssteilige Medizin*, s. 351.

⁶⁹⁹ *Duttge*, *Arbeitssteilige Medizin*, s. 351; *Görkemli*, s. 147 vd. Güven ilkesi bağlamında haklı beklentinin yatay veya dikey yönlü olabileceği yönünde bkz. *Apaydın*, s. 84.

*olan eylem cerrahın değil, hemşirenin fiilidir.”*⁷⁰⁰ Bu durumun; taksirli suçlardaki haksızlığın kişisel karakterini açıkça ortaya koyduğu değerlendirilmesi son derece isabetlidir.

Ancak özellikle operasyonlardaki yetkili doktorun yapması gereken bir iş için; yardımcı personel olarak hemşire, asistan veya teknisyene görev verdiği yani işi onlara delege ettiği durumlarda onların söz konusu uygulamayı doğru yapacağına güvenebilmesi için bazı özel yükümlülüklerini yerine getirmiş olması gerekir. Bu gereklilik bir kiniğin yöneticisi veya belli tedaviler üzerine çalışılan bölümün başkanı ile onların altında çalışan doktorlar açısından da gündeme gelecektir. Yaygın kanaate göre aslında delegasyonun söz konusu olduğu tüm dikey ilişkiler açısından geçerli olan bu özel yükümlülükler üç noktada gündeme gelmektedir. Öğretide *Duttge* bunları “seçme yükümlülüğü”, “talimat yükümlülüğü” ve “gözetim yükümlülüğü” olarak sınıflandırmaktadır. Bu çerçevede tıbbi operasyonlar üzerinden devam edecek olursak yetkili doktor yardımcı personele iş devrederken, bu kişilerin işlemi hatasız bir şekilde yerine getirebilecek durumda olduğunu değerlendirmek (seçim), görevin gereklerine ilişkin en azından genel çerçevede gerekli yönlendirmelerde bulunmak (talimat) ve görevin düzgün bir şekilde yerine getirilip getirilmediğini “*düzenli ve örnekleme esasına dayalı kontrollerle*” denetlemek (gözetim) durumundadır.⁷⁰¹ Burada özellikle üçüncü yükümlülük açısından “*düzenli ve örnekleme esaslı*” olma kriteri önemlidir. Böylece dikey iş bölümünde güven ilkesini tamamen devre dışı bırakacak şekilde delege edilen her işin sonrasında mutlaka kontrol edilmesi gerektiği şeklindeki yanlış yaklaşıma mesafe konulmuş olur. Zira bu yaklaşım takip edildiğinde dikey bir ilişkide benimsenen iş bölümü, sorumluluğu hafifletme amacını hiçbir şekilde gerçekleştiremeyecek ve anlamını yitirecektir. Bu nedenle söz konusu gözetim yükümlülüğü, devredilen işin belli aralıklarla ve kısmi incelemelerle denetlenmesiyle yerine getirilmiş sayılmalıdır. Bu durumda seçim ve talimat açısından da üzerine düşeni yapan kişi (burada uzman ve yetkili doktor) başkalarına devrettiği işin, delege edilen kişiler tarafından (burada yardımcı tıp personeli) özen ve basiretle yerine getirileceğine güvenebilir. Bu noktada hatalı bir uygulama, artık onların “*doğrudan birincil sorumluluk alanları*”yla ilgilidir.⁷⁰² Bu açıklamalar genel olarak güven ilkesinin; belli özel şartlarla birlikte dikey iş bölümü için de geçerli olduğunu tekraren ortaya koymaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere bu değerlendirmeler, dikey ilişkideki diğer delegasyon türleri açısından da geçerlidir. Nitekim BGH’nin 2006 yılında verdiği önemli bir karar⁷⁰³; bir

⁷⁰⁰ **Welzel**, Strafrecht, s. 133; Aynı yönde bkz. **Burgstaller**, s. 64.

⁷⁰¹ **Duttge**, Arbeitsteilige Medizin, s. 352. Krş. **Stratenwerth**, FS-Schmidt, s. 393 vd.

⁷⁰² **Duttge**, Arbeitsteilige Medizin, s. 352. Aynı yönde bkz. **Görkemli**, CHD 2016, s. 148.

⁷⁰³ BGH, 13.12.2006 - 5 StR 211/06.

üniversitenin radyoloji kliniğinde ışın tedavisi bölüm başkanı olarak görev yapan sanığın, bölümdeki diğer doktorların hatalı uygulamaları neticesinde gerçekleşen ölümden taksir sorumluluğuyla ilgilidir. Mahkeme burada öncelikle sanığın başında olduğu bölüm tarafından kanser hastalarında uygulanan ışın tedavisi konseptinin; o zamanın tıp bilimine uygun olduğunu tespit ettikten sonra olayda ölüme yol açan “kasık bölgesine ışın” yönteminin ise bölümün konsepti içinde olmadığını ve sanığın katılmadığı operasyonlarda başka uzman doktorlar tarafından gerçekleştirildiğini dikkate almıştır. Olayda sanığın; hastanın tedavi planlamasını ya da ışın tedavisine ilişkin talimatları onayladığı ya da bunlardan haberdar olduğu da tespit edilememiştir. Tüm bunlarla birlikte mahkeme; yönetici konumundaki sanığın organizasyonel açıdan sorumluluğunu doğuracak son bir ihtimal olarak, hatalı tedavinin uzman doktorlara delegasyonu açısından “seçme ve gözetim yükümlülüğü” hakkında açıklamalarda bulunmuştur: *“sanığın kasık bölgesi ışınlanması nedeniyle ceza hukuku açısından sorumluluğu, çalışanlarını özenle seçme ve denetleme yükümlülüğünden de kaynaklanmamaktadır. Eyalet Mahkemesi’nin tespitlerine göre, sanığın çalışanlarının mesleki yeterliliği ya da özenli çalışmaları hakkında şüphe duymasını gerektiren bir neden bulunmamaktadır. Bu nedenle sanık, radyoloji uzmanı olan hekimlere – bir başhekim gözetiminde – ışın tedavisine ilişkin talimatları bağımsız şekilde verebilme yetkisini usule uygun biçimde onlara devredebilmiştir.”*⁷⁰⁴ Bu nedenle sanık, bölümün benimsediği ve o günkü tıp bilimine uygun bir tedavi konsepti içinde (*talimat yükümlülüğü*) ışın tedavisi uygulama ve bunun için gerekli kararları alabilme açısından ilgili radyoloji uzmanlarına usulüne uygun bir delegasyon yaptığı için ve seçim/gözetim yükümlülüğü yönünden şüpheli bir durumdan bahsedilemeyeceğinden güven ilkesinden yararlandırılmış olmaktadır. Burada yardımcı personelden farklı olarak delege edilen kişilerin halihazırda uzman doktor olmaları nedeniyle seçim ve gözetim yükümlülüğünün mesleki yeterlilik ve özenli çalışma açısından *“sanığın şüphe duymasını gerektiren bir neden”* ile ilişkilendirilmesi isabetlidir. Nitekim hatalı bir uygulamaya ilişkin somut emarelerin varlığı halinde güvenin geçerli olmayacağı zaten yukarıda ifade edilmişti.

Ancak bunun delege edilen taraf bakımından da geçerli olduğunu ayrıca belirtmekte yarar vardır. Dolayısıyla kendisine dikey bir ilişki içinde belli bir iş devredilen kişiler, zararlı bir sonucun ortaya çıkacağına ilişkin somut emarelerin varlığı halinde artık esas sorumlunun özene uygun davrandığına güvenemez. En son örnek üzerinden gidecek olursak bölümün benimsediği terapi konsepti içindeki uygulamaların hastaların zararına yol açacağına ilişkin

⁷⁰⁴ BGH, 13.12.2006 - 5 StR 211/06.

açık emarelerin varlığı halinde tedaviyi uygulayan doktorlar kendisinden istenen tedavi şablonuna güvenerek sorumluluktan kurtulamaz.

Bu çerçevede güven ilkesinin kapsamını; iş bölümünün yatay veya dikey olmasına ve ilişkili olduğu faaliyet alanına göre farklı değerlendiren BGH'nin⁷⁰⁵ inşaat faaliyetleriyle ilgili 2008 yılında verdiği önemli bir karardan⁷⁰⁶ bahsetmekte yarar vardır. Karara konu olayda bir okul binasında yapılan tadilat çalışmaları sırasında çökme gerçekleşir ve bunun sonucunda ölüm ve yaralanmalar meydana gelir. Yıkım işlemi sırasında, iki sınıf arasında bulunan taşıyıcı beton duvar, yeni bir müzik salonu oluşturmak amacıyla kesilmiştir. Ancak statik planda öngörülen sayıda ve yeterlilikte geçici destekleme unsurları kullanılmamıştır. Olayda yerel mahkeme ölüm ve yaralanmalara taksirle neden olma suçlaması açısından, alt yüklenici firma (H) çalışanları olan şantiye yöneticisi W ile duvarı kesen işçi C'nin beraatine karar vermiştir. Zira aralarındaki sözleşmeye göre destek yerleştirme işlemi, inşaat projesindeki esas yüklenici konumundaki mahkûm edilen diğer sanık müteahhit T'ye aittir. Sadece beton kesmeden sorumlu olan W ve C için güven ilkesi gereği (tehlike kendileri için fark edilebilir olmadığı sürece) destekleme unsurlarının yetersizliğini kontrol etme yükümlülüğü de söz konusu değildir. Olayda BGH ise beraat kararını nihayetinde onamakla birlikte sanıkların sözleşmeye göre T'nin esas sorumluluğuna ait olan işlerdeki hatalardan tamamen izole edilmesi düşüncesine karşı çıkmıştır. BGH'ye göre, asıl sorumlu kişi T. olsa da bu durum tehlikeli bir inşaat işine doğrudan katılan, fiili olarak taşıyıcı bir yapının sökülümünü gerçekleştiren sanıklar için, yıkım sürecinde oluşacak tehlikeler yönünden üçüncü kişilere karşı ikincil düzeyde sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Ancak bu ikincil sorumluluk açısından da yine kural olan güven ilkesinin dikkate alınması gerekir. Buna göre somut olayda sanık işçiler, iş bölümüne dayalı olarak yürütülen inşaa faaliyetlerinde esas müteahhit T'nin kendi sorumluluğundaki işleri usulüne ve özene uygun olarak yapacağına kural olarak güvenebilirler. Ancak tehlikenin olaydaki gibi fark edildiği bir durumda sanıklar, bunu bertaraf etmek için gerektiğinde işi durdurmak, açıkça itiraz etmek ve üstlerini uyarmak şeklindeki aksiyonları almak durumundadırlar. Bu tespitler üzerinde BGH; sanıkların, sonrasında yıkıma yol açan belli sorunları, esas yükleniciye bildirdiklerini, zaman zaman gerekli önlemlerin alınması için güvenlik nedeniyle inşaat sürecini beklettiklerini dikkate alarak, bu koşullar altında sanıklar için yıkım işine devam etmeden önce yapısal güvenlik açısından herhangi bir endişeli durum

⁷⁰⁵ Aynı yönde bkz. Schweiger, Theresa/Ünver, Yener, (Çeviri) “Büyük Ölçekli İnşaat Projelerinde İş bölümü Halinde Çalışmak Suretiyle Birlikte Etkili Olma Durumunda Güven İlkesinin Kapsamına İlişkin”, **Hukuk Köprüsü**, 12(24), 2003, sa. 211-230, s. 216.

⁷⁰⁶ BGHSt 53, 38.

olup olmadığını tekraren açıkça sormalarını beklemenin gereksiz olacağını tespit etmiştir. Dolayısıyla beraatin nedeni; sanıkların kendilerine düşen ikincil yükümlülüklerini de yerine getirmiş olmalarıdır.⁷⁰⁷

2.4.3.2. Taksirli Davranışa Özensiz Katkı Bağlamında “Dolaylı” Taksirli Faillik Görünümleri Açısından Şahsi Sorumluluk

Şahsi sorumluluk yaklaşımının temel sorumluluk alanını, “*kendi doğrudan hareketiyle hukuki değerın zarar görmesine yol açan davranışlarla*” sınırladığı düşünüldüğünde, başkasının doğrudan davranışına (kasıtlı veya taksirli) neden olmanın ne zaman fail haksızlığı sayılacağı sorusu özel bir gerekçelendirmeye ihtiyaç duymaktadır.⁷⁰⁸ Yukarıda sadece mağdurun veya üçüncü kişinin kasıtlı müdahalesi bağlamında bu özel gerekçelendirmenin nasıl yapılması gerektiği izah edilmiştir. Bunun dışında kasıtlı suçlarda sorumluluk alanının genişletildiği ve özel bir gerekçelendirmeye “dolaylı etki”nin fail haksızlığı kabul edildiği iki temel durumdan bahsetmek mümkündür: *yükümlülük suçları ve dolaylı faillik*. Yükümlülük suçlarında norm muhatabının, özel yükümlülük durumu nedeniyle daha en baştan bu kişilerin sorumluluk alanının kendi davranışlarını aşacak şekilde genişletildiği hususunda ilk bölümde gerekli açıklamalar yapılmıştı. İlgili suçlardaki bu özel yükümlülük konumu nedeniyle hukuki değeri zedeleyen nihai eylemler, tam sorumluluk sahibi başkaları tarafından gerçekleştirse bile buna yalnızca 'şerik' katılımı gösteren özel yükümlülük altındaki kişinin fail haksızlığı işlemiş olduğu kabul edilmektedir.⁷⁰⁹ Dolaylı faillikte ise zaten arkadakine hakimiyet sağlayan belli unsurlar nedeniyle öndekinin kendi şahsi sorumluluğunda hareket edemediği bir durum söz konusudur. Sorumluluk ilkesi yaklaşımıyla buradaki hususiyet dikkate alındığında “*hakimiyet unsuruna düşen görevin, bu ilkenin aşılmasını ve öndeki kişinin eylemlerinin arkadaki kişinin*

⁷⁰⁷ Bu değerlendirmelere ilaveten kararda; “*özellikle de tehlikeli eyleme başlamadan önce açıkça ilgili güvenlik önlemlerinin alınması gerektiği durumlarda, tehlike kaynağından sorumlu kişi, makul ölçüde kendisinden beklenebilecek çerçevede, gerekli güvenliği sağlamakla görevli kişinin görevini yerine getirdiğinden emin olmalıdır ve bunun gerçekten böyle olduğuna körü körüne güvenmemelidir.*” (pn. 18) şeklinde bir tespiti yer verilmiştir. Bu çerçevede öğretide *Roxin/Greco*, BGH’nin, inşaatla görev alan herkes için, diğerlerinden emin olma yükümlülüğü (*Vergewisserungspflicht*) öngördüğü kanaatindedir. Dolayısıyla mahkemenin içtihadına göre karayolu trafiği ya da tıbbi müdahalelerin aksine inşaat faaliyetlerine katılan kişiler, diğer katılımcıların hukuka uygun davranacaklarına ilişkin genel bir güvenle hareket edemeyeceklerdir. Yazarlara göre karardaki tespitler, inşaat işlerinde öncelikle diğer kişilere karşı kuşku duyulması ve örneğin sorular sorarak işlerin gerektiği gibi ilerleyip ilerlemediğinin bizzat kontrol edilmesi gerekliliğine işaret etmektedir. İlk olarak bu “emin olma yükümlülüğü” yerine getirildikten sonra güven duyulmasına imkân tanındığı değerlendirilmektedir. Bu nedenle ilgili kararla BGH’nin; inşaat faaliyetlerindeki iş bölümü açısından bir anlamda “yarım güven ilkesi”ne geçerlilik tanındığı sonucuna varılmaktadır. Yazarlar bu yaklaşımın isabetli olup olmadığı sorusunu cevapsız bırakmayı tercih etmişlerdir. Bkz. **Roxin/Greco**, § 24, kn. 25c. BGH benzer gerekçelerle demir yolu inşaatıyla ilgili bir başka davada, güven ilkesinden hareketle sanıkların beraatine hükmedilen eyalet mahkemesi kararını bozmuştur. Bkz. **BGHSt 47, 224**.

⁷⁰⁸ Krş. **Lenckner**, Fahrlässigkeit, s. 506; **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 69.

⁷⁰⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 70-71, dn.2.

sorumluluk alanına dâhil edilmesini meşrulaştırmak” olduğu görülecektir.⁷¹⁰ Bu nedenle yükümlülük suçlarında icra aşamasına bizzat katılmayan arkadaki esas norm muhatabının fail sayılması ve TCK m. 37/2 gereği dolaylı faillikte “*bir başkasını araç olarak kullanan*” kişinin tipik fiili gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi, sorumluluk ilkesinin oluşturduğu engelin aşıldığı durumlar olarak değerlendirilmelidir. Taksirli davranışa neden olan özensizlikler açısından da söz konusu engelin ne zaman aşılmış olacağını ortaya koymak gerekir. Bu da yine başkalarının eylemleri üzerinden hukuki değere yönelik saldırıları da kapsayacak şekilde istisnai nitelikteki genişletilmiş bir sorumluluğun izahıyla ilgidir.⁷¹¹ Burada başkasının taksirli davranışı üzerindeki “*özensiz dolaylı etki*”nin, ne zaman fail haksızlığı kabul edilmesi gerektiğine cevap aranmaktadır. Zira sorumluluk ilkesi temelinde dar faillikten hareket edildiğinde; hâkim geniş faillik öğretisinin kabulünün aksine arkadakinin cezasızlığı (örneğin intihar olaylarında) değil, cezalandırılması istisnai bir durumdur ve özel bir gerekçelendirmeye ihtiyaç duyar. Burada her ne kadar arkadaki özensizliğin maddi veya manevi etkiyle dolaylı faillığe benzer istisnai bir görünüm ortaya çıkardığı düşünülebilirse de sorumluluğu genişleten faktörlerin tespiti halinde arkadakinin taksirli dolaylı fail denmesi⁷¹² sadece terminolojik bir tercih olarak değerlendirilmelidir.⁷¹³ Dolaylı failliğin başkasını araç olarak kasten kullanmayı çağrıştırması ve TCK m. 37/2’de fiil hakimiyeti unsurunu temel alan bir tanım yapılmış olması nedeniyle bu ihtimalde arkadakinin taksirli doğrudan fail kabul edilmesi bana göre daha isabetlidir.

Üçüncü kişinin veya mağdurun “kasıtlı” davranışlarına yol açan özensizlikler karşısında, üçüncü kişinin taksirli davranışına özensiz katkıların söz konusu olduğu durumların, daha karmaşık ve çeşitlilik arz eden bir sorun alanı oluşturduğunu en baştan ifade etmek gerekir. Bu sorun alanının “*karmaşıklığı ve çok katmanlı yapısı göz önünde bulundurulduğunda*” başkasının taksirli davranışına yol açan arkadaki kişiye yönelik, özel gerekçelerle izah edilen genişletilmiş sorumluluk bağlamında ne zaman taksir suçlaması yapılabileceği sorusuna tüm yönleriyle cevap verebilmek, başlı başına müstakil bir çalışmayı gerektirmektedir.⁷¹⁴ Başlığından da belli olduğu üzere taksirli müşterek failliği temel inceleme alanlarından biri olarak gören bu çalışmada ise sadece öğreti ve yargı kararlarında en çok tartışılan belli başlı örnekler üzerinden meseleye ilişkin temel düzeyde bir değerlendirme yapmakla yetinilecektir.

⁷¹⁰ Schumann, Selbstverantwortung, s. 74-75.

⁷¹¹ Lenckner, Fahrlässigkeit, s. 506.

⁷¹² Bu yönde bkz. Exner, s. 570; Renzikowski, Restriktiver, s. 262 vd.

⁷¹³ Ancak burada normatif bir bakış açısıyla istisnai bir faillik görünümü olduğuna işaret etmesi bakımından dolaylı faillik kavramının daha isabetli olduğu yönünde bkz. Schumann, Selbstverantwortung, s. 108. Aynı yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz. ayrıntılı açıklamalar için bkz. Roxin, TuT-1, s. 538.

⁷¹⁴ Aynı yönde bkz. Lenckner, Fahrlässigkeit, s. 506.

Zaten bu mesele taksirli müşterek faillik düşüncesine geniş faillikten hareketle ileri sürülen itirazların değerlendirilmesi sırasında tekrar gündeme gelecektir.⁷¹⁵

Ayrıca ifade edilmelidir ki bu başlık altında tartışma konusu olan şey, birbirinden bağımsız olarak taksirli davranışların bir araya gelmesi değildir. Örneğin trafikte karşılıklı araç sürücülerinden birinin görüş açısı olmayan bir yerde hatalı sollama yaptığı, diğerinin de uyuya kaldığı için direksiyon hakimiyetini kaybettiği ve böylece ölüm neticeli bir kaza meydana gelmiş olabilir. Burada inceleme konumuzu oluşturan olaylardaki gibi arkadaki failin özensizliğiyle öndekini taksirli bir davranışa yönlendirmesi olarak görülebilecek bir durum söz konusu olmayıp taksirli davranışların yalın anlamda bir araya gelmesinden bahsedilebilir.⁷¹⁶

Bir başkasının taksirli davranışına katılım mahiyetindeki özensizlik açısından ise trafikte varmak istediği yere daha hızlı ulaşmak isteyen yolcunun, sürücüyü kurallara aykırı bir hız seviyesinde sürüş yapmaya “azmettirmesi” örnek verilebilir. Neticeye yönelik özensiz bir katkı sağlamanın yeterli görüldüğü geniş fail kabulüyle burada yolcunun, taksirle öldürmeden dolayı sürücüyle beraber fail olarak sorumlu tutulması savunulmaktadır.⁷¹⁷ Ancak yukarıda ayrıntısıyla ifade edildiği üzere arkadakinin özensizliğini sadece öngörülebilirlik üzerinden gerekçelendiren hâkim öğretinin burada da gerçek bir çözüm sunmadığı ortadadır. Bunun farkında olan *Lenckner* de yolcuyu fail kabul etmenin artık absürt olacağı bir yolcu-sürücü örneği üzerinden geniş faillik çözümüne haklı olarak karşı çıkmaktadır: “*Yolcu, sürüşe elverişli olmadığını bildiği bir taksiye biner ve yolda aracın kusurlarından kaynaklanan bir kazada trafikteki üçüncü bir kişi ölür. Burada yolcu kazaya katkıda bulunmuştur ve bu onun için de öngörülebilir bir durumdur.*” Yazara göre bu örnekte trafiğe uygun olmayan bir taksiye binerek özensiz davranan yolcunun, şoförle birlikte taksirli fail kabul edilemeyeceği açıktır.⁷¹⁸

Tartışılan mesele “özensiz bir davranış”a yönlendiren tavsiyeler açısından farklı bağlamlarda da gündeme gelecektir. Hasta olan çocuğu için komşusundan tedavi tavsiyesi alan bir annenin, komşusunun çocuğa zarar vereceğini bilmesi gereken bir tedavi önermesi üzerine

⁷¹⁵ Bkz. aşağıda 3.6.3.

⁷¹⁶ Öğretide *Exner* de bu ayrımı yapmakla beraber nihayetinde kimse için diğerinin davranışına ilişkin nedensel katkıdan bahsedilemediği ve dolayısıyla kimsenin diğerinin eylemine “katılmış” sayılamayacağı, birbirinden bağımsız olarak “bir araya gelen” taksirli davranışları da taksirli iştirak kapsamında değerlendirmektedir. **Exner**, s. 569 vd.

⁷¹⁷ **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder-StGB, vor § 25, kn. 108. Bu yaklaşımda taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığı tespit edilirken, aslında objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek suça iştirak eden herkesin fail olarak değerlendirileceği çoğu kez gözden kaçmaktadır. Aynı yönde bkz. **Heinrich**, AT, kn. 993; **Jescheck/Weigend**, s. 649.

⁷¹⁸ **Lenckner**, *Fahrlässigkeit*, s. 505.

bunu özensizce uygulayıp bebeğin zarar görmesine yol açması, bu duruma örnek teşkil eder.⁷¹⁹ Burada komşu için öngörülebilir bir zarar neticesi ortaya çıktığında onun da taksirli failliği gündeme gelecek midir?⁷²⁰ Bu örneklerin her birinde zarar neticesi, nihai olarak özensiz davranışı gerçekleştiren kişinin kendisinde de meydana gelmiş olabilir. Kurallara aykırı bir sürüş için özensizce teşvik edilen kişi yaptığı kazada hayatını kaybetmiş olabilir ya da tedavi tavsiyesini kendisi için alan biri bunu uygulayarak sağlığına zarar vermiş olabilir.

Bahsi geçen olay türleri açısından da temel bir yaklaşım olarak şahsi sorumluluk ilkesinin sorumluluk alanlarını sınırlandıran rolüne geçerlilik tanınmalıdır. Zira *“bir kişinin başkasının fiillerine veya bunların sonuçlarına nasıl ve özellikle ne şekilde tepki verdiği, esasen o kişiye ait bir konudur ve kural olarak onun sorumluluğu altındadır.”*⁷²¹ Bir başka ifadeyle ilgili olaylarda zararı doğuran davranış, bu kişilere tümüyle yabancı bir sorumluluk alanında gerçekleştirilmektedir. Böyle bir durumda arkadakinin tavsiyesi veya yönlendirmesi cezasız kalması gereken taksili şerik eylemleri olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla taksirli suçlarda fail haksızlığı ve cezasız şerik eylemleri arasındaki ayrım, zarar doğuran riskli olaya katılanlar arasındaki sorumluluk alanlarının belirlenmesiyle mümkün olmaktadır. Kişinin özensiz eylemleri, kural olarak kendi sorumluluk alanındaysa taksirli davranış kabul edilmektedir. Kural itibarıyla başkasının sorumluluk alanındaki eylemlerden de kişileri sorumlu tutabilmenin istisnai ve özel bir gerekçeye dayanması gerekliliği burada da kendini göstermektedir.⁷²²

Bu bağlamda ilgili olaylarda genel prensip olarak başkalarının değil kendi eylemlerinin hukuki değer ihlaline sebebiyet vermemesini temin etmekle yükümlü olan kişilerin fail sorumluluğunu gerekçelendirecek özel bir yükümlülüğe muhatap olduğu da söylenemez.⁷²³ Bu nedenle yanlış tedavi tavsiyesi veren komşunun veya kurala aykırı bir sürüşe yönlendiren yolcunun, gerçekleşen neticeler bakımından fail haksızlığı işlediği sonucuna varılamaz. Öngörülebilir şekilde tipik bir neticeye yol açacak olsa da elverişsiz bir aracın sürülmesi esas

⁷¹⁹ Örnek için bkz. **Lenckner**, Fahrlässigkeit, s. 505; **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 108.

⁷²⁰ İlave örnekler için ayrıca bkz. **Cramer**, in: Schönke/Schröder-StGB, § 15, kn. 155; **Stratenwerth**, FS-Schmidt, s. 392.

⁷²¹ Bu değerlendirmeye **Cramer**, kendileri tehlikeli olmayan, ancak başkalarının kendilerini veya üçüncü şahısları tehlikeye atacak şekilde davranmalarına neden olan eylemlerin, sırf böyle bir tepki öngörülebilir olduğu için tehlike yasağı kapsamına dahil edilemeyeceğini savunmaktadır. **Cramer**, in: Schönke/Schröder-StGB, § 15, kn. 155. Aynı yönde **Lenckner**, “tüm bu olaylar, bir davranışın sadece öngörülebilir bir şekilde üçüncü bir kişinin dikkat yükümlülüğü ihlaline sebep olması nedeniyle mutlaka yükümlülüğe aykırı kabul edilmesi gerekmediğini açıkça göstermektedir.” **Lenckner**, Fahrlässigkeit, s. 506.

⁷²² **Lenckner**, Fahrlässigkeit, s. 506.

⁷²³ **Schumann**, Selbstverantwortung, s. 108.

olarak yolcunun değil sürücünün, yanlış bir tedaviyi uygulamak ise komşunun değil annenin meselesidir.⁷²⁴

Şahsi sorumluluk düşüncesiyle sorumluluk alanlarının sınırlandırılması, temel yaklaşım olarak benimsendikten sonra kuralın istisnası olarak diğerlerinin özensizliğini kapsayacak şekilde sorumluluğun genişletilmesini gerektiren unsurların tespiti noktasında bir farklılaşma olması doğal karşılanmalıdır. Bu bağlamda örneğin *Stratenwerth*, esas sorumluluk alanının genişletilmesine yol açan ancak öngörülebilirlik kriteriyle izah edilemeyeceğini düşündüğü bu tür ikincil özen yükümlülüklerinin tespitini güven ilkesini geçersiz kılan veya onu şarta bağlayan durumlar üzerinden yapmaktadır.⁷²⁵ Güven ilkesini toplumsal yaşamda kendileri bizzat hukuk düzeninin gerekliliklerine tabi olan kişilerin etkileşim içinde olduğu tüm alanlara genişleten yazara göre “*birden fazla kişinin davranışları birbiriyle kesiştiğinde, kural olarak her bir birey, diğerlerinin de özen yükümlülüğüne uygun hareket edeceğine güvenebilmelidir.*” Ancak bu değerlendirmenin temeli olarak diğerlerinin kendi sorumluluğunda yani üzerine düşen özen yükümlülüğüne uygun hareket edeceğine yönelik haklı beklentiyi geçersiz kılan durumlar (somut durum ya da diğer kişinin şahsına ilişkin özel koşullar) aynı zamanda sorumluluk alanının “*başkalarının özensizliği*”ne doğru genişleten hallerdir. Bu bağlamda üçüncü kişinin özen eksikliği nedeniyle tehlikenin zaten ortaya çıktığı durumlara ilaveten “*örneğin dışsal dikkat dağıtıcı unsurlar, yaşlılık ya da bedensel engellilik, gençliğe bağlı deneyimsizlik gibi durumlar bir özen yükümlülüğü ihlalinden endişe edilmesine sebep oluyorsa*” ikincil özen yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir. Ayrıca yazar, başkalarının özene aykırı davranışa bizzat teşvik edilmesini de beklentiyi geçersiz kılan durumlar arasında saymaktadır. Buna göre “*örneğin, ehliyeti olmayan veya araç kullanmaya elverişli olmayan bir kişiye motorlu araç verilmesi gibi durumlarda*” artık olayın başkalarının sorumluluk alanında gerçekleştiğı söylenemeyecektir.⁷²⁶

Diğerk taraftan sorumluluk ilkesi gereğı; belli bir durumda nasıl davranılması gerektiğine ilişkin yanlış tavsiyede bulunmanın, prensipte taksirli davranış sayılmamasını, neticeden kaçınmanın yanlış tavsiyeye uyan kişinin sorumluluğunda olduğunu savunan yazarlar, haklı olarak tavsiye verenin güven duyulması gereken bir pozisyonda olduğu durumlar bakımından tavsiye verene genişletilmiş bir sorumluluk alanı tayin etmektedir.⁷²⁷ Bu durumda aynı yanlış

⁷²⁴ **Lenckner**, *Fahrlässigkeit*, s. 506.

⁷²⁵ **Stratenwerth**, *FS-Schmidt*, s. 391, 392.

⁷²⁶ **Stratenwerth**, *FS-Schmidt*, s. 392.

⁷²⁷ **Lenckner**, *Fahrlässigkeit*, s. 507; **Schumann**, *Selbstverantwortung*, s. 25, 108; **Cramer**, in: *Schönke/Schröder-StGB*, § 15, kn. 158.

tavsiyeyi veren doktorun taksirli failliği noktasında herhangi bir şüpheyeye yer olmadığını vurgulayan *Lenckner*, bu örnek üzerinden ilgili bağlam açısından genel bir ilkenin kendini gösterdiği kanaatindedir: “*bir kimse, başkalarına talimat, tavsiye ya da öneri verdiğinde, eğer üstün mesleki bilgisi sayesinde özel bir güven pozisyonuna sahipse ve diğer kişiler bu nedenle ona güvenme eğilimindeyse ve genel olarak da güvenmeleri makulse o takdirde ek bir sorumluluk taşır.*”⁷²⁸

Çalışmanın kapsamını amaçlanmayan bir yöne doğru esaslı bir şekilde değiştirmeden “dolaylı” taksirli faillik görünümüne ilişkin daha derinlemesine bir inceleme yapma imkânı bulunmadığından bu konuda öğretildeki görüşlere sınırlı bir referans yapmakla yetinilmektedir. Ancak bu çalışmada; maddi veya manevi yönden başkasını (tam sorumluluğunda hareket eden) taksirli bir davranışa yönlendirmenin kural olarak arkadakinin taksirli failliğini gerekçelendirmek için yeterli olmadığı yaklaşımı benimsenmektedir. Sorumluluk ilkesinden hareketle benimsenen bu görüşün, taksirli müşterek faillik tartışmalarındaki önemi aşağıda daha iyi anlaşılacaktır.

⁷²⁸ **Lenckner**, *Fahrlässigkeit*, s. 507. Aynı yönde bkz. **Cramer**, in: Schönke/Schröder-StGB, § 15, kn. 158. Genel olarak taksirli dolaylı failliği arkadakinin üstün önleme gücüne (*die überlegene Vermeidemacht*) sahip olduğu durumlarda kabul eden *Renzikowski* de ilgili olayda tavsiye veren hekimin çocuğun tedavisini bizzat üstlenmemiş olsa bile kaçınılabılır her hatalı bilgilendirme durumunda, üstün önleme gücü sayesinde taksirli dolaylı fail konumunda olduğunu ifade etmektedir. **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 277.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAKSİRLİ SUÇLARDA MÜŞTEREK FAİLLİK

Taksirli suçlarda izin verilmeyen bir tehlikenin yaratılmasına/engellenmemesine ortak bir karar çerçevesinde iştirak eden kişilerin, ortaya çıkan tipik neticeden müşterek fail olarak sorumlu tutulabileceği düşüncesi, özellikle geçen yüzyılın sonlarından itibaren giderek daha fazla savunulmaktadır. Müşterek failliğin, bireysel katkılar bakımından nedensellik bağıını ikame edici etkisi, bu düşüncenin güçlenmesinde önemli bir rol oynamıştır. Bu çerçevede tartışmaların merkezinde iki temel olay grubu yer almaktadır. Bunlardan ilkinde tehlikenin kaynağını oluşturan ve birlikte gerçekleştirilen taksirli davranışlardan hangisinin neticeye sebebiyet verdiği kesin bir şekilde belirlenememektedir. İkinci ihtimalde ise asgari sayının en az bir fazlasıyla yani artık oyla alınan kurul kararları, taksirle öldürme veya yaralama suçlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Geleneksel olarak tartışılan bu iki olay grubunda aynı kanuni düzenlemelerden hareket eden Alman ve İsviçre'nin temyiz mahkemelerinin; "taksirli müşterek faillik" gibi temel bir konuda farklı bir içtihat takip etmesi, meselenin literatürde daha yoğun tartışılmasına yol açmıştır. Bu bağlamda hukuki figürün kabulü yönünde ortaya konulan görüşler⁷²⁹, sınırlı da olsa Türk ceza hukuku öğretisinde de taraftar bulmuştur.⁷³⁰

⁷²⁹ Bindokat, Heinz, "Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht", **JZ**, 1979; sa. 434-437, s. 435 vd; **Otto**, **JURA** 1990, s. 49-50; Brammsen, Joerg, "Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern – BGH- Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89", **JURA**, 1991, sa. 533-538, (**Brammsen**, **JURA** 1991), s. 537 vd; Weißer, Bettina, "Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?", **JZ**, 1998/5, sa. 230-239, (**Weißer**, **JZ** 1998), s. 234 vd; Küpper, Georg, "Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen", **GA**, 1998, sa. 519-529; s. 526 vd; **Lampe**, Systemunrecht, s. 693; Utsumi, Tomoko, "Fahrlässige Mittäterschaft", **JURA**, 2001, sa. 538-540, s. 540; Eschenbach, Jürgen, "Zurechnungsnormen im Strafrecht – BGH v. 11.7.1991 – 1 StR 357/91" –, **JURA**, 1992, sa. 637-645, s. 643 vd; Schumann, Heribert, "Rezension zu Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Band I: Strafrecht, 2. Auflage Heidelberg 1988", **StV**, 1994, s. 110; Dencker, Friedrich, **Kausalität und Gesamttat**, Duncker und Humblot, Berlin, 1996, s. 177; Kamm, Simone, **Die fahrlässige Mittäterschaft**, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, s. 175 vd; Bloy, René, "Rezension von Simone Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft", **GA**, 2000, sa. 392-395, s. 395; Schaal, Alexander, **Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen**, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, s. 221 vd; Knauer, Christoph, **Die Kollegialentscheidung im Strafrecht**, Beck, München, 2001, s. 181 vd; Hilgendorf, Eric, "Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils", **NStZ**, 1994/12, sa. 561-566, s. 563; Pfeiffer, Stefan, "Notwendigkeit und Legitimität der fahrlässigen Mittäterschaft", **JURA**, 2004, sa. 519-526, s. 525, 526; Haas, Volker, **Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen**, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, (**Haas**, Tatherrschaft), s. 141 vd; Steckermeier, Kristina, **Der Tatentschluss von Mittätern**, Nomos, Baden-Baden, 2015, s. 217 vd; Häring, Daniel, "Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht", **Sui-Generis**, 2018, sa. 1-19, s. 14 vd; Frister, Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C.H.BECK, Münih, 2019, § 26, kn. 4 vd; **Stratenwerth/ Kühlen**, § 16 kn. 7; **Roxin**, AT II, § 25 kn. 242; **Roxin**, TuT, s. 882; **Schünemann/Greco**, in: LK, § 25 kn. 242; **Otto**, AT, § 21 kn. 114 vd; **Renzikowski**, Restriktiver, s. 282 vd; **Hoyer**, in: SK-StGB, § 25, kn. 154; **Heinrich**, AT, kn. 999; **Heine/Weißer**, in: Schönke/Schröder-StGB, vor §§ 25, kn. 114 vd; **Rengier**, § 53, kn. 8.

⁷³⁰ Karaaslan, Reşit, **Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları- Kurul Hâlinde Alınan Kararlarda Nedensellik Bağı ve Faillik**, Seçkin, Ankara, 2022, s. 265 vd; **Açıkgöz**, s. 317 vd.

Taksirli müşterek failliğin özellikle Alman ceza hukukunda yeni bir düşünce olmadığı bilinmektedir. Nitekim Alman İmparatorluk Ceza Kanunu döneminde dahi bu tür bir faillik düşüncesi önemli yazarlar tarafından dile getirilmiştir.⁷³¹ Sonrasında uzunca bir süre literatür ve yargı kararlarında gündeme gelmeyen bu düşünce⁷³², iki karar sayesinde bir rönesans dönemi yaşamaktadır: *Yuvarlanan Kayalar (Rolling-Stones) Kararı*⁷³³ ve *Deri Spreyi (Lederspray) Kararı*⁷³⁴. Deri Spreyi Kararı'nda BGH tarafından örtülü olarak reddedilen taksirli suçun müştereken gerçekleştirilmesi düşüncesi, İsviçre Federal Mahkemesinin Rollings-Stones Kararı ile önemli bir zemin kazanmıştır.⁷³⁵ Bu tür bir sorumluluk, taksirli suçlarda yan yana

⁷³¹ Bu dönemde *Frank*, aksi yöndeki hâkim görüşü de vurgulayarak taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olduğunu ancak bu suçlarda azmettirme ve yardım etmenin gündeme gelemeyeceğini ifade etmiştir. **Frank**, § 46, s. 110. Aynı yönde *Wuttig*'e göre; kasıtlı suçlarda müşterek failler, kendi hareketinin, tipikliğinin gerçekleştirilmesi diğer failin hareketiyle bir araya geldiğini bilmelidir. Buradaki birlikteliğin “birlikte neden olma bilinci” (*Bewusstsein der Mitverursachung*) şeklinde tarif edilmesi mümkündür. Taksirli suçlarda ise birlikte hareketlerinden meydana gelecek neticeye dikkat etmemeleri, müşterek faillerin sorumluluğuna sebep olur. Ancak her iki ihtimalde de müşterek faillerin, aralarındaki birlikteliğin bilincinde (*Bewusstsein der Gemeinschaftlichkeit*) olması gerekir. (§ 47, s. 114) Yazara göre hâkim görüşün, taksirli suçlarda failler arasında bir anlaşmadan (*Einverständnis*) bahsedilemeyeceği gerekçesiyle bu düşüncüyü reddetmesi yerinde değildir. Zira müşterek faillik için gereken anlaşmanın, mutlaka belli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelmiş olması gerekmez. Buna göre iki işçinin bir inşaat iskelesinden bir kirişi beraberce caddeye atması ve bunun aşağıda caddeden geçmekte olan birini öldüreceğine dikkat etmemeleri durumunda da failler arasında bir anlaşmanın var olduğu kabul edilmelidir. (s.115) Aynı şekilde *Wuttig*, 1910 yılında yazdığı doktora tezinde; geçerli olan Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nda azmettirme (§ 48) ve yardım etmenin (§ 49) sadece kasıtlı suçlarda ceza tehdidi altına alındığını, buna ilişkin açık düzenlemeler olduğunu ancak müşterek faillığe ilişkin (§ 47) kasıtlı ve taksirli suç arasında böyle bir tercihte bulunulmadığını ifade etmektedir. (§ 47: *Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder als Thäter bestraft.*) Yazar buradan hareketle mevcut kanun hükümleri çerçevesinde taksirli iştirakin mümkün olduğunu, taksirli azmettirme ve yardım etmenin kesin olarak cezasız bırakıldığını ancak diğer taraftan (ilgili haksızlık bakımından) taksir sorumluluğunun düzenlenmiş olması kaydıyla, taksirli müşterek failliğin cezalandırılabilmesini savunmaktadır. *Wuttig*, Heinrich Ernst, **Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen**, Breslau, 1902, s. 20. Aynı şekilde *Exner*, taksirli müşterek failliğin öğretide hâkim görüş ve İmparatorluk mahkemelerince kabul edilmemesinin geçerli bir sebebi olmadığı kanaatindedir. Kanun'un 47. maddesindeki birlikte gerçekleştirme şartından hareket eden yazar, iki çalışanın bir çiftlikte öğle yemeğini pişirmek için ateş yaktıkları sırada ahırın yanmasına sebep vermeleri örneğinde, yemek pişirilecek yeri beraber seçen, odunları beraber toplayıp ateşe veren bu iki kişinin, bu eylemi birlikte gerçekleştirmediklerinin kabul edilmesine anlam verememektedir. Bu iki kişi çiftliğin sahibinden intikam almak için ve ahır yakmak amacıyla aynı eylemi gerçekleştirmiş olsaydı müşterek fail olduklarından kimse şüphe duymazdı. Dolayısıyla aynı şekilde gerçekleştirilen eylemin, taksir alanında neden “birlikte gerçekleştirme” bağlamında müşterek faillığe yeterli olmadığı anlaşılamamaktadır. **Exner**, s. 572,573.

⁷³² Öğretide *Renzikowski*, taksirli müşterek failliğin kabulü yönündeki bu erken dönem çabalarının, baskın görüş olan şart teorisi (*Äquivalenztheorie*) karşısında yenik düştüğü kanaatindedir. Zira netice bakımından her şartı hukuken eşit gören bu teori, objektif kriterlerden hareketle suça yapılan katkılar arasında bir ayrıma gidilmesine imkân verememekteydi. Bunun sonucu olarak suça katılanlar arasında yapılacak ayırım ancak subjektif kriterlere göre gerçekleştirilebilirdi ve subjektif teoriye göre bu ayırimda suça iştirak edenlerin iç iradesi dikkate alınmalıydı. Taksirli suçlarda ise suça katılanların iradesi, suçun neticesi dışında bir amaca yöneldiğinden, bu netice bağlamında bir beraberlikten ve dolayısıyla taksirli müşterek faillikten bahsedilemeyecekti. Yazar bu argümanın farklı şekilleriyle de olsa günümüze kadar taksirli müşterek faillik düşüncesine yöneltilen temel itiraz noktasını oluşturduğu kanaatindedir. Bkz. *Renzikowski*, Joachim, “Die fahrlässige Mittäterschaft”, **ZIS** 2021/2, sa. 92-99, (**Renzikowski**, **ZIS** 2021) s. 97.

⁷³³ **BGE 113 IV 58.**

⁷³⁴ **BGHSt 37, 106.**

⁷³⁵ Nitekim *Roxin*, öncesinde sadece birkaç yazar tarafından savunulan bir düşünceyken, özellikle son yıllarda taksirli müşterek faillik kurumunun durdurulamaz bir yükseliş içinde olduğuna işaret etmektedir. Bu yükselişin temelinde ise özellikle ürünlerden doğan sorumluluk (*Produkthaftung*) ve çevre suçları alanında önemli bir rol oynayan, kurul kararlarındaki nedensellik sorunu yer almaktadır. Bu noktada artık oyla alınan kurul kararının

faillikten farklı olarak, grup üyelerinin bireysel katkısı ile netice arasındaki nedensellik bağına olan ihtiyacı ortadan kaldırmakta, birlikte gerçekleştirilen bütün bir fiil (*Gesamttat*) ile netice arasındaki nedensellik bağını isnadiyet değerlendirmesi için yeterli görmektedir. Dolayısıyla kasıtlı suçlardan aşına olunan, müşterek failliğin nedensellik bağını ikame edici etkisinin⁷³⁶ taksirli suçlarda da sonuç doğuracağı savunulmaktadır.⁷³⁷

Taksirli müşterek failliğin geleneksel olarak gündeme geldiği olay gruplarından farklı olarak temelde kasten işlenen suçlarda da uygulama alanı bulması mümkündür. Ancak yargı içtihatlarının da yönlendirmesiyle kavrama ilişkin değerlendirmeler büyük ölçüde yalın taksirli sorumluluk alanında kalmıştır. Bu durum meselenin kasıtlı birlikteliklerle ilgili yönünü belli ölçüde gölgede bıraksa da özellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda tipik neticeye taksirle neden olunan durumlar, kavramın en azından temel haliyle kasten işlenen suçlarda da gündeme gelebileceğinin göstergesidir. Örneğin TCK m. 87/4 bağlamında temel kasten yaralama suçunun müşterek bir suç işleme kararıyla gerçekleştirildiği ancak taksirle neden olunan ağırlaşan neticeye hangi failin eyleminin yol açtığı belirlenemediğinde nedensellik ve isnadiyet çerçevesinde ortaya çıkan sorun için taksirli müşterek faillik figürü yine muhtemel bir çözüm yeri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak meselenin kasıtlı suçlarla yakın bağlantısı bununla sınırlı değildir. Bu çerçevede kasıtlı birlikteliğin neden olduğu taksirli neticenin, mutlaka neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde düzenlenmiş olması gerekmediğine dikkat edilmelidir. Zira genel anlamda kasıtlı suç tiplerinin müştereken işlendiği bir ihtimalde; öngörülebilir başka bir neticeye müşterek faillerce taksirle yol açılması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun varlığından bağımsız olarak suç işleme kararının aşılması, hata ve sapma gibi durumlarla da gündeme gelebilir. Dolayısıyla kasten gerçekleştirilen bir suç, farklı sebeplerle cezai sorumluluğun tayininde taksirli müşterek faillığe başvurulmasını gerektirebilir.

taksirli bir suçun gerçekleşmesine yol açtığı durumlarda, taksirli müşterek failliğin kabul edilmesi nedensellik sorununun kolayca aşılmasına imkân sağlamaktadır. Bkz. **Roxin**, TuT, s. 882.

⁷³⁶ Müşterek failliğin bu yönünü *Açıkgöz* isabetli bir şekilde ortaya koymaktadır: “müşterek faillığe ilişkin düzenleme suç ortaklarının davranışlarının karşılıklı olarak isnat edilmesine ilişkin bir norm olduğundan netice bakımından bireysel katkının doğrudan nedenselliği önem arz etmemektedir.” **Açıkgöz**, s. 262. Aynı yönde bkz. Çelen, Ömer, **Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)**, Adalet, Ankara, 2020, s. 177; Bulut, İlhan, **Suçta Netice**, Ankara, Adalet, 2022, s. 271. Ancak Çakır, müşterek faillerin her birinin tek başına faillikteki gibi nedensel bir katkıda bulunması gerekliliğine işaret ederek farklı bir yaklaşım benimsemektedir: “Müşterek faillikte ise nedenselliği ayrıca tartışmanın bir anlamı yoktur. Failin tek başına işlediği bir suçta nedensellik bağı ne şekilde tespit ediliyorsa müşterek faillikte de aynı şekilde tespit edilir. Önemli olan her bir müşterek failin, işlenen suçta katkısının nedensel olması gerektiğidir.” **Çakır**, s. 143.

⁷³⁷ Öğretide bu sonucu kavramsallaştıran *Puppe*, nedensellik bağını ikame edici nitelikteki taksirli müşterek faillik (*kausalitätsersetzende fahrlässige Mittäterschaft*) düşüncesinin pratik sonuçlarına rağmen, meşru olmadığı görüşündedir. Bkz. *Puppe*, Ingeborg, “Wider die fahrlässige Mittäterschaft”, **GA**, 2004, ss. 129- 146, (*Puppe*, *Fahrlässige Mittäterschaft*), s. 129.

Baştan ifade etmek gerekirse bu çalışmada taksirli müşterek failliğin kavramsal olarak mümkün ve inşa edilebilir olduğu düşüncesi benimsenmekte ve tartışma konusu olayların çoğunda bu hukuki figürün isabetli bir çözüm sunduğu değerlendirilmektedir. Aşağıda meselenin yalın taksir alanında tartışıldığı geleneksel olay grupları, Alman ve İsviçre yargı uygulamasından örnek kararlar çerçevesinde aktarıldıktan sonra esasında kasıtlı müşterek faillerce gerçekleştirilen bir suçun icrası sırasında planlanmayan bir neticeye sebebiyet verilen olaylar üzerinde de durulacaktır. Yargıtay'ın doğrudan taksirli müşterek faillik bağlamında vermiş olduğu bir karara çalışma sırasında rastlanamamıştır. Ancak yüksek mahkeme, müştereken ve kasten işlenen bir suçun sapma sonucunda istenmeyen bir neticeye sebebiyet verdiği önemli bir davada⁷³⁸ dolaylı bir şekilde de olsa konuya ilişkin pozisyonunu belirlemiştir.

Taksirli müşterek failliğin izahı bir anlamda buna alternatif olarak sunulan çözümler ile bu tür faillik kabulüne karşı ileri sürülen itirazların neden isabetli olmadığını izah etmeyi gerektirmektedir. Bu nedenle hukuki figürün reddi yönünde gelişen karşı pozisyonunun argümanları aşağıda özel bir incelemeye tabi tutulacaktır. Ancak tüm bunlardan önce genel anlamda müşterek failliğin çalışmamızla ilgili bazı temel yönlerine işaret edilmesinde yarar görülmektedir. Büyük ölçüde hakimiyet suçları üzerinden yapılacak bu temel açıklamalar, taksirli müşterek failliğin inşasında hangi noktalara dikkat edilmesi gerektiğini ortaya koyacak olması açısından önemlidir.

3.1. Müşterek Failliğin Hukuki Esası

Müşterek faillikte suça ortak olan kişilerin; sadece kendi katkılarından değil diğerlerinin tamamen özgür iradesiyle gerçekleştirdiği haksızlıktan da sorumlu tutulmasındaki istisnai durum, bu faillik türünün esasını isabetli bir şekilde ortaya koyma yönündeki yoğun çabaların sebebi olarak görülebilir. Bu özel müşterek sorumluluğun temeli olarak ileri sürülen her bir görüşün ayrı ayrı incelenmesine imkân bulunmadığından burada bazılarının kısaca geçilmesi ve çalışma açısından önemli görülenler üzerinde daha kapsamlı açıklama yapılması amaçlanmaktadır.

Öğretideki genel kabulün en dışında görülebilecek yaklaşımlardan birinin *Freund*'a ait olduğu söylenebilir. Yazara göre maddi anlamda tipikliğin gerçekleştirilmesiyle ortaya çıkan faillığe, fiil hakimiyeti gibi genel bir kriterle değil özel suç tiplerinin yorumuyla ulaşılmalıdır. Zira genel çerçevede “müşterek fail tipik davranışı”nın (*mittätertatbestandsmäßiges Verhalten*) ne olduğu sorusuna ilişkin nihai bir belirleme yapmak mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle

⁷³⁸ YCGK., E. 1987/229 K. 1987/440 T. 05.10.1987.

burada özel suç tiplerinden soyutlanarak genel bir faillik veya müşterek faillik kriteriyle ele alınmayacak bir sorunla karşılaşmaktadır. Buradaki değerlendirmenin ilgili suç tiplerinin her türlü hususiyetleri dikkate alınarak yapılması gerekir. Dolayısıyla müşterek faillik de özel hükümlere ait bir problemdir.⁷³⁹ Burada özel suç tiplerinin yalnızca doğrudan failliği tarif ettiği ve tipiklik tariflerinde müşterek faillikteki birlikteliği tespiti yarayacak herhangi bir bulguya rastlanamayacağı eleştirisine katılmak gerekir.⁷⁴⁰

Heinrich'in karar birliği (*Entscheidungsverbund*) yaklaşımı da müşterek failliğin objektif unsurlarını dikkate almaması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir. Yazara göre müşterek failler, bu karar birliği sayesinde hayali bir toplam kişilik (*imaginäre Gesamtperson*) meydana getirdikten sonra gerçekleştirilen olay artık bu kişiliğe atfedilir.⁷⁴¹ Ortak suç işleme kararını alan müşterek faillerin olay sırasında orada bulunmaları gerekse de icra aşamasına aktif katılıp katılmadığı veya ne ölçüde katkı sağladığı önemli değildir. Bu nedenle suçu doğrudan bizzat işlemese de örneğin beceriksiz olduğu için ya da ellerini kirletmek istemediği için olayı sadece seyreden kimsenin müşterek fail kabul edilmesi mümkündür.⁷⁴² Zira *Heinrich, Roxin*'in tüm suçlarda faillik için hareket noktası kabul ettiği “merkez figür” tanımının (*Zentralgestalt*) içeriğini, genel olarak fiil hakimiyetiyle değil “karar vericilik” kıstasıyla doldurmaktadır.⁷⁴³ Bu değerlendirmelerin; kanunda birlikte işleme veya gerçekleştirme üzerinden tarif edilen müşterek failliği, neredeyse “birlikte karar verme” noktasına çektiği görülmektedir. Oysa alınan kararın birlikte icrası da bu istisnai müşterek sorumluluğun temel unsurlarından biridir.⁷⁴⁴

3.1.1. Karşılıklı Azmettirme Görüşü

Puppe'ye göre müşterek faillerce gerçekleştirilen bir suç bağlamında faillerden her birinin diğerlerinin eylemlerinden tamamen sorumlu kabul edilmesi ve sanki ilgili suçu bizzat işlemiş gibi cezalandırılabilmesi, meşru bir gerekçeye (*Rechtfertigung*) ihtiyaç duyar.⁷⁴⁵ Bu meşru sebep, müşterek faillerin diğerlerine karşı dolaylı fail olmalarıyla değil azmettiren olmalarıyla doğru bir şekilde izah edilebilir. Ancak müşterek failliğin karşılıklı azmettirme mahiyetinde olduğuna yönelik bir açıklama; azmettirmeye ilişkin hâkim anlayışın

⁷³⁹ **Freund**, §10, kn. 169.

⁷⁴⁰ Bkz. **Roxin**, AT II, § 25, kn. 260; aynı yönde bkz. **Açıkgoz**, s. 180.

⁷⁴¹ Yazar için genel anlamda faillik kriteri, suç tipini gerçekleştirmeye yönelik olay üzerinde karar verici (*Entscheidungssträgerschaft*) konumunda olmaktır. Bu çerçevede doğrudan fail; esas karar verici rolüyle (*Täterschaft kraft originärer Entscheidungssträgerschaft*) dolaylı fail ise kararı üstlenici olarak (*Täterschaft kraft Entscheidungsbühernahme*) fail konumu elde etmektedir. **Heinrich, Manfred, Rechtsgutszugriff und Entscheidungssträgerschaft**, C.H.Beck, München, 2002, (**Heinrich, Rechtsgutszugriff**), s. 285.

⁷⁴² **Heinrich**, Rechtsgutszugriff, s. 289.

⁷⁴³ Daha ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Açıkgoz**, s. 161-162.

⁷⁴⁴ Aynı yönde bkz. **Roxin**, AT II, § 25, kn. 263,264.

⁷⁴⁵ **Puppe**, Tatplan, s. 235. Bunun kolay bir gerekçelendirme olmayacağı yönünde bkz. **aynı yazar**, AT, 22, kn. 6.

kabullerinden hareket edildiğinde isabetli bir bakış açısı olarak değerlendirilemez. Zira hâkim öğretiye göre azmettirme, suça yönelik ilk harekete geçiren davranış için söz konusu olacaktır. Böyle bir kabulde iki kişiden ancak birisi için azmettirme gündeme gelebilir. Bu çerçevede zaten suç işleme kastı olan birinin (*omnimodo facturus*) suçun icrasından önce bu kastı ortadan kalkmadığı sürece azmettirilmesi de mümkün olmayacaktır.⁷⁴⁶ Azmettirmeye ilişkin bu hâkim yaklaşımı isabetli bulmayan *Puppe*, müşterek failliği karşılıklı azmettirme olarak izah ederken bu şeriklik türüne ilişkin farklı bir perspektiften hareket etmektedir. Yazara göre azmettirenin faile suç işleme kararı verdimiş olup olmadığının, genel nedensel kanunlara göre tespit edilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle belli azmettirme hareketlerinin, failin suçu icra etmesine yol açacağı yönünde bir nedensel kanunun varlığı bilinmemektedir. Bunun varsayılması yanlış olduğu gibi, insanın özgürlüğü noktasındaki “postulat” ile de çelişmektedir. Dolayısıyla genelde suç işleme kararının aldırılması şeklinde değerlendirilen azmettiren ve fail arasındaki ilişkinin isabetli bir şekilde tanımlanabilmesi için burada “*azmettirenin faile suç işleme fikrini verdiği, ancak bunu yapıp yapmamayı onun takdirine bıraktığı*” kabul edilmelidir. Nitekim suç işlemeye yönelik karar veren birinin bu plana her zaman sadık kalmadığı da bilinmektedir. Bu yönüyle gerçek anlamda suç işleme kastının ancak fiilin icrasıyla oluştuğuna dikkat edilmelidir. Dolayısıyla azmettirenin esas başarısı, faili suç işlemeye kararlı hale getirmiş olması değildir. Onun asıl başarısını, ilk olarak fiilin icrası anında oluşan ve fiille birlikte gerçekleşen somut suç işleme kastına yol açmasındaki rolünde görmek gerekir.⁷⁴⁷ Bu değerlendirmeler ışığında; azmettirenin katkısından önce suç işlemeye kararlı birinin de eylemle birlikte oluşacak somut suç işleme kastına yönlendirilmesinin mümkün olduğu görülmektedir.

Azmettirmenin; suça iştirak edenlerden hangisinin ilk olarak fiilden bahsettiği veya onu ilk düşündüğünden bağımsız olarak failin fiil anındaki kastını (somut kast) oluşturmayla ilgili olduğu düşünüldüğünde bunun müşterek failler için de geçerlilik bulacağı açıktır. Ortak suç işleme planını birlikte icra edenlerden her biri, diğer faili suçun icrasına azmettirmektedir. Ayrıca suçun icrasına ilişkin yapacakları katkıya ilişkin taahhütleri de failleri suçun icrası sırasında motive edici bir etki göstermektedir. Diğer bir ifadeyle suçu birlikte icra eden failler, üzerinde uzlaşılan ortak kararın etkisi altında hareket etmektedir.⁷⁴⁸ Bu durum müşterek faillerin, sanki kendi haksızlığı gibi diğerlerinin yaptıklarından sorumlu tutulmasının temelini

⁷⁴⁶ *Puppe*, Tatplan, s. 235.

⁷⁴⁷ *Puppe*, Tatplan, s. 235; aynı yazar, AT, § 22, kn. 6.

⁷⁴⁸ *Puppe*, AT, § 22, kn. 6.

oluşturmaktadır. Özetle müşterek faillik, “*karşılıklı azmettirme + suçun icrasına eşit katılım*” şeklinde anlaşılmalıdır.⁷⁴⁹

TCK m. 37’deki müşterek fail tanımına bakıldığında kanun koyucunun bu kişileri tipik fiili birlikte gerçekleşme üzerinden tarif ettiği görülmektedir. Bu tanımla kanunun, müşterek failliği farklı ve bağımsız bir suç işleme biçimi olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Azmettirmede ise suçun işlenmesi fail tarafından gerçekleştirilmekte ve azmettirenin durumu esas haksızlığa bağlı bir şekilde ele alınmaktadır. Dolayısıyla haksızlıkla “doğrudan temas” halinde olmayı⁷⁵⁰ ve kanuni tanım gereği suçu işlemeyi gerektiren müşterek failliğin, karşılıklı azmettirme olarak izahı isabetli değildir.⁷⁵¹ Ayrıca müşterek faillik yapısal olarak da karşılıklı azmettirmeden daha fazlasıdır. Zira gerçekleştirilecek haksızlığa yönelik ortaklaşa bir karara varılması yeterli olmayıp eylemin birlikte icrası gerekmektedir. Bu yönüyle karşılıklı azmettirme görüşü; ortak kararı müşterek failliğin temel kriteri olarak değerlendirirken fiilin birlikte icra edilmesine yönelik gerekliliği önemsizleştirmektedir.⁷⁵²

3.1.2. Karşılıklı Dolaylı Faillik Görüşü

Tarihsel olarak subjektif fail teorisini takip eden Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında benimsenen⁷⁵³ bu yaklaşıma göre müşterek faillerden her biri, diğerinin gerçekleştirdiği katkı bakımından dolaylı failken kendi katkıları nedeniyle doğrudan faildir.⁷⁵⁴ Bu çerçevede dolaylı faillik görüşünün modern temsilcilerinden *Haas*, müşterek failliğin ancak “karşılıklı temsiliyet” olarak izah edilebileceği düşüncesindedir.⁷⁵⁵ Zira müşterek faillerden her biri hem kendisinin hem de başkasının işini yürüten durumundadır. Burada failler diğer suç ortağı adına da hareket ederken sanki bir vekil gibi kendisini onların iradesine tabi kılar ve onlara hizmet eder.⁷⁵⁶ Bu tür bir vekâleten iş görmenin isnadiyeti, “*suç ortaklarının birbirlerine*

⁷⁴⁹ **Puppe**, Tatplan, s. 236. Dolayısıyla azmettirmenin; sadece suçun icrasına katılmama yönüyle müşterek faillikten farklılık gösterdiği ileri sürülmektedir. **Puppe**, AT, § 22, kn. 6. Aynı yönde *Hoyer*’e göre AİCK m. 25/2’de öngörülen suçun birlikte işlenmesi, müşterek faillerin kendi katkılarını gerçekleştireceklerine ilişkin taahhütleri ile diğer failleri kendi katkılarını yerine getirmeye azmettirmeleri halinde gündeme gelecektir. **Hoyer**, in: SK-StGB, § 25, kn. 127.

⁷⁵⁰ **Özgenç**, Suça İştirak, s. 262.

⁷⁵¹ Aynı yönde bkz. **Açıkgöz**, s. 174.

⁷⁵² Aynı yönde bkz. **Renzikowski**, FS-Otto, s. 427.

⁷⁵³ RGSt 58, 279.

⁷⁵⁴ *Haas*, Volker, "Erscheinungsformen und Problematik der teilweisen Mittäterschaft" **JR**, 2014 (3), sa. 104-114 (**Haas**, Mittäterschaft), s. 108.

⁷⁵⁵ *Haas*, Volker, "Kritik der Tatherrschaftslehre", **ZStW**, 2007, 119/3, sa. 519-546, (**Haas**, Kritik), s. 534. Müşterek fail sorumluluğunun karşılıklı temsiliyet (wechselseitige Repräsentanz) düşüncesi üzerine inşa edilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. Kindhäuser, Urs, "Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft", **Festschrift für Alexander Hollerbach**, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, sa. 627-656, s. 645.

⁷⁵⁶ **Haas**, Mittäterschaft, s. 108; aynı yazar, Kritik, s. 534.

*karşılıklı olarak suç işleme kararıyla yetki verdikleri, kendi katkılarını aynı zamanda başkalarının adına da gerçekleştirmelerini sağlayan ortak suç kararıyla temin edilir”.*⁷⁵⁷

Haas’a göre müşterek failler hem kendi adına hem diğerleri adına hareket ederken gerçekleşmesi mümkün olmayacak tarzda birbirinden bağımsız iki “efendi”ye aynı anda hizmet etmiş sayılmaz. Bu nedenle karşılıklı temsiliyet temelinde dolaylı faillik düşüncesinin sorunlu olmadığını tespit etmek gerekir. Bunu sağlayan şey ise failler arasında açık veya örtülü şekilde kabul edilen suç anlaşmasıdır.⁷⁵⁸ Özetle müşterek faillikteki alışılmadık karşılıklı davranış isnadiyetinin dayanağı, faillerin karşılıklı olarak birbirlerini temsil etmeleridir. Bu temsil failleri diğer suç ortaklarından ayırt edilemez bir noktaya getirir. Müşterek faillerin neden diğerlerinin katkısı bakımından dolaylı fail kabul edildiklerini de bu bağlamda ele almak gerekir.⁷⁵⁹

Müşterek failliğin karşılıklı dolaylı faillik temelinde gerekçelendirilmesine yönelik en somut itiraz; müşterek failliği özel olarak düzenleyen kanunun lafzından hareketle ortaya koyulmaktadır. Bu değerlendirme benimsenecek olursa müşterek failler işledikleri suçlardan kısmen doğrudan kısmen dolaylı fail olarak ayrı bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulmadan sorumlu tutulabileceği için, müşterek faillik tanımı lüzumsuz hale gelmektedir. Oysa TCK m. 37/1’de olduğu gibi “*bir başkasını araç olarak kullanan*”dan bağımsız bir şekilde ayrıca fiili birlikte gerçekleştiren faillerden bahsedildiğine göre doğal olarak bununla farklı bir failliğin kastedilmiş olduğunu kabul etmek gerekir.⁷⁶⁰ Karşılıklı dolaylı faillik düşüncesi, fiil hakimiyeti perspektifinden hareketle de eleştirilmektedir. Buna göre müşterek faillerin her biri suçun icrasına kendi sorumluluklarının tamamen bilincinde ve özgür iradeleriyle dahil olduğundan bunların birbirlerini araç olarak kullandığından bahsetmek mümkün değildir.⁷⁶¹ Bu tür bir değerlendirme, müşterek faillerin birbirlerine karşı tamamen eşit konumda suç ortakları olduğu gerçeğiyle uyumsuzdur.⁷⁶² Müşterek faillerin fiil hakimiyeti diğer ortaklar üzerindeki hakimiyetinden değil kendi katkısı vasıtasıyla olay üzerinde tesis ettiği hakimiyetinden kaynaklanmaktadır.⁷⁶³ Son olarak bu yaklaşımın sadece faillığe ilişkin subjektif bir

⁷⁵⁷ **Haas**, Kritik, s. 534-535.

⁷⁵⁸ **Haas**, Kritik, s. 535.

⁷⁵⁹ **Haas**, Mittäterschaft, s. 108.

⁷⁶⁰ Alman hukuku için aynı yönde bkz. **Roxin**, Claus, in: **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 1**, 11. Bs., De Gruyter, Berlin, 2003, (**Roxin**, in: LK), § 25, kn. 155.

⁷⁶¹ **Özgenç**, Suça İştirak, s. 261, 262; **Roxin**, in: LK, § 25, kn. 155. Aynı yönde **Heinrich**, müşterek faillikte birinin kararının diğerinkinden niteliksel açıdan üstün olmadığını, bunlarda herhangi bir eksiklikten bahsedilemeyeceğini ve bu nedenle de ilgili kararların tamamen birbirlerine eşit değerde olduğunu ve bu karar sahiplerinin dolaylı failliğinin söz konusu olamayacağını savunmaktadır Bkz. **Heinrich**, Rechtsgutszugriff, s. 287.

⁷⁶² **Rudolphi**, Mittäterschaft, s. 373.

⁷⁶³ **Roxin**, in: LK, § 25, kn. 155.

perspektiften hareket edilerek savunulabileceği ve subjektif fail anlayışına yönelik itirazların karşılıklı dolaylı faillik için de geçerli olacağı ileri sürülmektedir.⁷⁶⁴

3.1.3. Fonksiyonel Hakimiyet Görüşü

Kanunda ayrıca düzenlenen müşterek failliğin, doğrudan ve dolaylı faillik karşısında bağımsız bir karaktere sahip olduğu ve hakimiyet suçlarında müşterek failliğin harekete hakimiyet ve iradeye hakimiyet dışında “fonksiyonel hakimiyet” ile izah edilmesi gerektiği düşüncesi, esasen *Roxin*’e ait olmakla birlikte⁷⁶⁵ öğretide de büyük ölçüde kabul görmüştür.⁷⁶⁶ *Roxin*’e göre diğer faillik türleriyle temel ayrım noktası, müşterek faillikte suçun iş bölümü esasıyla işlenmesidir. Müşterek failin fiil hakimiyeti, onun suçun icrasında yerine getirdiği fonksiyondan kaynaklanmaktadır. Zira suç planının yerine getirilmesinde faillerden her biri esaslı bir görevi üstlenir ve bu görev suça yaptıkları katkı aracılığıyla faillerin her birine suça yönelik vakaların tamamı üzerinde hakimiyet tesis etme imkânı sağlar. Ex ante bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde faillerin suçun icrasında ifa ettiği “yeri doldurulamaz fonksiyon” (*unersetzliche Funktion*) bir yandan onlara müşterek hakimiyet konumu sağlarken, diğer yandan her bir failin kendine düşen vazifeyi yerine getirmeyerek suç planını akamete uğratma fırsatı verir. Bu nedenle doğrudan faillikteki hareket hakimiyeti ile dolaylı faillikteki irade hakimiyetine karşı müşterek faillikte fonksiyonel hakimiyetten bahsedilmelidir.⁷⁶⁷

Yargıtay kararlarında da fonksiyonel hakimiyet düşüncesinin kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Nitekim Ceza Genel Kurulu sıklıkla, müşterek failliğin hukuki esasını, fonksiyonel hakimiyet yönündeki görüşlere ve özellikle *Roxin*’e atıfla ortaya koymakta ve “fonksiyonel, müessir fiil hakimiyeti” kavramına referans yapmaktadır. Buna göre “müşterek faillik için iki koşul zorunludur. Bunlar birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı fail statüsündedir. Müşterek faillik, suçun icrai hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun icrasına ... bölümü çerçevesinde gerçekleştirmeye müşterek hakimiyeti gerekli kılmaktadır. Her müşterek fail suçun icrasına ilişkin müessir, fonksiyonel katkıda bulunmaktadır. Öyle ki; bu katkı suç planının başarıya ulaşması açısından önem arz etmektedir. Bu itibarla fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulmasının esasını teşkil etmektedir. Fiil üzerinde

⁷⁶⁴ Açıkgöz, s. 172, 173; *Roxin*, AT II, § 25, kn. 243.

⁷⁶⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Roxin*, Claus, "Die Mittäterschaft im Strafrecht", JA, 1979, sa. 519-526, (*Roxin*, JA 1979) s. 520, aynı yazar, TuT, s. 310 vd; AT II, § 25, kn. 188 vd; in: LK, § 25, kn. 154.

⁷⁶⁶ Krş. *Gropp/Sinn*, § 10, kn. 81-86; *Jescheck/Weigend*, § 63 III 1; *Kühl*, § 20, kn. 99; *Rudolphi*, Mittäterschaft, s. 374; *Açıkgöz*, s. 184 vd; *Özgenç*, Suça İştirak, s. 261 vd; *Çakır*, s. 131 vd; *Açıkgöz*, s. 184 vd; *Seelmann*, Kurt, "Mittäterschaft im Strafrecht" JuS, 1980, sa. 571-574, s. 574.

⁷⁶⁷ *Roxin*, AT II, § 25, kn. 188 vd; aynı yazar, in: LK, § 25, kn. 154.

*müşterek hakimiyet kurulup kurulmadığı tayininde suç ortaklarının suçun icrasındaki rol dağılımları ve suçun işlenişine bulunan katkının arz ettiği önem ve zaruret göz önünde bulundurulacaktır. Öyle ki fiilin icrası veya akim kalması müşterek faillerden her birinin elinde bulunmaktadır.*⁷⁶⁸

Yargıtay'ın fonksiyonel hakimiyet yönünde açık bir görüş benimsemiş olmasında TCK m. 37'nin gerekçesinde yer alan açıklamaların payı büyüktür. Zira genel anlamda faillik türlerini düzenleyen bu maddenin gerekçesinde müşterek faillik açıkça fonksiyonel hakimiyet üzerinden açıklanmıştır. Buna göre “*müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır.*”

Fonksiyonel hakimiyet düşüncesini büyük oranda şekillendiren *Roxin*'in hakimiyet ve yükümlülük suçları ayırımına yeterince dikkat edilmediğinden veya bu ayırım benimsenmediğinden çoğunlukla tüm suçlar için geçerli olacak şekilde müşterek failliğin fonksiyonel hakimiyet gerektirdiği şekilde bir yanlış sonuca ulaşılmaktadır. Bu bağlamda TCK m. 37'nin gerekçesindeki açıklamaların, isabetli olmadığı düşüncesindeyim. Gerekçedeki bu açıklamalar; yargı uygulamasında ve öğretide müşterek failliğin fonksiyonel fiil hakimiyeti olmaksızın gündeme gelemeyeceği şeklinde yanlış bir yaklaşımın ortaya çıkmasında etkili olmuştur.⁷⁶⁹ Bu durumda taksirli suçlar gibi herhangi bir fiil hakimiyetinden bahsedilemeyen suçlarda da doğal olarak müşterek failliğin gündeme gelemeyeceği kabul edilmektedir.⁷⁷⁰ Dolayısıyla kendisine yöneltlen diğer itirazlar bir yana⁷⁷¹ fonksiyonel fiil hakimiyeti

⁷⁶⁸ CGK., E. 2022/214 K. 2023/128 T. 8.3.2023; CGK., E. 2023/30 K. 2023/663 T. 13.12.2023; CGK., E. 2019/166 K. 2023/355 T. 14.6.2023; CGK., E. 2022/616 K. 2023/157 T. 15.3.2023; CGK., E. 2023/13 K. 2023/335 T. 7.6.2023; CGK., E. 2021/355 K. 2022/621 T. 6.10.2022; CGK., E. 2022/553 K. 2023/330 T. 7.6.2023.

⁷⁶⁹ Öğretideki bu yaygın yaklaşıma örnek kabilinden *Kantarıcı*, TCK m. 37'nin gerekçesine paralel olarak suç türleri arasında bir ayırım yapmadan genel anlamda müşterek faillik için “*birlikte suç işleme kararı*” ve “*fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet*” şeklinde iki şartın bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. *Kantarıcı*, Nurullah, “*Müşterek Faillikte İcra Hareketlerine Başlama Sorunu*”, *DEÜHFD*, 25(1), 2023, sa. 195-227, s. 195.

⁷⁷⁰ “... *fiil üzerinde hakimiyeti şart kılan müşterek faillik, ancak kasten işlenebilen suçlarda uygulama alanı bulur.*” *Çakır*, s. 318; aynı yönde bkz. *Krş. Demirel*, Bağlılık, s. 112.

⁷⁷¹ Müşterek faillerin olayın tümü üzerinde değil sadece kendi katkıları üzerinde hakimiyet sağlayabileceği, doğrudan ve dolaylı faillikte fail-şerik ayırımı açısından tek başına isabetli bir kıstas olan fiil hakimiyetinin müşterek failliğin gerekçelendirilmesinde yetersiz kaldığı ve bu nedenle fiil hakimiyetine ilaveten müşterek failliğin izahında subjektif unsurlardan da istifade edilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. *Cramer*, Abgrenzung, s. 400 vd. Fiil hakimiyeti temelinde müşterek hakimiyet düşüncesinin, müşterek faillığe ilişkin kanuni düzenlemenin kurucu niteliğini gölgede bırakabileceği yönünde eleştiri için bkz. *Herzberg*, TuT, s. 61. Öğretide *Freund* da fonksiyonel hakimiyet düşüncesine karşı çıkmaktadır. Yazara göre müşterek failler için kontrol edilebilir olan şey sadece genel olaydaki kendi davranışsal katkısıdır. Fiil hakimiyeti öğretisini takip edenler tarafından ileri

düşüncesi, müşterek failliğin hukuki esasını en iyi ihtimalle hakimiyet suçları için izah edebilir. Oysa müşterek faillik, üzerinde büyük ölçüde uzlaşıldığı üzere diğer kasıtlı suçlarda da gündeme gelmektedir.⁷⁷²

3.1.4. Özerklik İlkesinin İstisnası Olarak Kişi Topluluğu Görüşü

Müşterek failliğin hukuki esasını isabetli ve tüm suçlarda geçerli olacak şekilde izah eden kişi topluluğu yaklaşımı, öğretilerde *Renzikowski* tarafından savunulmaktadır. Yukarıda kapsamlı bir şekilde aktarıldığı üzere yazar; öncelikle anayasa ve hukuk sisteminin temel ilkelerinden hareket ederek özgür ve kişisel sorumluluk sahibi insan tasavvurunun kabul edilmesi ve ceza hukukuna konu davranış normlarının da bu çerçevede belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda özgür, kişilerin kendi sorumluluğu altında yani özerk-otonom gerçekleştirilen hareketlerin bir rücu yasağı oluşturduğunu savunan yazar, otonomi ilkesinin isnadiyet için temel bir prensip oluşturduğu kanaatindedir. Yazara göre müşterek faillik, rücu yasağından sapma anlamına geldiğinden otonomi prensibi burada genişlemeye ihtiyaç duyar. Zira kendi sorumluluğunda ve dolayısıyla otonom hareket eden her bir failin davranışı, normalde bir rücu yasağı oluşturmaması gerekirken burada diğer suç ortağına isnat edilmektedir. Dolayısıyla kanunda müşterek faillığe ilişkin düzenleme, isnadiyet bakımından kurucu bir niteliğe sahip olup otonomi ilkesinin genişletilmesi mahiyetindedir. Eğer kanundaki müşterek faillik tanımı, halihazırda olayın tümü üzerinde tamamen fiil hakimiyetine sahip kişilere yönelik olsaydı ilgili düzenleme lüzumsuz bir ilave sayılabilirdi. Oysa burada normalde rücu yasağına takılacak kişilerin, ceza sorumluluğunu artıran ve bu yönüyle kurucu niteliği haiz bir tanımdan bahsetmek gerekir.⁷⁷³ Bu tanım sayesinde tüm özel suç tipleri, “*bizzat işleme*”ye ilaveten “*birlikte işleme*”yi de kapsamına alacak şekilde genişletilmiştir. Müşterek faillik normunun önemli bir amacı ise “*belirli koşullar altında, yani ortak bir planın uygulanması için iş bölümüne dayalı işbirliği halinde, bireysel katkının nedenselliğinin kanıtlanmasından feragat edilmesidir.*” Yazar bu değerlendirmelerin taksirli müşterek faillik için de geçerli olacağı görüşündedir.⁷⁷⁴

*Renzikowski*ye göre müşterek failliğin temelini suça katılanların vücut verdiği kişi topluluğu oluşturmaktadır. Dolayısıyla müşterek faillikte isnadiyetin süjesi bireysel katkı sunan

sürülen fonksiyonel fiil hakimiyeti, varılan her sonucu “gerekçeleştirme”ye yarayan ancak fail-şerik ayrımında sadece yüzeysel bir çözüm imkânı sunan “boş bir formül” (*Leerformel*)’dür. Bkz. **Freund**, § 10, kn. 161.

⁷⁷² Bu noktada müşterek faillik, ilgili suçların yapısına uygun bir formda ortaya çıkmaktadır. Örneğin yükümlülük suçlarında müşterek faillik için bkz. **Sanchez-Vera**, s. 158 vd.

⁷⁷³ **Renzikowski**, Retriktiver, s. 100; aynı yazar, FS-Otto, s. 428. Müşterek faillik düzenlemesinin, otonomi ve bireylerin öz sorumluluğu (*eigenverantwortlichkeit*) ilkelerinden ayrılma mahiyetinde istisnai ve cezalandırmayı genişleten bir fonksiyonu olduğu yönünde ayrıca bkz. **Steckermeier**, s. 26.

⁷⁷⁴ **Renzikowski**, FS-Otto, s. 428.

failler değildir. Burada kanun, belli şartlar altında bireylerin bir araya gelerek meydana getirdikleri bir kolektiviteyi dikkate almaktadır. Birlikte gerçekleştirilen eserin tamamı bir bütün olarak bu topluluğa isnat edilecektir. Kişi topluluğuna dahil olanların her biri de topluluğun eserinden sorumlu tutulacaktır. Buradaki sorumluluk ise sadece bireysel suçtan kendi payına düşenle sınırlı değildir.⁷⁷⁵ Bu anlamda müşterek faillikte gündeme gelen kişi topluluğunun azmettirmeden farkı, ortak eylem planı aracılığıyla topluluğu meydana getirenlerin, karşılıklı ve sözleşme benzeri bir ilişki içinde kolektivitenin eşit ortakları şeklinde ortaya çıkmasıdır.⁷⁷⁶

Bu bağlamda kişi topluluğu temelinde istisnai bir isnadiyet modeli olan müşterek faillik için, faillerin mutabakatı ile kararlaştırılan ve her birinin kendi eylemleriyle ayrıca katkı sağlaması gereken ortak eylem planının, yani kararlaştırılan ortak projenin bir suçun tipikliğine (en azından taksirli bir suçun) dahil edilebilir olması gerekir. Burada karşılıklı temsilden ziyade, her bir müşterek failin ortak eylem projesini (*gemeinsame Handlungsprojekt*) temsil ettiği kabulü daha isabetlidir.⁷⁷⁷

3.1.5. Kanuni Düzenlemenin Kurucu Niteliği Bağlamında Değerlendirme

Kanaatimce kişi topluluğu temelinde müşterek failliğin; otonomi prensibini ve rücu yasağını genişleten kanuni bir istisna olduğu yönündeki görüş, kanunun genel hükümler kısmında yer verilen müşterek faillik düzenlemesinin kurucu niteliğine de daha uygun düşmektedir. Nitekim öğretide ekseriyetle kabul edildiği üzere müşterek failler, -en azından iş bölümü ihtimalinde- her biri halihazırda ilgili suç tipini kendi başına gerçekleştiren ve bu yönüyle birlikte hareket etmeden de fail olabilen kişiler değildir.⁷⁷⁸ Tam aksine müşterek faillik tespitindeki hususiyet, esas olarak suç tipini tek başına gerçekleştirmeyen kişilerin fail konumuna getirilmesidir. Dolayısıyla müşterek faillğe yönelik bir kanuni düzenleme olmadan bu kişilerin failliği gündeme gelemeyeceğinden kanundaki müşterek faillik düzenlemesinin (TCK m. 37/1, AICK, m. 25/2) bildirici değil kurucu nitelikte olduğu kabul edilmelidir.⁷⁷⁹

Bu yaklaşımın TCK bakımından benimsenmesi daha da kolaydır. Zira kanun bizzat işlemeye karşılık gelen, “olağan” yani doğrudan faili tanımlamamış bunun yerine “sıradışı”

⁷⁷⁵ Renzikowski, Restriktiver, s. 101.

⁷⁷⁶ Renzikowski, Restriktiver, s. 101.

⁷⁷⁷ Renzikowski, ZIS 2021, s. 96.

⁷⁷⁸ Aksi halde müşterek faillik, suçu işlemenin gereksiz ve ilave bir formu olarak görülebilir. Bkz. Bock, Dennis, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Bs., Springer, Berlin, 2021, § 5, kn. 202.

⁷⁷⁹ Dencker, s. 137, 138; Steckermeier, s. 26; Herzberg, TuT, s. 60; Hoyer, in: SK-StGB vor § 25, kn. 15. Müşterek faillik tanımının kısmen açıklayıcı kısmen kurucu nitelikte olduğu yönünde ayrıca bkz. Krey/Esser, kn. 804.

faillik türlerine odaklanmıştır. Özel suç tiplerinin doğrudan faili tarif ettiği dikkate alındığında bu düzenleme tercihinin isabetli olduğu değerlendirilmelidir. Burada kanun, özel suç tiplerini bizzat gerçekleştirmeyen kişilerin hangi durumlarda fail olarak sorumlu tutulabileceğine ilişkin istisnai bir düzenleme öngörmektedir. Bu çerçevede m. 37/1'e göre "fiilin birlikte gerçekleştirilmesi" de "bizzat gerçekleştirme"ye denk bir sorumluluk gerektirir.⁷⁸⁰

"Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirme" üzerinden öngörülen bu tanımın kurucu mahiyette olduğu tezi, müşterek failliğin hukuki esasına yönelik görüşlerin tutarlılığını test etmek açısından önemlidir. Burada en çetin sınama, özellikle Türk ceza hukukundaki baskın konumu dikkate alındığında fonksiyonel fiil hakimiyeti yaklaşımı için gündeme gelmektedir. Zira eğer faillerden her biri kendi kısmi katkılarının esaslı fonksiyonu sayesinde suç tipini gerçekleştirmeye yönelik olayın tamamı üzerinde fiil hakimiyeti tesis ediyorsa bu kişilerin fail kabul edilmesi için ayrıca kurucu nitelikte kanuni bir düzenlemeye neden ihtiyaç olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır.⁷⁸¹

Bu noktada hukuk kurallarının ve kavramlarının değerlendirilmesinde; bunların hayatın gerçekliği ve halihazırda var olan toplumsal düzen prensipleriyle ilişkisine dair benimsenen metodoloji önemli farklılık meydana getirmektedir. Bu çerçevede ontolojik yaklaşım; hukuk kavramlarının içeriğini "*hukuka takaddüm eden ontolojik veya sosyal anlam yapılarına başvurarak*" belirler.⁷⁸² Bu metodolojide hukuk, kendisine konu ettiği materyali dönüştürme ve ona yeni bir anlam kazandırma rolüne sahip değildir. Dolayısıyla esas odak noktası, hukuk tarafından düzenlenen alanlarda hukuka ön gelen ve onun zemini oluşturan düzen prensiplerinin ortaya çıkarılmasıdır.⁷⁸³ Bu çerçevede hukuka ontolojik bir perspektifle yaklaşan ve final fiil

⁷⁸⁰ Bu bağlamda kanun lafzının da kurucu nitelik tezini destekleyici nitelikte olduğu ileri sürülmektedir: "*Zira dikkat edileceği üzere, maddede, faillğe ilişkin bir tanım yapılmamış, suçu birlikte gerçekleştirenlerin "fail olarak sorumlu" olacakları hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla TCK m. 37/1 münferit suçların tipikliğini genişleten bir nitelik arz etmektedir*". Bkz. **Açıkgöz**, s. 193.

⁷⁸¹ Krş. **Herzberg**, TuT, s. 61. Müşterek failliği fonksiyonel hakimiyetle izah eden **Açıkgöz**, bunun en azından ilk bakışta TCK m. 37/1'in kurucu nitelikte olduğu düşüncesiyle çelişiyor gibi görülebileceğini kabul eder. Bkz. **Açıkgöz**, s. 192.

⁷⁸² **Roxin**, TuT, s. 15, 16.

⁷⁸³ Ontolojik metodolojinin önemli temsilcilerinden olan **Schmitt**'e göre; "hukuk düzeni" kavramında yer alan hukuktan sadece norm, kural veya kanun anlaşılacak olursa bu tür bir normativist bakış açısı, tüm düzenin "*yalnızca kuralların ve yasaların bir özeti ya da toplamı*" haline dönüşmesine yol açar. Oysa hukuk düzenindeki kelime birleşimi dahi somut düzenden hareket edildiğinde hukuktan anlaşılması gerekenin bir hukuk kuralı olmadığını, hukuk kavramının kendinden bağımsız bir kavram olan "düzen"den hareketle değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Yazarın "somut düzen" fikrinde (das konkrete Ordnungsdenken) düzen, kurallar veya yasaların bir bütünü anlamına gelmez. Tam aksine bunlar, halihazırda mevcut ve toplumda canlı olarak varlığını sürdüren düzenin bir bileşeni ve enstrümanıdır. Dolayısıyla bir düzen yaratma imkânı olmayan norm veya kural, mevcut düzen temelinde ve çerçevesinde sadece belirli bir regülatif fonksiyon yerine getirir. **Schmitt**, Carl, **Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens**. 4. Bs., Duncker & Humblot, Berlin, 2023, s. 12-13.

hakimiyeti öğretisiyle fiil hakimiyeti düşüncesinin kurucularından sayılan *Welzel*⁷⁸⁴; fail kavramını “*eylemin ontolojik olarak önceden belirlenmiş ve dolayısıyla değiştirilemez yapısı*”ndan hareketle ele almaktadır.⁷⁸⁵ Yazara göre failliğin nedensellik üzerinden belirlendiği taksirli suçlardan farklı olarak kasıtlı suçlarda final hareket söz konusudur. Faillik ve şeriklik arasındaki ayrım da sadece bu final suç tiplerinde mümkün ve gereklidir.⁷⁸⁶ Bu final suç tiplerinde ise faillik, final fiil hakimiyetinin en kapsamlı şeklidir. Yine final hareket süjesi konumundaki şeriklerin de belli oranda fiil hakimiyetine sahip olduğu doğruysa da bu yalnızca kendi katılımları üzerinde söz konusu olabilir. Bunlardan açıkça ayrılan final faillikte (*finale Täterschaft*) kişi, *kendi kararının, bunun icrasının ve dolayısıyla da varlığını ve oluş şeklini bir amaca matuf biçimde tasarladığı kendi fiilinin efendisidir.*⁷⁸⁷ Kendi fiilinin efendisi olan final fail ile başkasının fiiline katılan arasındaki yapısal farklılığın kökenini, “*pozitif kanuni düzenlemelerde değil sosyal hayatın içindeki temel final hareket görünümünde*” aramak gerekir. *Welzel*’e göre final hareket görünümündeki bu temel farklılıklar, kanun koyucunun bir ürünü değil söz konusu birlikteliğin gerçek görünümüleri olduğundan bu temel farklılıkların kanunla bile ortadan kaldırılması mümkün değildir.⁷⁸⁸ Bu çerçevede kanun koyucunun; gerçeklikten kopuk bir şekilde tüm final şeriklik türlerini genel bir faillik kavramına dahil etmesi ihtimalinde; söz konusu fail kavramı, olgusal ve terminolojik açıdan uygulanamaz hale gelecektir. Nitekim “*dil ve toplumsal bilinç terminolojik yapay ürünlere (terminologische Kunstprodukte) değil gerçek tezahürlere (wirkliche Erscheinungsformen) bağlı kalacağından*” burada toplumda karşılığı olmayan (*unvolkstümlich*) bir fail kavramı ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla pozitif kanun koyucu, öngörülen ceza açısından şerikliği faillğe eşitleyebilirse de bu suretle “başkasının fiiline katılım”ı gerçek bir faillğe dönüştürdüğü düşüncesine kapılmamalıdır.⁷⁸⁹

Yazarın final hareket bağlamında fiil hakimiyetine ve faillik kavramına ilişkin yaptığı açıklamalar, benimsediği ontolojik hukuk metodolojisiyle yakından ilişkilidir. Zaten bu metodolojide fail kavramının, “*hukuka takaddüm eden ontolojik yapılara (ontologischen Strukturen) veya sosyal anlam formlarına (sozialen Sinngebilde) başvurarak*” belirlenmesi beklenir.⁷⁹⁰ Ancak fail bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde suç ortaklarının eş fiil hakimiyeti

⁷⁸⁴ Fiil hakimiyeti kavramının ortaya çıkışı ve teorisinin kurucuları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Açıkgöz**, s. 127 vd.

⁷⁸⁵ **Roxin**, TuT, s. 19.

⁷⁸⁶ **Welzel**, System, s. 539, 540.

⁷⁸⁷ **Welzel**, System, s. 539.

⁷⁸⁸ **Welzel**, System, s. 539.

⁷⁸⁹ **Welzel**, System, s. 540.

⁷⁹⁰ **Roxin**, TuT, s. 16.

sahibi olduğu, diğer bir ifadeyle suç üzerindeki final fiil hakimiyetinin tek bir kişide değil birkaç kişide birlikte bulunduğu⁷⁹¹ durum için, kanundaki müşterek faillik düzenlemesinin sadece bildirici bir nitelik taşıdığı sonucuna varılmalıdır. Zira müşterek faillik zaten gerçek hayattaki “*en kapsamlı final fiil hakimiyeti*” görünümünden biridir. Var olanın içeriğini değiştiremeyen bir düzenlemenin, sorumluluğu kurucu bir etki göstermesi de beklenemez.⁷⁹²

3.2. Karşılıklı Isnadiyetin Kapsamını Belirleyen Ortak Eylem Kararı ve Aşım (Exzess)

Ortak suç planı, müşterek failliğin karşılıklı isnadiyet fonksiyonu bakımından sınırlandırıcı bir işlev görmekte ve ancak bu planının kapsadığı davranışlar bakımından müşterek faillere diğer suç ortaklarının yaptıkları isnat edilebilmektedir.⁷⁹³ Dolayısıyla ortak suç işleme kararı sadece karşılıklı isnadiyet için bir temel oluşturmamakta aynı zamanda bunun sınırlarını da tayin etmektedir.⁷⁹⁴ Sınırın aşıldığı yerde ortak bir plandan ve dolayısıyla ortak bir eylemden bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁷⁹⁵ Bu çerçevede aşım, kast ile de yakından ilgilidir. Zira “*suç planı kapsamında olmayan eylemler, kastı ortadan kaldıran bir aşım sebeptir*”.⁷⁹⁶ Örneğin bir eve girerek kasada bulunan kıymetli eşya ve paraları çalmak üzere anlaşılan suç ortaklarından B’nin, evden çıkmak üzereyken beklenmedik bir şekilde salonda bulunan porselen vazoları kırması; aşım niteliğinde bir eylem olup diğer fail A’ya isnat edilemeyecektir. Mala zarar verme suçundan sadece B sorumlu tutulacaktır.⁷⁹⁷

Müşterek faillikte ortak kararın dışına çıkılması, objektif anlamda bir aşım mahiyetindeyse karşılıklı isnadiyeti sınırlandırıcı bir etki gösterir. Diğer taraftan faillerden birinin, objektif bakımdan ortak kararın sınırları içinde kalarak ancak daha en başta veya suçun icrası sırasında diğerlerinden farklı bir kastla veya ilave bir manevi unsurla hareket etmesi

⁷⁹¹ Welzel, System, s. 549; aynı yazar, Strafrecht, s. 107.

⁷⁹² Burada Roxin tarafından benimsenen karma metodolojinin kendi içinde daha tutarlı bir açıklama getirdiğini söylemek mümkündür. Buna göre ontik olarak toplumsal bilinçte varlığını sürdüren fail tasavvuruyla yetinilmemeli kanun koyucunun değerlendirici bakış açısıyla faile verdiği anlam da dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla müşterek faillerin, olayın tümü üzerinde hakimiyet tesis etmesi ontik açıdan toplumsal bilinçteki fail tasavvuruna karşılık gelse de bunun ayrıca kanun koyucunun iradesiyle örtüşmesi gerekir. Zira hayatın gerçekliği içinde var olan ve yapısal anlamda diğer faillik türlerindeki fiil hakimiyeti modellerinden farklılık gösteren müşterek failliğin ve ortak fiil hakimiyetinin; hareket hakimiyeti ve irade hakimiyetiyle hukuki sonuçları itibarıyla eşitlenip eşitlenmeyeceği aynı zamanda kanun koyucunun değer yargısıyla ilgili bir meseledir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Roxin, TuT, s. 22 vd; Roxin, in: LK, § 25, kn. 157. Bu yaklaşımla Açık göz, kanundaki müşterek faillik düzenlemesinin bildirici değil kurucu nitelikte olduğunu izah edebilmektedir. TCK m. 37/1’deki düzenleme, toplumun bilincinde var olan bir faillik türünün kanun koyucu tarafından kabul edilmesi anlamına gelir. Açık göz, s. 192.

⁷⁹³ Rengier, § 44, kn. 23; Roxin, AT II, § 25, kn. 194.

⁷⁹⁴ Açık göz, s. 232; Krş. Herzberg, TuT, s. 62; Kindhäuser/Zimmerman, § 40, kn 19; Köhl, § 20, kn. 117; Wessels/Beulke/Satzger, kn. 826.

⁷⁹⁵ Roxin, AT II, § 25, kn. 194.

⁷⁹⁶ Rengier, § 44, kn. 23. Burada aşım mahiyetindeki fiile yönelik diğer müşterek fail ya da faillerdeki kast eksikliğinin, genellikle müşterek cezalandırmanın önündeki engel olduğu yönünde bkz. Rengier, § 44, kn. 23.

⁷⁹⁷ Heinrich, AT, kn. 1232.

mümkündür. Bu bağlamda müştereken gerçekleştirilen bir yaralama olayında faillerden biri ortak kararın kapsamında kalan bir saldırıyı öldürme kastıyla gerçekleştirebilir.⁷⁹⁸ Kasten yaralamanın kararlaştırıldığı bir olayda suç ortaklarından A'nın mağduru tutması, B'nin ise öldürme kastıyla mağdurun başını hedef alan peş peşe sert yumruk darbeleri gerçekleştirmesi buna örnektir.⁷⁹⁹ Benzer şekilde TCK m. 81 anlamında kasten öldürme suçunun müştereken icrası sırasında ölümcül saldırı, mağdurun kan davalısı olduğunu fark eden faillerden biri tarafından kan gütme saikiyle gerçekleştirilmiş olabilir. Bu tür olaylarda diğerlerinden farklı bir kast, amaç veya saikle hareket eden fail, eyleminin meydana getirdiği ilave haksızlıktan müstakilen sorumlu tutulacaktır. Ancak bu ilave haksızlıklar bir kenara bırakıldığında objektif anlamda ortak kararın kapsamında kalan katkıların diğer müşterek faillere isnat edilmesi mümkündür.⁸⁰⁰ Bu noktada kısmi müşterek faillik gündeme gelir.⁸⁰¹ Dolayısıyla yaralama örneğinde A ve B müştereken kasten yaralama suçunu işlemiştir. Öldürme kastıyla hareket eden fail ise ayrıca kasten öldürmeye teşebbüs suçunu gerçekleştirmiştir. Bu nedenle ceza sorumluluğu içtima kuralları çerçevesinde belirlenmelidir.

Objektif anlamda bir aşımın tespitinde ise özellikle *eylem planının açık bir şekilde belirlendiği ve duruma uygun reaksiyonlar için alan bırakıldığı* hallerde dikkatli bir inceleme yapılmalıdır. Kararlaştırılardan sapma niteliğindeki her eylemin aşım olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesine bu tür açık suç planları bakımından daha fazla itibar edilmelidir.⁸⁰² Nitekim ortak suç planının müşterek faillerin davranışlarına ilişkin tüm ayrıntıları ihtiva etmesi de gerekmez.⁸⁰³ Bu çerçevede kendilerine bu özgürlük tanınmış olan faillerin, somut olayın koşullarına göre verdiği tepkiler ve yaptığı hareketler, plana uygun oldukları sürece ortak kararın kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁰⁴ Açık suç planına ilişkin *Rengier*'in verdiği örnekte müşterek failler, “*mağdura nazik davranmama*” veya “*mağduru*

⁷⁹⁸ Heinrich, Manfred, “Körperverletzung mit Todesfolge bei Exzess des Mittäters; Durchentscheidung in der Revisionsinstanz” *NStZ* 2005, (Heinrich, *NStZ* 2005) 96.

⁷⁹⁹ Burada ölüm neticesi faillerden biri tarafından kasten gerçekleştirilmiş olsa dahi diğerinin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumluluğunun ihtimal dahilinde olduğuna dikkat edilmelidir. Eğer diğer failin ölüm neticesine ilişkin taksiri tespit edilirse ikisinin de TCK m. 87/4'teki suçu müştereken gerçekleştirildiği değerlendirilerek karşılıklı isnadiyet yapılabilecektir. Nitekim öğretilde Heinrich, bu duruma işaret etmek adına şu tespit de bulunmaktadır: “*Dışarıdan bakıldığında eylemleri hala müşterek yaralama suçu çerçevesinde kaldığı süreç, yalnızca subjektif düzeyde olan aşım ve bu aşımın failinin kasten öldürme veya onun nitelikli halinden sorumlu olması, diğer iştirakçilerin AİCK m. 227. uyarınca (ölümle sonuçlanan kasten yaralama) mağdurun ölümünden sorumlu tutulma olasılığını değiştirmez.*” Heinrich, *Nstz* 2005, 96.

⁸⁰⁰ İsfen, s. 1088.

⁸⁰¹ Açıkgöz, s. 206.

⁸⁰² İsfen, s. 1088.

⁸⁰³ Roxin, AT II, § 25, kn. 196.

⁸⁰⁴ Açıkgöz, s. 232 vd.

dirençsiz hale getirme” yönünde bir anlaşmaya varmaktadır. Böylece kararlaştırılanın nasıl gerçekleştirileceği noktasında suç ortaklarına belli bir serbest hareket alanı tanınmaktadır.⁸⁰⁵

Somut olayda sınır aşımını tespit ederken faillerin aşım mahiyetindeki davranışlara ilişkin olası kastı da dikkate alınmalıdır.⁸⁰⁶ Her ne kadar aşım ilişkin açık bir ortak karar alınmadıysa da somut olayda faillerin bunu göze alarak hareket ettiği tespit ediliyorsa burada karşılıklı isnadiyetin olası kast temelinde uygulanması mümkün olacaktır.⁸⁰⁷ Dolayısıyla olası kast seviyesinde bir uzlaşma söz konusu değilse ortak kararın faillerden biri tarafından aşıldığı değerlendirilmelidir. Bu noktada gerçekleştirilen aşım davranışı ve onun meydana getirdiği ilave neticeler diğer faile isnat edilemeyecektir.

Ancak ortak kararın kapsamında hareket eden faillerden birinin eylemi, istenmeyen bir neticeye yol açmış olabilir. Bu bağlamda eğer faillerin her birine taksir suçlaması yapılabiliyorsa neticeye neden olan davranış diğerlerine de isnat edilebileceği için taksirli müşterek faillik gündeme gelecektir. Dolayısıyla baştan beri istenmeyen bir neticeye neden olan bireysel davranışın, ortak kararın kapsamında kalıp kalmadığı bu açıdan oldukça önemlidir. Eğer aşım söz konusuysa artık neticeyi doğuran hareket, bir bütünün parçası olarak görülemeyeceği için kast veya taksir bağlamında karşılıklı isnadiyet gündeme gelmeyecektir. Herkes ortak karara uygun hareket etmişse istenmeyen netice; müştereken yaratılan bir riskin neticede gerçekleşmesi şeklinde kabul edilebilir. Bu durum taksirli müşterek failliğin gündeme geldiği durumlardan birisi olarak aşağıda incelenecektir.

3.3. Müşterek Faillik ve Nedensellik

Müşterek failliğin bireysel katkılar açısından nedensellik bağıını ikame edici etkisi genelde kabul edilse bireysel katkılarının nedenselliğini müşterek faillik için şart koşan karşı azınlık görüş de öğretide temsil edilmektedir. *Puppe*’nin, “*müşterek faillik için bireysel katkılarının nedenselliği şarttır*” şeklinde özetleyebileceğimiz değerlendirmesi⁸⁰⁸ bu bağlamda ele alınmalıdır. Aynı yönde *Rotsch*, müşterek failliğin objektif unsurları itibarıyla “esaslı” (*wesentlich*) katkıdan ne anlaşılması gerektiği tartışmasında, yalnızca ex-post bir perspektifle netice bakımından nedensel olduğu tespit edilen katkılarının esaslı olma açısından değerlendirilebileceğini savunmaktadır. Zira -neticeli suçlarda- hareketin nedenselliği, cezai

⁸⁰⁵ **Rengier**, § 44, kn. 24.

⁸⁰⁶ Krş. **Açıkgöz**, s. 236; **Rengier**, § 44, kn. 24.

⁸⁰⁷ *Açıkgöz*’ün verdiği örnek üzerinden ifade etmek gerekirse tehdit eylemi üzerinde anlaşılan faillerin olay yerine silahla birlikte gelmesi ve bunlardan birinin tehdit sırasında silahını kullanması durumunda, silah kullanımına ilişkin açık bir karar söz konusu değilse de her birinin bu yönde olası kastla hareket ettiği söylenebilir. Bkz. **Açıkgöz**, s. 236.

⁸⁰⁸ **Puppe**, AT, § 2, kn. 12; **Puppe**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 131.

sorumluluğun asgari şartıdır. Ancak bu şartı sağlayan katkılar arasında esaslı olma açısından bir derecelendirme yapılabilir.⁸⁰⁹ Müşterek faillik bireysel nedenselliğe bağlı hale getirildiğinde ilave müşterek failliğin kabul edilmemesi de doğal karşılanmalıdır.⁸¹⁰ Ancak bu yaklaşım, müşterek failliği “*birden fazla tek başına faillik*” gibi basit bir iştirak modeline dönüştürmektedir.⁸¹¹

Kanaatimce müşterek failliğin kabulü, tam aksine bireysel katkılarının nedenselliğine duyulan gerekliliği ortadan kaldırmaktadır. Zira bu iştirak türünde önemli olan, bireysel katkılarının değil “*bütün eylem*”in netice bakımından nedensel olmasıdır.⁸¹² Nitekim Alman ceza hukukunda hâkim görüş müşterek failliğin nedensellik bağını ikame edici bir etkisi olduğunu kabul etmektedir.⁸¹³ Bu durum müşterek failliğin karakteristiğini⁸¹⁴ ortaya koyan “*karşılıklı isnadiyet*”in de doğal bir sonucudur. Bunun en iyi anlaşılabilirdiği örnekler, öğretide ilave müşterek faillik (*additive Mittäterschaft*) ile alternatif müşterek faillik (*alternative Mittäterschaft*) olarak adlandırılan birlikteliklerde karşımıza çıkmaktadır.⁸¹⁵

Nitekim Herzberg’in ilave müşterek faillik bağlamında kurguladığı meşhur olayda, 20 kişilik bir suikastçı grup, savunma Bakanı olan M’nin bir kasabayı ziyareti sırasında, olay yerine uzak bir evden yapacakları atışla onu öldürmeyi planlamaktadır. Suikastın başarı şansını artırmak için evin pencerelerine hizalanan bu 20 kişi bakanın ortaya çıkmasıyla aynı anda atış gerçekleştirmiştir. Yapılan incelemede ölünün cesedinde çok sayıda mermi bulunmuş ancak mermilerden bazıları hiç isabet etmemiştir. Sonuçta mağdurun ölümüne yol açan mermilerin

⁸⁰⁹ Rotsch, Gemeinsames, s. 898.

⁸¹⁰ Bkz. Becker, Christian, **Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft**, Nomos, Baden-Baden, 2009, s. 167.

⁸¹¹ Krş. Renzikowski, Restriktiver, s. 287. Aynı yönde Greco, Puppe’nin iki noktayı birbirine karıştırdığı kanaatindedir: *ortak eylem* (gemeinsame Handeln) ve *nihai sonuç* (der Enderfolg). Buna göre müşterek faillikte bireysel katkılarının nedenselliği iki hususla ilişkili olarak değerlendirilebilir. Bunlardan ilkinde, yani bireysel katkılarının ortak eylem üzerindeki nedenselliğinde bir sorun yaşanmamaktadır. Ortak eylem üzerinde nedensel bir etki göstermeyen, ortak eyleme katkı sağlamayan kişinin zaten müşterek fail olarak kabul edilmesi mümkün olmaz. Ancak taksirli müşterek faillik taraftarlarının üzerinde durduğu nokta başkadır. Burada tartışılan, bireysel katkılarının netice üzerindeki etkisidir. Bu ikinci noktada Puppe’nin tespiti kabul edilemez. Zira öğretide ilave müşterek faillik olarak değerlendirilen olaylar bağlamında kasıtlı suçlarda da bireysel katkısı netice üzerinde nedensel bir etki meydana getirmeyen kişiler müşterek fail olarak kabul edilmektedir. Greco, Luis, “Fahrlässige Mittäterschaft? Eine Kritik”, in: **Jahrbuch für Recht und Ethik**, 2019/27, (Greco, Kritik), s. 365.

⁸¹² Benzer yönde bkz. Greco, Luis, “Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten”, **ZIS**, 8-9/2011, sa. 674-691, (Greco, Unterlassungsdelikten), s. 687.

⁸¹³ Bu çerçevede sonuç itibarıyla ex post bir değerlendirmede nedensel olmadığı ortaya çıkan katkılar, suçun icrası sırasındaki fonksiyonundan hareketle “esaslı” kabul edilebilir. Dolayısıyla müşterek faillerce ortaya konulan bireysel katkılarının nedenselliği gerekli olmayıp, bir bütünlük içinde bu (esaslı) katkılarının tamamıyla netice arasındaki nedensellik yeterli olacaktır. Roxin, AT II, § 25, kn. 212, 213. Aynı yönde bkz. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 25 kn. 80.

⁸¹⁴ Bu tespit için bkz. **Jescheck/Weigend**, § 63, IV, kn. 2.

⁸¹⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özgenç**, Müşterek Faillik, s. 165 vd; **Açıkgöz**, s. 263 vd.

kim tarafından atıldığı ise tespit edilememiştir.⁸¹⁶ Mağdurun hangi atıştan sonra öldüğü ve hangi mermilerin isabet ettiği tespit edilemediğinden, yan yana faillik ihtimalinde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği herkesin teşebbüsten sorumlu tutulması ihtimali doğacaktır. Ancak olayda suça katılanlar, birlikte hareket ettiğinden müşterek fail kabul edilecek ve bireysel katkıların ispatına ihtiyaç kalmayacaktır.⁸¹⁷ Burada aksi bir sonuca ulaşmak, müşterek failliğin en önemli fonksiyonunu işlevsiz hale getirecektir.⁸¹⁸

Alternatif müşterek faillğe ilişkin örnek olayda ise M’yi öldürmek isteyen A ve B, mağdurun her zaman aynı yoldan geçmediğini bildikleri için, muhtemel iki farklı yolda gizlenmekte ve nihayetinde M, A’nın gizlendiği yoldan geçerken A tarafından ateş edilerek öldürülmektedir.⁸¹⁹ Nitekim bu olay bağlamında dahi müşterek failliğin nedensellik bağıını ikame edici etkisi kabul edilebilmektedir.⁸²⁰

Bu açıklamalar ışığında müşterek failliğin, nedensellik bağıını ikame edici fonksiyonu itibarıyla iki sonuç doğurduğunu tespit etmek mümkündür: (i) Müşterek faillerce işlenen bir suça; hangi failin neticeye sebebiyet verdiğinin anlaşılamadığı durumlarda faillerin davranışları birbirine isnat edilebildiği için herkesin neticeden sorumlu tutulması mümkündür. (ii) “*Netice, faillerden birinin katkısı olmasaydı da gerçekleşecekti*” tespitinin yapılabildiği durumlarda da netice faillelere isnat edilebilmektedir.⁸²¹ İlave müşterek faillikte bu sonuçlardan ilkiyle alternatif müşterek faillikte ise ikincisiyle karşılaşırız.

⁸¹⁶ Yazar aslında bu örnekte, AİCK m. 25/2’deki düzenlemeden hareketle müşterek failliği kabul etse de, *Roxin* tarafından geliştirilen “fonksiyonel hakimiyet” düşüncesinin, bu olayda sonuç vermediğini ileri sürmüştür. Zira *Roxin*’in fonksiyonel hakimiyet kriteri, müşterek failliğin karakteristik örnekleri üzerinden geliştirilmiştir ve bu örnek olaylarda her fail ancak diğerleriyle iş bölümü içinde suçun icrası üzerinde yönlendirici bir etki gösterebilmektedir. Örneğin banka soygununda faillerden birinin çalışana silah doğrultması diğerinin ise paraları alması yahut C’yi öldürmek isteyen iki failden A’nın C’yi tutması, B’nin ise bıçağı kalbine saplamasında durum böyledir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz, **Herzberg**, TuT, s. 56 vd.

⁸¹⁷ **Roxin**, AT II, § 25, kn. 229, 230. Benzer yönde bkz. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 25 kn. 84; **Özgenç**, Müşterek Faillik, s. 166, 167; **Açıkgöz**, s. 264.

⁸¹⁸ **Herzberg**, TuT, s. 57.

⁸¹⁹ Rudolphi’ye göre müşterek faillik, suçun icrası sırasında kümülatif bir birliktelik (kumulatives Zusammenwirken) gerektirir. Somut olayda taraflar arasında ortak bir suç işleme kararı mevcutsa da suçun icrası sadece tek bir fail tarafından gerçekleştirilmiştir. Rudolphi, Hans-Joachim, “Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft”, in: **Festschrift für Paul Bockelmann**, C.H.BECK, München, 1979, sa. 369-387, (**Rudolphi**, Mittäterschaft), s. 379-380.

⁸²⁰ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 25 kn. 84; **Roxin**, AT II, § 25, kn. 231 vd; **Açıkgöz**, s. 266; **Özgenç**, Müşterek Faillik, s. 168.

⁸²¹ Aynı yönde bkz. **Karaaslan**, 286, 287.

3.4. Yalın Anlamda Taksirli Müşterek Faillığe İlişkin Sorun Alanları ve Alternatif Yaklaşımlar

3.4.1. Bireysel Nedenselliğe İlişkin İspat Sorununun Ortaya Çıktığı Olaylar

3.4.1.1. İlgili İçtihat Örnekleri

3.4.1.1.1. Referans Noktası Olarak Yuvarlanan Kayalar (Rolling Stones) Kararı

Somut vakanın aydınlatılamadığı olaylara ilişkin ilk incelenmesi gereken karar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin (BGE) *Yuvarlanan Kayalar Kararı*'dır. Zira bu karar taksirli müşterek faillığe ilişkin öğretideki tartışmalarda önemli bir referans noktasıdır. Kararda kavramsal olarak açıkça ifade edilmese de nedensellik bağına ilişkin yapılan değerlendirmelerle, taksirli müşterek faillik düşüncesinin benimsendiği görülmektedir. Nitekim olayda nedensellik problemi, tek tek bireysel katkılar üzerinden değil bütün eylem (*Gesamthandlung*) üzerinden çözüme kavuşturulmuştur.⁸²²

Karara konu olay özetle, ormanlık bir bölgede A ve B'nin, A'nın teklifi üzerine yolda gördükleri iki kayayı orada bulunan uçurumdan aşağı doğru yuvarlamaları ve kayalardan birinin aşağıdaki balıkçılardan C'nin ölümüne sebebiyet vermesi şeklinde gerçekleşmiştir. Zürih Kontonu Yüksek Mahkemesi'nin yaptığı tespitlere göre bulundukları bölgeyi çok iyi bilen A ve B, taşı yuvarlamak istedikleri nehir kıyısına çoğunlukla balıkçılar olmak üzere insanların sıkça geldiğini bilmekte olup, ağırlıkları yaklaşık 52 ve 100 kg olan bu kayaların oradan geçen birinin ölümüne yol açabileceğinin de farkındadır. Bu nedenle B, aşağıda nehir kıyısında birilerinin bulunup bulunmadığını görebilmek için, A'nın önerisi üzerine kayaları yuvarlamak istedikleri uçuruma doğru önce birkaç adım atar. Bulunduğu yerden nehrin sağ tarafını göremeyen B, yüksek sesle seslenerek aşağıda kimsenin olup olmadığını anlamaya çalışır. Kimse cevap vermeyince A'nın yanına geri dönerek 100 kg üzerinde ağırlığa sahip olan taşı uçurumdan aşağı bırakır. Hemen sonrasında ise A, diğer taşı aynı uçurumdan aşağı yuvarlar. Uçurumun aşağısında bulunan balıkçı C'nin bu kayalardan birinin çarpması sonucunda öldüğü kesin olarak belirlenmiş olmasına rağmen, hangi taşın C'ye isabet ettiği açıklığa kavuşturulamamıştır.⁸²³

BGE'ye göre mevcut olayda her iki sanığın da yol kenarındaki iki taşı birlikte yokuş aşağı yuvarlamak istediği açıktır. Bu tür bir durumda bireysel katkılar ile meydana gelen tipik netice arasındaki nedensellik değil, birlikte gerçekleştirilen bütün eylem (*Gesamthandlung*) ile

⁸²² Ko, Myoungsu, *Fahrlässige Mittäterschaft und Schuldprinzip*, Doktora Tezi, Humboldt Üniversitesi, 2020, s. 18. Tarihsel gelişimi dikkate alındığında en geç bu kararla beraber taksirli müşterek failliğin, taksirli suçlara ilişkin yürütülen tartışmaların ayrılmaz bir parçası haline geldiği ileri sürülmektedir. *Häring*, s. 1.

⁸²³ BGE 113 IV 58 (58).

ortaya çıkan neticenin nedenselliği tespit edilmelidir. Somut olayda olduğu gibi özen yükümlülüğüne aykırı harekete birlikte karar verildiği ve akabinde yakın zamansal ve mekânsal bir bağlantı içinde bu hareketin gerçekleştirildiği, kimin hangi taşı atacağına ise böylece tesadüfî bir iş bölümüne kaldığı durumlarda bu tür bir nedensellik yaklaşımı geçerli olmalıdır. Bu çerçevede yuvarlanan kayalardan birinin, C'nin ölümüne sebebiyet verdiği kabul edilecek olursa, her iki sanığın eylemi de sonuç açısından nedensel kabul edilmelidir.

3.4.1.1.2. Havai Fişek Kararı

BGE, Rolling-Stones davasındakine benzer nitelikteki *Havai Fişek Olayı*'nda (*Raketenfall*) ise taksirli müşterek failliğin mevcut olmadığına karar vermiştir.⁸²⁴ Olayda iki kuzen olan A ve B birlikte dışarı çıkarak havai fişek patlatmaya karar verirler. Dışarıda ateşledikleri “*Klasek*” marka fişeklerden birinin çevredeki apartmanlardan birinin balkonunda yangına sebebiyet verdiği tespit edilir. Yapılan soruşturmada; havai fişegin uygun bir şekilde ateşlenmesi için yere düzgün bir şekilde sabitlenmiş bir şişe yahut tüpten ateşlenmesi gerektiği, somut olayda yangına sebep olan havai fişegin bu şekilde ateşlenmediği tespit edilen hususlardan biridir. Bu tespitler çerçevesinde soruşturma makamı, iki ayrı ceza kararnamesi (*Strafbefehl*) ile Rolling-Stones Kararı'nda ortaya konulan gerekçelere dayanarak her iki sanığı taksirle yangına neden olma suçundan sorumlu tutmuştur. Kararnameye itiraz edilmesi üzerine Laufenburg Bölge Mahkemesi'nde görülen davada, sanıkların sorgusu yapılmış, iki tanık dinlenmiş ve olay yerinde inceleme yapılmıştır. Nihayetinde mahkeme, sanıkların beraatine karar vermiştir. Savcılığın itirazı üzerine Aargau Kanton Yüksek Mahkemesi ise yazılı inceleme sonrasında, sanıkları taksirle yangın çıkarma suçundan mahkûm etmiştir. Sanıkların temyiz talebi üzerine dava İsviçre Federal Mahkemesi'nin önünde gelmiştir.

Temyiz taleplerinde sanıklar, yangına sebep olan raketin kim tarafından ateşlendiğinin yargılama süreçlerinde ispat edilemediğini, her birinin birbirinden bağımsız olarak birer havai fişegi ateşlediklerini, aralarında “*birlikte hareket*”in (*Zusammenwirken*) mevcut olmadığını, sadece basit bir zamansal ve mekânsal bağlantıdan hareketle isabet eden dışında diğer roketi ateşlemenin netice bakımından şart (*Bedingung*) olduğunun ileri sürülemeyeceğini, nihayetinde roketleri komşunun (balkonunda yangın çıkan) evine doğru ateşleme noktasında aralarında bir ortak kararın söz konusu olmadığını ileri sürmüşlerdir. (k.n. 3. 1)

Aargau Kantonu Başsavcılığı ise bu temyiz nedenlerine karşı; sanıkların dışarı çıkarak havai fişekleri ateşlemeye birlikte karar verdiklerini ve bu karar doğrultusunda hareket

⁸²⁴ BGE, 6B_360/2016; 6B_361/2016.

ettiklerini, dolayısıyla ortak hareketlerinin amacının havai fişekleri (her biri iki tane) ateşlemek olduğunu, bunun iş bölümüne göre birlikte gerçekleştirilen bir bütün eylemi (*Gesamthandlung*) ifade ettiğini, bu nedenle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olan bütün eylemin birlikte kararlaştırıldığını ve birlikte gerçekleştirildiğini, bu noktada mahkûmiyet için birlikte gerçekleştirilen bütün eylem ile netice arasındaki nedenselliğin belirleyici olduğunu, bireysel katkıların nedenselliğinin artık dikkate alınmayacağını ileri sürmüştür. (kn. 4. 4)

Federal Mahkeme ise inceleme konusu davanın, Rolling-Stones Olayı'ndan önemli oranda ayırdığı kanaatindedir. Mahkemeye göre burada sanıkların kararlaştırdıkları şey, dışarı çıkıp havai fişek ateşlemekten ibarettir ve buna göre her biri dışarıda iki tane havai fişek ateşleyecektir. Burada her sanık fişeği nasıl ateşleyeceğine kendisi karar verecektir. Bu çerçevede hareket eden sanıklardan biri, daha önceki yargılama süreçlerinde tespit edildiği üzere, havai fişeği uygun bir şekilde ateşleyememiş ve yanlış yönlendirilen (*Irrläufer*) fişek balkona isabet ederek yangına sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla neticeye neden olan davranış üzerinde yani havai fişeklerin nasıl ateşleneceği noktasında taraflar arasında ortak bir karar mevcut değildir. Nitekim iddianamede de ifade edildiği üzere, eldeki delillerden sanıkların subjektif durumuna ilişkin ispat edilebilen tek husus, bunların dışarıda havai fişek ateşlemek noktasında ortak karara varmış olmalarıdır. Bu nedenle *Rolling Stone* kararı bağlamında bütün eylemin (*Gesamthandlung*) kabulü için gerekli şartlar somut olayda mevcut olmadığından, verilecek mahkûmiyet hükmünde bu karar dayanak gösterilemez.⁸²⁵ Diğer taraftan eksik yürütülen delil toplama işlemleri nedeniyle, yangına sebep veren fişeği kimin ateşlediğinin tespiti de artık mümkün değildir. Buradan hareketle mahkeme, sanıkların temyiz iddialarını kabul ederek mahkûmiyet kararını bozmuş ve yangına sebep olma suçundan beraatlerine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. (kn. 4.11, 5)

Özetle mahkeme; sanıklar arasında kararlaştırılan planın, tek başına ortaya çıkan netice bakımından temelde yükümlülüğe aykırılık teşkil etmediğinin⁸²⁶ ve havai fişegin riskli bir şekilde ateşlenmesinden sadece sanıklardan birinin sorumlu olduğunun altını çizmektedir. Yangına sebep olan bu hatalı ateşleme yöntemi, taraflarca kararlaştırılan bir husus olmadığı için, neticeye sebep olan bu özensizliğin bütün eylem (*Gesamthandlung*) olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Böylece mahkeme, taksirli müşterek faillik için en önemli bağlantı noktası olan ortak kararın, özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışa yönelmiş olması

⁸²⁵ 6B_361/2016, 4. 9.

⁸²⁶ Aynı yönde bkz. *Häring*, kn. 52.

gerektiğini vurgulayarak, müşterek taksir sorumluluğunun gündeme gelebileceği ihtimalleri sınırlamıştır.⁸²⁷

3.4.1.1.3. Kibrit Kararı

Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 1982 yılında verdiği *Kibrit Kararı*, Alman ceza hukuku uygulamasından incelediğimiz olay gruplarına ilişkin örnek bir içtihat oluşturmaktadır.⁸²⁸ Karara konu olayda özetle bir fabrikaya hırsızlık amacıyla giren failller, karanlık olmasına rağmen aydınlatma için fabrikanın elektrik sistemini aktif hale getirmek istemediklerinden (muhtemelen yakalanma korkusuyla) her ikisi de kibrit yakarak çevresini aydınlatmaya çalışmışlardır. Ancak her iki fail de kullandıkları kibritleri söndürmeden etrafa atmışlardır. Kibritlerden birinin sebep olduğu ateş, fabrikada bulunan balyalara sıçrayarak yangına sebebiyet vermiş ve fabrikanın ahşap tavanının bir kısmı zarar görmüştür. Yangına sebebiyet veren kibriti, hangi failin attığı ise tespit edilememiştir.

Mahkemeye göre somut olayda; hangi kibritin yangına sebebiyet verdiği tespit edilmeden yahut her ikisi tarafından atılan kibritlerin de yangın bakımından nedensel olduğu belirlenmeden, faillerin taksirle yangına sebebiyet verme suçundan sorumlu tutulmaları gerekçelendirilemez. Buna göre faillerin hırsızlık amacıyla girdikleri fabrikayı karşılıklı onaylama (*gegenseitige Billigung*) suretiyle kibritlerle aydınlatmaları ve sonrasında her birinin yaktıkları kibriti dikkatsizce etrafa atması, ortaya çıkan yangından suçlanmaları için yeterli değildir. Zira böyle bir kabul müşterek faillikle mümkün olacaktır ancak mahkeme kararında açıkça taksirli suçlarda müşterek failliğin gündeme gelemeyeceği vurgulanmıştır.

Kararda mahkeme, savcılığın iddiasının aksine, meydana gelen yangından dolayı faillerin garantör olarak sorumlu tutulmalarının da kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Zira mahkeme, hırsızlık planı çerçevesinde kibritlerin faillerce kullanıldığını kabul etmekle beraber bu davranışın yangına sebebiyet verme bakımından yakın bir tehlike olarak değerlendirilemeyeceği ve dolayısıyla bu netice bakımından öngelen tehlikeli davranış sayılamayacağı kanaatindedir. Mahkemeye göre faillerin davranışı, sadece hırsızlık bakımından böyle bir yakın tehlike oluşturmuştur. Diğer taraftan yangın neticesi, kibritlerin

⁸²⁷ Öğretide *Häring*'e göre ise olayda; taraflar arasındaki ortak eylem kararının (*Handlungsentschluss*) havai fişeklerin tehlikeli bir şekilde ateşlenmesine ilişkin bir belirlemeyi ihtiva etmesi gerekmez. Olayda faillerin dışarıda havai fişek ateşleme noktasında vardıkları ortak karar, taksirli müşterek failliğin kabulü için gerekli olan subjektif bağlantıyı karşılamaktadır. Her bir failin tüm olay boyunca bütün projenin (*Gesamtprojekt*) meydana getirdiği tehlikeyi fark edebilecek ve neticeyi öngörebilecek durumda olup olmadığına ilişkin yapılacak inceleme ise ilk olarak bireysel öngörülebilirlik kriteri altında gerçekleştirilmelidir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Häring*, kn. 57, 58.

⁸²⁸ OLG Schleswig, NStZ 1982, 116 (116).

dikkatsizce etrafa atılması suretiyle zaten doğrudan doğruya ve tamamen ortaya çıkmıştır. Olayın böyle gerçekleştiği bir ihtimalde, eğer şartları varsa yangın neticesinden sorumluluk taksirli -icrai- hareket esas alınarak belirlenmelidir. Zira olayda garantörsel sorumluluğun tespiti için gerekli zaman dilimi söz konusu değildir.⁸²⁹

Bu değerlendirmelerle müşterek faillik ve ön gelen tehlikeden kaynaklı garantörsel ihmali sorumluluğu kabul etmeyen mahkeme, yan yana faillerin bireysel katkıları ile yangın neticesi arasında nedensellik bağının ispat edilememesi nedeniyle şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği sanıkların beraatine karar vermiştir.

3.4.1.1.4. Mum Kararı

Kibrit olayına benzer bir vakayı değerlendiren Bayern Eyalet Yüksek Mahkemesi⁸³⁰ ise faillerin sorumluluğunu, garantörsel konumları nedeniyle ihmali hareket üzerinden gerekçelendirmiştir. Olayda her iki sanık da eğlenmek maksadıyla boş olduğunu bildikleri bir evin kırık camından eve girmiş ve aydınlatma için oturma odasında bir ya da daha fazla sayıda mum yakmışlardır. Daha sonra evin üst katını görmek için yukarı çıkan sanıklar, yaklaşık 10-15 dakika sonra oturma odasına geldiklerinde, zemindeki halının şiddetli bir şekilde yandığını ve alevlerin yaklaşık iki metreye ulaştığını görmelerine rağmen bu aşamada yangını söndürmeye çalışmanın anlamsız olacağını düşündükleri için yangına müdahale etmeden evden kaçmışlardır. Bunun üzerine ev tamamen yanmıştır.

Yerel mahkeme bu olayda “in dubio pro reo” ilkesinden hareketle sanıkların taksirle yangına sebebiyet verme suçundan sorumluluğunu reddetmiştir.⁸³¹ Zira mahkemeye göre somut olayda bir tane mi yoksa birden fazla sayıda mı mum yakıldığı, bu mumların kim tarafından yakıldığı, mumların bir kül tablası yahut şamdan üzerinde mi yoksa tamamen kaidesiz olarak mı yakıldığı, mumların halı kaplı zeminde mi yoksa küçük bir masanın üstünde mi durduğu gibi hususların hiçbirisi aydınlatılamamıştır. Bu şartlar altında mumları yaktığı açıkça tespit edilemeyen sanıklardan herhangi birine bu mumların durumunu gözetleme, kontrol etme yükümlülüğü de yüklenemez.

Bayern Eyalet Yüksek Mahkemesi ise olayda öncelikle yanıcı maddelerle çalışan aydınlatma araçlarının, yangına sebep vermeyecek şekilde kullanılması gerekliliğine ilişkin

⁸²⁹ OLG Schleswig, NStZ 1982, 116 (116). Mahkeme bu kararda taksirle yangına sebebiyet verme suçu bakımından faillerin garantörlüğü bağlamında ihmali sorumluluğu reddetmiş ise de nedensellik bağının ortaya konulmadığı olay gruplarına ilişkin; aşağıda ele alınacak olan ihmali sorumluluk çözümüne de -taksirli müşterek failliğin aksine- kategorik olarak karşı çıkmamıştır. Aynı tespit için bkz. **Kamm**, s. 78.

⁸³⁰ BayObLG, NJW 1990, 3032 (3032).

⁸³¹ Aynı tespit için bkz. **Ko**, s. 25.

hukuki düzenlemeye vurgu yapmak suretiyle bunların kullanımında gereken özen yükümlülüğüne işaret etmiştir. Mahkemeye göre somut olayda,; her iki sanığın da hangisinin söz konusu mumları yaktığı yahut yerleştirdiğinden bağımsız olarak bu tür bir yükümlülüğe muhatap olmaları ilk derece mahkemesinin olaya ilişkin tespitlerinin bir sonucudur. Bu tespitlere göre olayda failler, ortaya çıkmamak ya da fark edilmemek için evin elektrik sistemini kullanmama noktasında anlaşılmışlardır. Bu yüzden evin içinde mum arayan sanıklar, evin mutfağında bir ya da iki tane mum bulmuşlardır. Dolayısıyla bu mumların kullanımı, her iki sanığın da uzlaşan iradelerine dayanmaktadır. Nitekim mumların yakılması akabinde her ikisi de bunun sağladığı aydınlatmadan istifade etmişlerdir. Mumların aydınlatma amacıyla kullanımının yangına sebebiyet verebileceği dikkate alındığında böyle bir davranışın temelde tehlikeli bir davranış olduğunu tespit etmek gerekir.

İlk derece mahkemesinin değerlendirmesinin aksine, bu öngelen tehlikeli davranış yokluklarında bir yangının meydana gelmemesi adına, oturma odasından çıktıkları sırada, her iki fail için de makul/beklenebilir (*Zumutbar*) bir icrai davranış yükümlülüğü doğurmaktadır. Olayın meydana geliş biçimine göre yaklaşan yangın tehlikesi, en geç odadan ayrıldıkları sırada özen yükümlülüğüne uygun davranan bir mum kullanıcısı tarafından fark edilebilirdi ve fark edilmeliydi Bunun üzerine alınacak tedbirler sayesinde (mumların söndürülmesi gibi) meydana gelen yangın da önlenebilirdi. Bu tespitler ışığında mahkeme; kendisinden beklenen özeni, ilgili önlemleri ihmal etmek suretiyle yerine getirmeyen sanıklardan her birini yangına (taksirle) sebep olma suçundan mahkûm etmiştir.⁸³²

3.4.1.2. Taksirli Müşterek Faillğe Alternatif Çözümler

Birlikte hareket eden faillerden hangisinin taksirli davranışıyla neticeye sebebiyet verdiğinin anlaşılamadığı durumlarda, taksirli müşterek failliği kabul etmeyen yazarlar, faillerin cezai sorumluluğuna ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır.

⁸³²Alman ceza hukuku uygulamasında incelediğimiz olay grupları bağlamında örnek bir BGH kararı tespit edilememiştir. Ancak BGH'nin yakın tarihli bir kararı, taksirli müşterek faillik düşüncesi karşısında mahkemenin yaklaşımını ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir. 01.03.2018 tarihli bu kararda mahkeme, Berlin'de gerçekleşen ve ölümle sonuçlanan bir yasadışı araba yarışı nedeniyle, yarışa katılan faillerin cezai sorumluluğunu ele almaktadır. Kararda inceleme konusu davadan bağımsız olarak müşterek failliğin unsurlarına ilişkin yapılan değerlendirmeler, mahkemenin taksirli müşterek faillik düşüncesini kabul etmediğini açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre müşterek faillik bağlamında ortak eylem kararı (Tatentschlusses) yahut ortak eylem planı (Tatplan) referans noktası daima bir suç tipi olmalıdır. Bu bağlamda müşterek faillik çerçevesinde işlenen bir öldürme suçundan bahsedilebilmesi için, failler arasındaki ortak kararının, iş birliği çerçevesinde bir kimsenin ölümüne yönelik olması gerekir. Faillerin -ölüm neticesini hedeflemeden- ortak bir girişimde bulunmaları (gemeinsames Unternehmen) ve bu ortak karar doğrultusunda gerçekleştirilen girişimin sonucunda bir kişinin ölmesi halinde, müşterek faillik için gereken ortak karardan bahsetmek mümkün olmaz. Nitekim mahkeme, bu genel açıklamalar doğrultusunda dava konusu yarışta faillerin, ölüm neticesine ilişkin müşterek sorumluluğunu kabul etmemiştir. BGH, 4 StR 399/17.

3.4.1.2.1. In Dubio Pro Reo İlkesi Çerçevesinde Cezasızlık Yaklaşımı

Cezasızlık yaklaşımını savunan *Herzberg*'e göre; bahsi geçen olaylarda her ne kadar ortaya çıkan netice, birlikte gerçekleştirilen taksirli davranıştan meydana gelmiş olsa dahi, müşterek faillğe ilişkin kanun maddesine (AİCK m. 25/2) taksir sorumluluğunu genişleten bir fonksiyon yüklenmemelidir.⁸³³ Bu bağlamda örneğin; iki avcı ormanda kuş avlarken birer ateş etse ve atışlardan birisi ormanda yürüyüş yapanlardan birine isabet etse ancak bunun kimin silahından çıktığı tespit edilemese, “*in dubio pro reo*” ilkesinin uygulanması gereken bir durum ortaya çıkar. Burada kaçak avlanma suçu (*Wilderei*) bağlamında avcıların müşterek faillği gündeme gelecek olsa dahi, ölüm neticesi bakımından nedensellik bağındaki belirsizlik çözülemediği için avcıların taksirle öldürmeden sorumlu tutulmaması gerekir.⁸³⁴ Burada tehlikeli girişim bağlamında ortaya çıkan birlikteliğin, istenmeyen netice açısından bir dayanışma (*Solidarität*) yarattığı söylenemez. Oysa müşterek faillikte karşılıklı isnadiyetin haklı görünmesini sağlayan şey, tipik neticenin gerçekleştirilmesine yönelik failer arasındaki bu dayanışmadır.⁸³⁵

Türk hukukunda da taksirli müşterek faillği kabul etmeyen yazarların, benzer olaylarda taksirle neden olunan netice bakımından *in dubio pro reo* ilkesi gereği cezasızlık sonucuna ulaştığı görülmektedir.⁸³⁶ Bu çerçevede *Özgenç*, yukarıda aktarılan Yargıtay'ın *Av Tüfeği Kararı*'nda ulaşılan sonucu eleştirmektedir. Yazara göre olayda Zeki'nin ölümüne taksirle sebebiyet verilmiştir. Ancak ölüme neden olan kurşunun, kimin tüfeğinden çıktığı anlaşılamamaktadır. Bu durumda *in dubio pro reo* ilkesi gereği sanıkların mağdurun ölümünden sorumlu tutulması mümkün değildir. Eğer merminin hangi silahtan çıktığı tespit edilmiş olsaydı yalnızca bu silahı ateşleyen failin, müştereken gerçekleştirilen kasıtlı suç yanında taksirle öldürmeden de mahkûm edilmesi gerekirdi.⁸³⁷

3.4.1.2.2. Garantörsel İhmali Suç Çözümü

Garantörsel ihmali suç çözümü öğretide *Walder* tarafından ortaya atılmıştır.⁸³⁸ Buna göre nedensellik, ortaya çıkan neticenin faillere isnadı için tek yol olmayıp, bunun yanında belli olaylarda kişilerin garantör statüsü⁸³⁹ de isnadiyet için önemli bir enstrümandır. Bu nedenle

⁸³³ *Herzberg*, TuT, s. 73.

⁸³⁴ *Herzberg*, Rolf Dietrich, “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme”, *ZsTW*, 1987, 99 (1), (*Herzberg*, Akzessorietät), s. 58.

⁸³⁵ *Herzberg*, TuT, s. 73.

⁸³⁶ *Çakır*, s. 321;

⁸³⁷ *Özgenç*, Genel Hükümler, s. 626.

⁸³⁸ *Walder*, Hans, “Bewußte Beteiligung, ungewollte Folgen”, in: *Festschrift für Günter Spendel*, De Gruyter, Berlin, 1992, sa. 363-370.

⁸³⁹ Yazar garantörlük ilişkisi (Garantenbeziehung) kavramını tercih etmektedir. *Walder*, s. 367.

doğal nedenselliğin mevcut olmadığı yahut ispat edilemediği hallerde, eyleme iştirak edenlerin ortaya çıkan neticeyi önleme noktasında garantör statüsüne sahip olup olmadığının da ayrıca incelenmesi gerekir.⁸⁴⁰ Yazara göre örnek olaylarda olduğu gibi birden fazla kişinin tehlikeli bir eylemi gerçekleştirme konusunda bir araya geldiği durumlarda, garantörsel ihmali suçlar bağlamında bir gözetim yükümlülüğü (*Überwachungspflicht*) ortaya çıkar. Nitekim Rolling-Stones örneğinde A ve B, iş bölümü çerçevesinde planlarını hayata geçirerek başkalarının hukuki yararı bakımından öngelen bir tehlikeye sebebiyet vermiş ve bu tehlike doğrudan doğruya (*unmittelbar*) ölüm neticesinde kendisini gerçekleştirmiştir. Bu noktada artık hangi taşın mağdura isabet ettiği önem arz etmez. Zira olayda tehlike, öngelen ve müştereken gerçekleştirilen bir davranıştan ileri geldiği için, her ikisi de neticenin engellenmesine ilişkin etkili tedbirler almak zorundadır. Bu tedbirler sadece kişilerin kendi eylemlerinden doğan tehlikeleri önlemeye yönelik olmayıp diğerinin eylemlerinden doğan tehlikeyi de kapsaması gerekir.⁸⁴¹

Özetle *Walder*, birden fazla kişinin suça iştirak ettiği durumlarda kişisel nedensellik (*Personengebundene Kausalität*) ile garantörlük ilişkisinin (*Garantenbeziehung*) birbiriyle bağlantılı olabileceğini vurgulamaktadır. Neticeli bir suçta kişisel nedensellik bağı kurulamıyorsa⁸⁴² olayda bir garantörlük ilişkisinin mevcut olup olmadığı incelenmelidir. Zira nedenselliğin mevcut olmadığı yahut ispat edilemediği olaylarda bu ilişki, doğal nedenselliğin yerine geçerek cezai sorumluluğun tespitinde sonuç doğurabilir.⁸⁴³ Bu açıklamalar doğrultusunda her iki sanığın da ihmalen taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulmaları gerektiği anlaşılmaktadır. Yazar taksirli suçlarda müşterek faillik düşüncesini kabul etmediğinden⁸⁴⁴ burada ortaya konulan çözüm, her failin kendi ihmalinden dolayı tek başına fail (*Alleintäterschaft*) olarak sorumluluğuna işaret etmektedir.⁸⁴⁵

⁸⁴⁰ **Walder**, s. 366, 367.

⁸⁴¹ **Walder**, s. 370. *Kibrit Olayı* bağlamında benzer değerlendirme için bkz. **Demirel**, Çifte Özen, s. 608, 609. Krş. **Krey/Esser**, kn. 1342.

⁸⁴² Burada kanaatimce, birden fazla kişinin suça iştirak ettiği ihtimallerde suça katılanlardan birinin icrai bir davranışı ile ortaya çıkan netice arasındaki doğal nedensellik bağı kastedilmektedir.

⁸⁴³ **Walder**, s. 370.

⁸⁴⁴ Yazar, Rolling-Stones davasında BGE'nin verdiği kararı sonuç itibarıyla doğru bulmakla beraber, gerekçelendirmesine katılmamaktadır. Kararda yer verilen bütün eylem (*Gesamttat*) ile ölüm neticesi arasında kurulan sözde nedensellik, aslında somut olayda sanıklardan hangisinin, hangi eyleminin, ne ölçüde ölüm neticesi açısından nedensel olduğu yönünde gerekli olan incelemeyi gizlemektedir. **Walder**, s. 369.

⁸⁴⁵ Aynı yönde çıkarım için bkz. **Weißer**, JZ 1998, s. 236.

3.4.1.2.3. Suçlamanın Öne Çekilmesi

Öğretide farklı isimlendirmelerle ifade edilen bu görüş,⁸⁴⁶ Alman ceza hukuku öğretisinde *Günther* tarafından ayrıntılı bir şekilde izah edilmiştir.⁸⁴⁷ Bu görüşün izahında yazar esas olarak, taksirli suçlarda tek faillik sistemi, şart teorisi ve “alternatif tipiklik”⁸⁴⁸ (*Wahlfeststellung*)⁸⁴⁹ kavramlarından hareket etmekte ve makalenin başında kurguladığı bir motosiklet yarışı üzerinden değerlendirmelerini ortaya koymaktadır.⁸⁵⁰ Buna göre ormanlık bir alandaki motosiklet yarışında A ve B, aşırı hızla ve birbirlerine çok yakın şekilde seyretmektedir. Yolun keskin kıvrımlı ve karşısı görünmeyen bir noktasına geldikleri sırada, yoldan karşıya geçmekte olan bir çocuğa çarparak ölümüne sebebiyet verirler. Burada çocuğa A ve B’den hangisinin çarptığı ise tespit edilememiştir.

Yazara göre somut olayda yapılması gereken, her iki failin de bizzat kendileri tarafından gerçekleştirilen, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı ve ölüm neticesi bakımından nedensel bir davranışın tespitidir. Zira tarafların davranışlarını müşterek faillik bağlamında birbirlerine isnat etmek, AICK’nun -kasıtlı suçlardan farklı olarak- taksirli suçlarda kabul ettiği tek faillik sistemiyle bağdaşmaz. Bu sistem sadece tek başına failliğe (*Einzeltäter*) imkan tanımaktadır.⁸⁵¹ Bu bağlamda A ve B’ye ait olduğu belirlenen her bir muhtemel davranışın; taksirle öldürmeye ilişkin AICK m. 222’deki koşulları karşılaması halinde, artık *in dupio pro reo ilkesi* uygulama alanı bulamayacaktır. Zira bu durumda asıl gündeme gelecek olan aynı neviden alternatif

⁸⁴⁶ Burada cezai sorumluluk daha önceki bir taksirli davranışa bağlandığı için öğretide bu yaklaşımın; kusur suçlamanın öne çekilmesi (*vorverlagerung des Schuldvorwurfes*) veya önceki (icrai) davranışa bağlama (*Anknüpfung an vorangegangenes Tun*) şeklinde isimlendirildiği de görülmektedir. Diğer taraftan bu çözümün, tek faillik sistemini esas alması sebebiyle, öğretide tek faillik çözümü olarak ele alındığı da görülmektedir. Sırasıyla Böhringer, Jacob, **Fahrlässige Mittäterschaft**, Nomos, Baden-Baden, 2017, s. 38; **Kamm**, s. 93; **Weißer**, JZ 1998, s. 234.

⁸⁴⁷ Günther, Hans-Ludwig, “Wer war der Täter”, **JuS**, 1988/5, s. 386-389.

⁸⁴⁸ Kavrama ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Doğan**, Kuşkudan, s. 70.

⁸⁴⁹ Diğer ikisinden farklı olarak “*Wahlfeststellung*” kavramı, Türk ceza hukuku öğretisine yabancıdır. Bu nedenle *Gunther*’in ortaya koyduğu çözümün anlaşılması adına, *Doğan*’ın Türkçeye “alternatif tipiklik” olarak çevirdiği bu kavramın kısaca açıklanmasında yarar vardır. Alman ceza hukukunda bu terim, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanmadığı belli bir durumu ifade etmek adına kullanılmaktadır. Alternatif tipiklikte meydana gelen olayın (*Sachverhalt*) nasıl gerçekleştiğine ilişkin kesin bir tespit yapılamamasına rağmen, ihtimal dahilindeki alternatif olayların her birinde failin bir suç tipini gerçekleştirdiği sonucuna ulaşılması nedeniyle “*in dupio pro reo*” ilkesinin gündeme gelmeyeceği ve failin cezalandırılması gerektiği savunulmaktadır. Örneğin bir tanığın kanun yolu aşamasında verdiği ifadesinin ilk derece mahkemesindeki ifadesiyle taban tabana zıt olması durumunda, yalan tanıklık suçunu işlediği kesindir. Zira tanık ya ilk derece mahkemesinde ya da kanun yolunda yalan tanıklık yapmıştır. Ancak burada hangi beyanın yalan olduğu tespit edilemediği takdirde alternatif tipiklikten hareket edilecek ve fail cezalandırılacaktır. Buradaki gibi alternatifliğin aynı suç tipi bağlamında gündeme gelmesi halinde “*aynı neviden alternatif tipiklik*”ten (*gleichartige Wahlfeststellung*) bahsedilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kindhäuser/Zimmerman**, § 48, kn. 7-9.

⁸⁵⁰ Makalede kurgulanan olay nispeten daha detaylı ve birçok suç tipi incelemesine imkân verecek bilgiler ihtiva etmesine rağmen, burada kurgulanan olayın sadece konumuzla ilgili olan kısmına değinilecektir.

⁸⁵¹ **Günther**, s. 386.

tipiktir. Ancak bu sonuca ulaşabilmek için, belirsizliğini koruyan ve daha fazla aydınlatılamayan olay alternatifli bir incelemeye tabi tutulmalıdır.⁸⁵²

Bu bağlamda olayda yarışa katılanlardan birinin (A veya B) yayaya çarptığı kesin olduğundan bu kişinin taksirle öldürmeden sorumluluğu noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Yarışa katılanlardan diğeri ise (A veya B) çocuğa çarpan motoru değil diğeri motoru sürmektedir. Burada çocuğa çarpan doğrudan doğruya ve isnat edilebilir biçimde neticeye sebebiyet veriyorken, diğeri motoru süren kişinin cezai sorumluluğunu kabul etmek sorunlu görülebilir. Ancak alternatifli incelemede diğeri motoru süren kişinin sorumluluğuna sebep olan özensizlik, yani sorumluluğun bağlantı noktası (*Anknüpfungspunkt*), böyle bir yarışa katılmaktır. Zira bu kişi yarışa katılmasaydı, diğeri de böyle bir yarış gerçekleştirmeyecek ve çocuğa çarpmayacaktı.⁸⁵³ Yazara göre çocuğa çarpan kişiyle beraber, karşısı görülemeyen dar bir kıvrımda aşırı yüksek hızla birbirine yakın mesafedeki bir sürüş, diğeri motosiklet sürücüsü için hem objektif hem de subjektif anlamda dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden bir davranıştır. Burada fail, davranışıyla riskin yükseltilmesine sebebiyet vermiş ve yaratılan risk ölüm neticesinde gerçekleşmiştir. Meydana gelen netice ile failin davranışı arasında yükümlülüğe aykırılık ilişkisi de mevcut olduğundan yayanın ölümü diğeri motoru süren faile objektif olarak isnat edilebilir. Bu nedenle fail, çocuğu ezen yarışçının eyleminden değil, bizzat yarışa katılmak şeklindeki kendi taksirli davranışından dolayı sorumlu tutulmalıdır.⁸⁵⁴ Dolayısıyla somut vakıanın meydana geliş biçimine ilişkin her iki ihtimalde de A ve B, netice bakımından nedensel iki taksirli davranıştan birini gerçekleştirmiş olduklarından, alternatif

⁸⁵² **Günther**, s. 386.

⁸⁵³ Dolayısıyla şart teorisine göre; netice bakımından gerekli koşulların her birinin eş değerliliği kabul edildiğinden, olayda C'nin ölümü bakımından, mağdura çarpan motosikleti sürmekle bu yarışa katılmak arasında bir ayrım yapılmamaktadır. Her iki taksirli davranış da ölüm neticesi bakımından "olmazsa olmaz" niteliktedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Satzger, Helmut, "Kausalität und Gremienentscheidungen", **JURA**, 2014(2), sa. 186-195, (**Satzger**, Gremienentscheidungen), s. 187.

⁸⁵⁴ **Günther**, s. 387. Öğretide *Roxin* örnek olaylarda her iki failin ortak taksirli davranış nedeniyle müşterek fail olarak sorumlu tutulmasını daha az yapay ve bu nedenle de daha uygun bir çözüm olarak görmesine rağmen, bu düşüncenin reddi halinde faillerin mutlaka cezasız kalması gerekmediğini ileri sürmektedir. Zira ilgili olaylarda müşterek faillik yerine her ikisinin de yan yana faillik çerçevesinde işlenmiş taksirle öldürmeden sorumlu tutulması mümkündür. Buna göre örneğin Rolling-Stones davasında sanıklardan her biri "ya taşı bizzat yuvarlayarak ya da her ikisinin davranışını harekete geçiren karara katılarak" taksirle öldürme fiilini gerçekleştirmiştir. **Roxin**, AT II, § 25, kn. 240. Bu bağlamda taksirli sorumluluk alanında birlikte hareket edenleri, müşterek fail değil yan yana fail olarak değerlendiren geleneksel yaklaşımın, Rolling-Stones olayında nedensellik problemini sorunsuzca çözdüğü ileri sürülmektedir. **Greco**, Kritik, s. 378. Yazarların işaret ettiği psikolojik nedenselliği, eylemi saikler üzerinden açıklaması nedeniyle isabetsiz bulan **Renzikowski**'ye göre "psikolojik nedensellik kavramsal olarak mümkün değildir". Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Renzikowski**, Joachim, "Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?", in: **Festschrift für Ingeborg Puppe**, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, sa. 201-216, (**Renzikowski**, FS-Puppe), s. 202 vd.

tipiklik kapsamında kendi davranışları nedeniyle tek başına fail olarak sorumlu tutulmaları gerekir.

Aynı görüşten hareketle öğretide *Rotsch*, taksirli müşterek failliğin yapısal anlamda inşa edilebilir (*konstruierbar*) olduğunu kabul etse de bu kavramın gereksiz olduğu kanaatindedir. Zira kasıtlı suçlardan farklı olarak taksirli suçlarda cezai sorumluluk, neticeye sebep olan son hareketten önceki bir taksirli davranışa bağlanabilir. Bu çerçevede dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış gerçekleştirmek üzere diğeriyle bir anlaşmaya varmak, taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık suçlamasının bağlantı noktası olarak değerlendirilebilir. Böylece taksirli suç faillerinin özene aykırı ve nedensel katkıları da bu anlaşmayla açıklanmış olacaktır.⁸⁵⁵ Bu yaklaşımdan hareketle Rolling-Stones olayı ele alındığında, özene aykırı bir davranış gerçekleştirmek hususunda diğeriyle anlaşmaya varmak, başlı başına objektif özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirileceğinden, faillerin sorumluluğu bu anlaşmaya bağlanabilir. Dolayısıyla olayda her iki fail de bu tür bir anlaşmaya varmış olmaktan dolayı doğrudan doğruya tek başına fail olacaktır.⁸⁵⁶

3.4.1.3. Ara Değerlendirme

Kanaatimce *in dubio pro reo* ilkesinden hareketle ortaya konulan cezasızlık yaklaşımı, “*en istenmeyen sonuç*”⁸⁵⁷ olarak, incelenen olaylarda faillerin cezai sorumluluğunun, ceza hukuku biliminin dogmatikğine uygun enstrümanlarla izah edilemediği bir noktada gündeme gelmelidir.

Buradan hareketle cezalandırma yönündeki garantörsel ihmali suç çözümü incelendiğinde, cezai sorumluluğun kaynağının icrai bir hareketten ihmali bir harekete yönlendirilmesi sırasında, tatmin edici bir teorik izahatın yapılamadığı anlaşılmaktadır. Nitekim icrai ve ihmali sorumluluk arasındaki ayrıma ilişkin olarak, genellikle kabul gören⁸⁵⁸ “*isnadın ağırlık noktası*” kıstası, incelenen olaylarda sonuç vermemektedir.⁸⁵⁹ Özellikle Rolling-Stones bağlamında ölüme neden olan kayayı yuvarlayan kişiye yöneltilecek suçlamanın, ihmali

⁸⁵⁵ Rotsch, Thomas, “„Gemeinsames Versagen“ Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft” in: *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, (Rotsch, Gemeinsames), s. 905.

⁸⁵⁶ **Rotsch**, Gemeinsames, s. 905. Görüldüğü üzere *Rotsch*, taksir suçlamasının sebebi olan yükümlülüğe aykırı davranış öne çekmek suretiyle bir çözüm ortaya koymakla beraber *Günther*’in yaklaşımından önemli bir noktada ayrılmaktadır. Zira burada yazar ihtimalli bir değerlendirmeye gitmeden ve kimin hangi eylemi gerçekleştirdiğinden bağımsız olarak her iki failin de cezai sorumluluğa esas olan davranışını, “*tehlikeli bir davranış gerçekleştirmek üzere diğeriyle anlaşmak*” şeklinde değerlendirmiştir. Dolayısıyla çözümünde alternatif tipiklik kavramına başvurusu gerekmemiştir.

⁸⁵⁷ **Roxin**, AT II, § 25, kn. 240.

⁸⁵⁸ **Böhringer**, s. 35.

⁸⁵⁹ Aynı yönde bkz. **Kamm**, s. 97.

davranışı esas alması gerektiği düşüncesi, somut olayın gerçekleriyle uyumlu bir yaklaşım değildir.⁸⁶⁰ Diğer taraftan tek başına fail oldukları değerlendirilen ve garantör kabul edilen kişilerin, sadece kendilerinin meydana getirdiği tehlikeyi değil, ortak hareket ettikleri diğer kişilerin davranışlarından doğan tehlikeyi de önlemekle yükümlü tutulmaları yine müşterek failliğin kabulüyle mümkün olabilir.⁸⁶¹

Suçlamanın öne çekilmesi şeklindeki çözüm ise ikinci bölümde sakıncaları nedeniyle reddedilen geniş taksirli faillik anlayışına dayanmaktadır. Burada otonom karakterdeki insanın eylemleri üzerinden ortaya çıkan neticeler bakımından sorumluluk alanlarının sınırlanması düşüncesi ve herkesin kural olarak kendi eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği prensibi görmezden gelinmektedir. Şahsi sorumluluk ilkesinin bu tür bir faillik anlayışıyla bağdaşmayacağı yönündeki değerlendirmelerimiz, burada da geçerliliğini sürdürmektedir. Kanaatimce suçlamanın öne çekilmesi, münhasıran doğrudan nedensel etkinin konusunu oluşturan olaylarda gündeme gelebilir. Bu çerçevede taksirli sorumluluğun -kasıtlı suçlardan farklı olarak- mutlaka son kertede neticeye sebebiyet veren davranış üzerinden belirlenmek zorunda olmadığı savunulabilir.⁸⁶² Nitekim bu nedenle Alman ceza hukuku öğretisinde hâkim görüş⁸⁶³ ve BGH⁸⁶⁴, sebebinde serbest hareket kuramına taksirli suçlarda ihtiyaç olmadığı kanaatindedir.⁸⁶⁵ Ancak buradaki temel yaklaşımın; nedensel sürece özgür bir insanın dahil olduğu durumlara da uygulanmasıyla prensipte herkesin birbirlerinin eyleminden sorumlu olduğu bir ceza hukuku anlayışının ortaya çıkacağına dikkat edilmelidir. Geniş faillik

⁸⁶⁰ **Weißer**, JZ 1998, s. 236. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. **Kamm**, s. 97.

⁸⁶¹ Nitekim garantörsel ihmali suç çözümünde her ne kadar müşterek failliğin reddedildiği ifade edilmiş olsa da garantörler (sanki karşılıklı isnadiyet kabul edilmiş gibi) kendi davranışlarının ötesinde tüm süreç üzerinden bir yükümlülük altına sokulmaktadır. Bu görüşün daha tutarlı olabilmesi için, doğrudan taksirli müşterek faillikten hareket etmek suretiyle faillerin sorumluluğunu açıklaması gerektiği ileri sürülmektedir. **Weißer**, JZ 1998, s. 236.

⁸⁶² Taksir suçlamanın öne çekilmesine örnek bağlamında üstlenme taksiri (*Übernahmefahrlässigkeit*) olarak anılan durumlara ilişkin bkz. **Vogel/Bülte**, in LK, § 15, kn. 303 vd. Öğretide genellikle kabul edilen bu taksir biçimiyle fiilin gerçekleştiği aşamada ölçüt figürün altında bir kabiliyet ve bilgi sahibi olan kişilerin de taksir sorumluluğu kabul edilmekte ve bilgi-yetenek eksikliği bağlamında kişilerin onlardan beklenen özene uygun davranamayacak bir durumda olduğu iddiasıyla cezasız kalmaları önlenmektedir. Burada faile, yeteneği olmayan bir faaliyeti üstlenmesi nedeniyle bir taksir suçlaması yapılmaktadır. **Burgstaller**'e göre buradaki temel düşünce oldukça basittir. Zira *“taksir yalnızca zor bir faaliyetin icrası sırasında bir hata yapılmasında değil, aynı zamanda bu faaliyet için gerekli bilgi ve becerilere sahip olunmadığı hâlde, zorunlu bir neden olmaksızın bu faaliyetin üstlenilmesi ya da ona girilmesi de bulunabilir.”* Ayrıntılı açıklama için bkz. **Burgstaller**, s. 192 vd.

⁸⁶³ **Heinrich**, AT, kn. 612; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 17, kn. 49; **Otto**, AT, § 13, kn. 32 vd. Taksirli suçlarda alic kuramının gereksizliği ve aksi yöndeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Leupold, Henning, **Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der »actio libera in causa« im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken**, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, s. 196 vd.

⁸⁶⁴ BGHSt 42, 235; BGHSt 40, 341.

⁸⁶⁵ Örneğin sarhoş halde direksiyon hakimiyetini kaybedip kaza yaparak bir başkasının ölümüne sebebiyet veren kişinin, neticenin ortaya çıktığı son aşamada artık kusur yeteneğini kaybetmiş olduğu tespit edilse de trafığe çıkmadan önce sarhoş olacak kadar alkol alması da ölüm neticesi bakımından nedensel olup özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Burada yükümlülüğe aykırılık ilişkisi bağlamında neticenin faile objektif olarak da isnat edilebilir olması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 17, kn. 49.

bağlamında taksirli suçlarda, objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışı gerçekleştirmek üzere bir anlaşmaya varılması, buna yönelik bir karara katılma, diğerini yükümlülüğe aykırı bir davranışı gerçekleştirmeye yönlendirme gibi -kasıtlı suçlar bakımından yardım etme, azmettirme ya da hazırlık hareketi sayılabilecek- davranışların, taksirli sorumluluk alanında tek fail sisteminin kabul edildiğinden hareketle, faillik için yeterli görülmesi⁸⁶⁶ sorunlu bir yaklaşımdır.⁸⁶⁷ Burada taksirli suçlarda failliğin ve dolayısıyla sorumluluğun sınırlarının, kabul edilemez biçimde genişletildiği ortadadır.⁸⁶⁸ Hatta bu kabulden hareket edildiğinde, kendisi kayalardan birini yuvarlamayan, havai fişeklerden birini ateşlemeyen, kibritlerden birini yakmayan, motor yarışına katılmayan kişinin, diğerini böyle bir eyleme ikna ettiği yahut kararını güçlendirdiği için dahi ortaya çıkan neticeden sorumlu tutulması mümkün olacaktır.⁸⁶⁹ Diğer taraftan kasıtlı suçlarda bile ortak suç işleme kararının alınması suçun icrasına başlamak için yeterli değilken, bu görüş esas alındığında taksirli bir hareket üzerinde yapılan anlaşma, sorumluluk için bağlantı noktası kabul edilebilmektedir.⁸⁷⁰ Zira ortaya konulan alternatif çözümlerde, yükümlülüğe aykırı ve izin verilmeyen risk yaratan bir davranışın gerçekleştirilmesi üzerine alınan bir karara herhangi bir katkı şartı aranmamıştır. Dolayısıyla öğretide haklı olarak, bu görüşün, arzu edilen neticeye ulaşmak için, şart teorisinin zayıflığından bilinçli olarak yararlandığı ve böylece öngörülemez bir sorumluluk modeli ortaya çıkardığı eleştirileri yapılmaktadır.⁸⁷¹ Taksirli müşterek faillik iddia edildiği gibi cezai sorumluluğun sınırlarını genişlettiği için sakıncalıysa alternatif çözümün ondan daha belirgin sınırlara sahip olması gerekir.⁸⁷²

Şahsi sorumluluk ilkesiyle uyumsuzluğuna ilaveten bu çözüm, iddia edildiği gibi, her durumda faillerin bireysel olarak ortaya koydukları ve netice bakımından “*olmazsa olmaz*” bir katkıya da ulaşamamaktadır. *Günther*’in motor yarışı örneğinde, böyle bir yarışa katılmak, gerçekleşen ölüm neticesi üzerinde olmazsa olmaz bir katkı olarak görülebilir. Zira bir kişinin bu yarışa katılmaması ihtimalinde, yarış gerçekleşmeyecektir. Ancak yarışın üç kişi arasında

⁸⁶⁶ **Rotsch**, *Gemeinsames*, s. 905; **Roxin**, AT II, § 25, kn. 240; **Greco**, *Kritik*, s. 378.

⁸⁶⁷ Krş. **Weißer**, JZ 1998, s. 234.

⁸⁶⁸ Aynı yönde **Karaaslan**, s. 264.

⁸⁶⁹ Bu belirsizliğe işaret eden **Weißer**, JZ 1998, s. 235.

⁸⁷⁰ Aynı yönde eleştiri için bkz. **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 285, 286.

⁸⁷¹ **Brammsen**, Joerg/Kaiser, Hanno, “”Heiße Nacht in der Chemiefabrik”, **JURA**, 1992 (1), sa. 35-45, s. 38.

⁸⁷² Nitekim taksirli müşterek faillik düşüncesini reddeden *Greco*, suçlamanın öne çekilmesi çözümüne, her türlü katkıyı fail görmesi nedeniyle yöneltilen eleştirilerin haklılığını kabul etmektedir. Yazara göre burada özellikle “taksirli azmettirme” (*fahrlässige Anstiftungen*) olarak görülebilecek durumlar için daha kapsamlı bir izahata ihtiyaç vardır. Zira bir başkasının özen yükümlülüğüne aykırı davranışından meydana gelen netice, davranışlarıyla bu kişiye kötü bir rol model olan- yani bu kişiyi cesaretlendiren yahut yükümlülüğe aykırı davranışı gerçekleştirmeye kararını aldırılan- herkese yüklenemez. Bu tespitlerle beraber yazar, gereken sınırların tespitini bir başka çalışmaya bırakmıştır. **Greco**, *Kritik*, s. 379-380.

yapılmış olması durumunda, bu varsayım sonuç vermeyecektir. Zira bu durumda bir kişi eksik olsa da kalan iki kişi arasında aynı yarışın gerçekleşmesi mümkündür. Bu ihtimalde yayaya çarpan kişi dışında, diğerlerinin *conditio sine qua non* prensibine göre nedensel bir katkılarından bahsedilemeyecektir.⁸⁷³ Ayrıca faillerden birinin tehlike yaratan davranışı gerçekleştirmeye zaten kararlı olduğu bir durumda da diğer failin özensiz hareketinin nedenselliğini tespit etmek zorlaşacaktır.⁸⁷⁴ Nitekim kasıtlı suçlarda da suç işlemeye karar vermiş birine yönelik azmettirme davranışının nedenselliği ve cezalandırılabilirliği tartışma konusudur.⁸⁷⁵

Özetle, taksirli suçlarda cezai sorumluluğun, mutlaka neticeye doğrudan doğruya yol açan son hareket üzerinden izah edilmesi gerekmediğine katılmakla beraber, herkesin prensipte kendi eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği düşüncesi temelinde “suçlamanın öne çekilmesi”nin, yukarıda aktarılan olaylarda isabetli bir çözüm sunmadığı kanaatindeyim. Bu çözümün sonuç vermesi için Türk ceza hukukuna yabancı bir uygulama olan ve sakıncaları bilinen⁸⁷⁶ alternatif tipiklik kavramına ihtiyaç duyulması da meselenin genelde göz ardı edilen bir başka boyutunu oluşturmaktadır.

Tüm bunlara ilaveten özellikle suçlamanın öne çekilmesiyle cezalandırmanın mümkün olduğu tezinden hareketle, müşterek failliğin gereksiz (*überflüssig*) olduğu düşüncesi⁸⁷⁷ üzerinde durmak gerekir. Kanaatimce incelediğimiz olaylarda faillerin tipik neticeler bakımından yükümlülüğe aykırı, nedensel ve isnat edilebilir davranışlarının, başka bir ceza hukuku enstrümanıya da izah edilebilir olması, taksirli müşterek failliği dışlayan bir etki göstermez. Nitekim kasıtlı suçlarda da müşterek failliğin tereddütsüz bir şekilde kabul edildiği bazı durumlarda, müşterek faillik cezalandırma için tek alternatif değildir. Faillerden her birinin tipikliğin tüm unsurlarını bizzat gerçekleştirmiş olması ihtimalinde, böyle bir durum ortaya çıkmaktadır. Örneğin iki kişinin ortak bir karar çerçevesinde mağduru birlikte dövmesi ve her birinin mağduru yaralayan bir eylemi gerçekleştirmesi halinde⁸⁷⁸, herkesin tek başına fail olarak

⁸⁷³ Benzer yönde bkz. **Kamm**, s. 96.

⁸⁷⁴ **Rengier**, § 53, kn. 9.

⁸⁷⁵ Bu durumda (*omnimodo facturus*) azmettirmeden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. **Rengier**, § 45, kn. 33.

⁸⁷⁶ Alman hukukunda uygulama alanı bulan alternatif tipikliğin “in dubio pro reo” ilkesiyle arasındaki çizginin belirsizlik arz ettiği, fikri içtimadan sanığın aleyhine sonuç doğurması ve kanunda düzenlenmemesi itibarıyla farklılaşan alternatif tipiklikte ilgili cezalandırmanın kanunilik ve anayasa uygunluk sorunu yaşayacağı yönünde bkz. **Doğan**, Kuşkudan, s. 91.

⁸⁷⁷ **Rotsch**, Gemeinsames, s. 905.

⁸⁷⁸ Müşterek failliğin geleneksel hali olarak değerlendirilen ve her failin suçun belli bir parçasını yerine getirdiği “korelatif müşterek faillik” görünümünde olmasa da bu örnekte de müşterek failliğin gündeme geleceği kanaatindeyim. Ancak öğretide **Schmidt**, bu ihtimalde ALCK m. 25/2’ye başvurulmasını gereksiz bulmaktadır. Zira m. 25/2’nin karşılıklı isnadiyet fonksiyonu, müşterek failliğin tipik hali olan suçun iş bölümü esasına göre

sorumlu tutulması arzu edilirse, her bir failin kasten yaralama suçuna vücut veren bir davranışı tespit edilebilir. Tek başına bu durum; kasıtlı suçlarda müşterek failliğin kabulüne engel olmuyorsa taksirli suçlarda da aksi bir değerlendirmede bulunmamak gerekir.⁸⁷⁹ Aksi bir yaklaşım, müşterek failliği, neticenin başka türlü isnat edilemediği olaylarda gündeme gelecek ikincil bir enstrümana dönüştürecektir.⁸⁸⁰ Böylece bir anlamda haksız davranışın nasıl gerçekleştirildiği, ispat aşamasındaki gelişmelere göre cevaplanmış olacaktır. Kanaatimce somut bir olayda suçun nasıl işlendiği, kimlerin hangi iştirak statüleriyle suça iştirak ettiği, nedensellik sorunlarından bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Aksi halde birebir aynı şekilde meydana gelen iki farklı olayda; ispat durumuna göre iştirak statülerinin farklılaşması gündeme gelir.⁸⁸¹

Son olarak tüm sakıncalarına rağmen bu alternatif çözümlerin, ispat sorunu nedeniyle bireysel nedenselliğin aydınlatılamadığı olaylarda uygulanmasına karar verilse de bunların aşağıda inceleyeceğimiz artık oyla alınan kurul kararları bağlamında ortaya çıkan nedensellik sorununa izah getirememesi, taksirli müşterek faillik düşüncesini güçlendiren bir noktadır.⁸⁸²

3.4.2. Artık Oyla Alınan Kurul Kararlarının Tipik Neticeye Yol Açtığı Olaylar

3.4.2.1. Referans Noktası Olarak Deri Spreyi Kararı

Alman ceza hukukunda Deri Spreyi Kararı, ürünlerden doğan ceza hukuku sorumluluğu (*strafrechtliche Produkthaftung*) alanındaki tartışmaların merkezinde yer almaktadır.⁸⁸³ Bu içtihadı konu olayda; kurul üyelerinin kurul kararları bağlamında nedensel katkıları ele alınırken ortaya çıkan problemler, öğretide taksirli müşterek faillığe karşı son yıllarda yoğun bir şekilde artan ilgiyi izah edici niteliktedir.⁸⁸⁴ Bu değerlendirmelere geçmeden önce kararı genel hatlarıyla izah etmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

gerçekleştirilmesi durumunda sonuç doğuracaktır. Bkz. Schmidt, Rolf, **Strafrecht AT**, 22. Bs., Softcover, 2021, § 25 II, kn. 1004. Korelatif müşterek faillik hakkında ayrıca bkz. **Roxin**, JA 1979, s. 524; Bloy, **Beteiligungsform**, s. 372; **Özgenç**, Müşterek, s. 162 vd; **Açıkgöz**, s. 268.

⁸⁷⁹ Benzer yönde bkz. **Weißer**, JZ 1998, s. 235.

⁸⁸⁰ van Weezel, Alex, **Beteiligung bei Fahrlässigkeit**, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, s. 15, dn. 6.

⁸⁸¹ Öğretide *van Weezel*, isabetli olarak, bir eylemin birlikte hareket etme veya tek başına hareket etme modeline göre değerlendirilmesinin, somut olayda ortaya çıkacak nedensellik sorunlarına bağlı olamayacağını ifade etmektedir. Bkz. **van Weezel**, s. 15.

⁸⁸² Nitekim bu olay gruplarına ilişkin “suçlamanın öne çekilmesi” görüşüne taraftar olan *Greco*’ya göre; her bir kurul üyesinin, oylamaya katılmak suretiyle diğer kurul üyelerinin oy davranışları üzerinde etkili olduklarını ileri sürmek çok mümkün görünmemektedir. Böyle bir kabul tesadüfi sonuçlara yol açacaktır. Zira eğer faillerin sorumluluğu diğer kurul üyelerinin oy davranışları üzerinde etki göstermek üzerinden açıklanacak olursa, açık bir oylamada sadece ilk oy kullananlar için bir cezai sorumluluktan bahsedilecek ve son sırada oy kullanan kişi başkasını etkileyemeyeceği için bu kişinin cezasız kalması gerekecektir. Gizli bir oylamada ise ilk oyu kullanan tespit edilemeyeceğinden cezasızlık sonucu ortaya çıkacaktır. Görüldüğü üzere burada oylamada belirlenecek usul ve sıraya göre, kurul üyelerinin sorumluluğu tesadüfe kalmaktadır. Bkz. **Greco**, Kritik, s. 380.

⁸⁸³ **Hilgendorf**, s. 561.

⁸⁸⁴ Aynı yönde bkz. **Kamm**, s. 162.

BGH tarafından 1990 yılında verilen bu kararda;⁸⁸⁵ bir ana şirket ve buna bağlı alt şirketler tarafından piyasaya sürülen deri spreyi ürünlerinin, tüketicilerin sağlığında meydana getirdiği zararlı neticelerden, şirket yöneticilerinin yetkili kurullarda verdikleri oylar ve bu ürünlerin (zararlı etkilerine ilişkin geri bildirimlerden sonra) piyasadan geri toplanması noktasında gösterdikleri ihmalleri nedeniyle nasıl sorumlu tutulacakları ele alınmaktadır.

Karara konu olay; bir ana şirketin üretilip piyasaya sürmüş olduğu deri spreylerinin kullanıcılarda neden olduğu zararlara ilişkin şirket grubuna yapılan geri bildirimlerle başlamaktadır. Bu bildirimler üzerine şirket içinde gerekli incelemeler yapılmış olmasına rağmen sağlığa zararlı neticelere neyin yol açtığı tam olarak tespit edilememiştir. Şikayetlerin gittikçe artması üzerine ana şirket yöneticileri tarafından 12 Mayıs 1981 tarihinde özel bir yönetim kurulu toplantısı yapılmış ve toplantıda kurul üyelerine şirketin merkez laboratuvarının da yöneticisi baş kimyager tarafından yaşanan durum hakkında bir sunum gerçekleştirilmiştir. Bu toplantıda şirket içi araştırmaların sürdürülmesine ve ancak bu araştırmalar sonucunda gerçek bir üretim hatası ya da ispat edilebilir bir kullanım riskinin ortaya konulması sonrasında, ürünlerin satışının durdurulması yahut piyasadan toplanması şeklindeki tedbirlerin gündeme gelebileceğine oybirliğiyle karar verilmiştir. Bu toplantı sonrasında spreyin kullanımına bağlı olarak sağlık sorunları yaşayan tüketicilerin sayısı artmaya devam etmiş ve yapılan incelemelerden de bir sonuç çıkmamıştır. Nihayetinde ilgili sağlık otoritelerinin müdahalesi ile 20 Eylül 1983 tarihinde ana şirket, şikâyet edilen deri spreylerinin satışının durdurulmasına ve piyasadaki ürünlerin geri çağırılmasına karar vermiştir.⁸⁸⁶

Mahkeme tüketicilerde meydana gelen yaralanmalardan, şirket yöneticilerinin kasıtlı sorumlulukları için 12 Mayıs 1981 tarihini esas almıştır. Bu tarihe kadar kullanıcıların sağlığında meydana gelen bozulmalar (4 adet) taksirli suç kapsamında değerlendirilmiştir. Burada BGH, Mainz Eyalet Mahkemesi'nin tespitlerinden hareketle⁸⁸⁷ en geç 15 Şubat 1981 tarihinde kurul üyelerinin özel bir yönetim kurulu toplantısı düzenlemesine ilişkin gerekli inisiyatif almaları gerektiğini ve bu toplantıda ürünleri geri çağırma yönünde karar verme

⁸⁸⁵ BGHSt 37, 106.

⁸⁸⁶ Ürün ceza sorumluluğu (*strafrechtliche Produkthaftung*) alanında çok önemli bir içtihat ortaya koyan mahkeme, zararlı neticeleri kurul üyelerine isnat ederken, ceza hukukunun temel konularıyla yakından bağlantılı birçok soruna da çözüm üretmek durumunda kalmıştır. Ürünlerin piyasaya sürülmesi ile tüketicilerin sağlığında meydana gelen zararlar arasındaki genel nedensellik bağının tespiti ve yetkili kurul üyelerinin ihmalen (kasıtlı ve taksirli) sorumlu tutuldukları neticeler bakımından garantörsel statülerinin gerekçelendirilmesi, kararda mahkemenin uğraştığı önemli sorunlardandır. Çalışmamızın konusunu oluşturmayan bu sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Weißer, Bettina, **Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, (Weißer, Kollegialentscheidungen) s. 23 vd.

⁸⁸⁷ BGHSt 37, 106. kn. 8.

yükümlülükleri olduğunu kabul etmiştir.⁸⁸⁸ Dolayısıyla bu tespitle kurul üyelerinin zararlı ürünleri geri çağırma yükümlülüğüne zamansal bir sınır çizilmiştir.⁸⁸⁹ Davaya konu deri spreylерinin piyasaya sürülmesini şirket yöneticilerinin öngelen tehlikeli davranışı olarak yorumlayan mahkeme, ilgili aşamada üyelerin garantör olarak bu ürünün yarattığı tehlikeyi bertaraf etmekle yükümlü olduklarının altını çizmektedir. Özel yönetim kurulu toplantısına kadar sanıkların meydana gelen zararları kabullenerek hareket ettiklerine dair bir belirleme yapılamadığından, bu aşamada ancak taksirli ihmali sorumluluk gündeme gelmiştir. Dolayısıyla bu aşamada faillerin cezalandırılmasının altında yatan sebep, ürünün öngörülebilir zararlarına rağmen geri çağırılmaması yönünde ortaya konulan müşterek taksirli ihmaldir.⁸⁹⁰

Diğer taraftan BGH, özel yönetim kurulu toplantısında spreylерin meydana getirdiği zararlardan kesin olarak haberdar olan, geri çağırmanın avantaj ve dezavantajları konusunda bilgilendirilen ancak bunların satışının durdurulması ve piyasada olanların geri çağırılması yönünde yükümlülüklerini -ekonomik kaygılarla- yerine getirmeyen kurul üyelerini, bu tarihten sonra meydana gelen zararlı neticelerden olası kastla sorumlu tutmuştur.⁸⁹¹ Bu kasıtlı sorumluluğu da kendi içinde icrai ve ihmali olarak ikiye ayırmıştır. Toplantının yapıldığı güne kadar halihazırda piyasada bulunan ürünlerin, bu tarihten sonra kullanılmasıyla ortaya çıkan neticeleri kasıtlı ihmali yaralama (28 adet) olarak değerlendiren mahkeme, bu toplantıdan sonra piyasaya sürülen yeni ürünlerin sebep olduğu neticelerden sorumluluğu ise kasıtlı icrai yaralama (10 adet) bağlamında ele almıştır.⁸⁹²

⁸⁸⁸ BGHSt 37, 106. kn. 61. Kararın ilgili kısmından; mahkemenin, geri çağırma yükümlülüğünü neden bu tarihten başlattığı anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan ilgili üründen kaynaklanan ilk zararlı neticelere ilişkin bildirimlerin 1980 yılının sonbahar sonunda başladığı kararda belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemenin geri çağırma yükümlülüğünü 15 Şubat 1981 tarihinden başlatması, bundan önce meydana gelen neticelerden kurul üyelerine taksir suçlaması dahi yapılamayacağı anlamına gelmektedir. 15 Şubat-12 Mayıs arasında ortaya çıkan zararlı neticeler taksir, 12 Mayıs sonrasındakiler ise kast sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir.

⁸⁸⁹ Geri çağırma yönünde özen yükümlülüğünün ortaya çıktığı ana ilişkin benzer açıklamalar için bkz. **Weißer**, Kollegialentscheidungen, s. 77.

⁸⁹⁰ Benzer yönde **Dencker**, s. 174.

⁸⁹¹ Öğretide **Weißer**, bu toplantıda kurul üyelerinin ürünün risklerini bilerek herhangi bir karşı önlem almamaya açıkça karar verdiklerini ve böylece zararlı neticeleri olayların akışına bıraktıklarını ifade etmektedir. Burada aslında yönetim kurulu üyelerinin daha öncesinde de zararlı neticelere ilişkin bildirimlerden haberdar oldukları ileri sürülebilir ise de toplantıya kadar kurul üyelerinin, satış sağlamak amacıyla ürünlerin yarattığı tehlikeyi kabul ettiklerini varsaymanın, in dubio pro reo ilkesine aykırı olacağı kabul edilmelidir. Özetle yazar 12 Mayıs tarihli toplantının, kastın başlangıcı olarak belirlenmesini, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bir sonucu olarak görmektedir. **Weißer**, Kollegialentscheidungen, s. 78. Suçun subjektif unsurunu oluşturan kastın varlığı noktasında şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanmasına yönelik ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Doğan**, Kuşkudan, s. 204 vd.

⁸⁹² BGHSt 37, 106. kn. 33.

Çalışmamız bakımından kararın önemi, şirket yöneticilerinin bireysel olarak ortaya koydukları ihmalî davranışların⁸⁹³ nedenselliğinin değerlendirildiği aşamada karşımıza çıkmaktadır.⁸⁹⁴ Bu bağlamda şirket yöneticileri hem yönetim kurulu toplantısında ürünleri geri çağırma yönünde oy birliğiyle karar vermiş hem bundan önceki aşamada hep birlikte ihmal göstermişlerdir. Böyle olunca her bir yönetici; varsayımsal nedensellik bağlamında, “yükümlülüğe uygun bireysel icrai davranışının” geri çağırma için zaten yeterli olmayacağını savunabilir. Zira mahkeme kararından anlaşıldığı üzere⁸⁹⁵ ana şirketin yönetim kurulunda 4 kişi yer almaktadır. Bir kişinin karşı yönde oy kullanması sonucu değiştirmeyecektir. Toplantı öncesindeki taksirli sorumluluğa ilişkin zaman diliminde de yöneticilerden biri, geri çağırma yönünde kendisinden beklenen tüm çabayı gösterseydi de sonucun değişmeyeceğini ileri sürülebilir.

Mahkeme bu yöndeki itirazlara karşı, kasıtlı sorumluluk alanında müşterek failliği kabul etmek suretiyle bir çözüm ortaya koymuştur. Buna göre ortak bir yükümlülüğü ancak birlikte yerine getirebilecek olan garantörlerin, bunu yapmamaya birlikte karar vermesi halinde, müşterek faillik gündeme gelecektir. Olayda da 12 Mayıs günü kurul üyeleri oy birliğiyle karar alarak zararlı ürünlerin geri çağırılmasından kaçınmışlardır. Böylece müşterek fail olan her bir

⁸⁹³ Mahkemeye göre geri çağırma yükümlülüğünün doğduğu andan itibaren her bir kurul üyesine düşen bireysel yükümlülük, ürünleri geri çağırılması emri ve bunun icrası hakkında yönetim kurulunun bir karara varabilmesi için, sahip olduğu katılım hakkını (*Mitwirkungsrechte*) tam olarak kullanmak suretiyle kendisi için mümkün ve makul olanı (*das ihm Mögliche und Zumutbare*) yapmaktır. BGHSt 37, 106. kn. 56.

⁸⁹⁴ Burada mahkemenin iki farklı nedensellik sorununa çözüm aradığına dikkat edilmelidir. İlk olarak mahkeme, dava konusu ürünlerin kullanılması ile ortaya çıkan sağlık sorunları arasındaki genel nedenselliği ele almıştır. Burada ele alınan sorunlar, nedensellik alanında tek kişinin işlediği suçlarda da gündeme gelen sorunlardır. Kurul kararları bağlamında önem arz eden nedensellik ise genel nedenselliğin kabulü sonrasında ortaya çıkmaktadır. Zira bu ikinci nedenselliğe ilişkin incelemede, ürünlerin kullanımına yol açan ve artık oyla ortaya çıkan kurul kararlarının alınmasında kurul üyelerinin bireysel oylarının etkisi incelenmektedir. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Ko**, s. 32. **WeiBer**, *Kollegialentscheidungen*, s. 24, 80 vd. Eğer yetkili kurul üyeleri, gerekli bir kurul kararının alınmasını birlikte ihmal ederek, öngelen tehlikeli davranıştan doğan garantörsel yükümlülüğünü ihlal ediyorsa bu durumda da alınmayan kurul kararı bakımından kurul üyelerinin katkılarının nedenselliği gündeme gelecektir. Nitekim somut olayda da gerek taksirli ihmalî suçlar bakımından gerekse kasıtlı ihmalî suçlar bakımından kurul üyelerine yöneltilen suçlama, halihazırda piyasada bulunan ürünlerin geri çağırılması yönünde kendilerinden beklenen aktif bir davranış sergilememiş olmalarıdır. Her ne kadar ilk yönetim kurulu kararı 12 Mayıs 1981 tarihinde alınmış olsa da o tarihe kadar ürünlerin geri çağırılmaması da aslında kurul üyelerinin hiçbir inisiyatif almayarak birlikte oluşturdukları “zımnî” bir karardır. Ancak bu aşamada faillerin kasten hareket etmedikleri değerlendirilmiştir. 12 Mayıs 1981 tarihinde yapılan toplantıda ise açık bir karar alınmış ve kurul üyeleri ürünlerin toplanmaması yönünde oy kullanarak, piyasadaki ürünlerin yarattığı tehlikeye kayıtsız kalmışlardır. Dolayısıyla mahkeme her iki aşamada da ihmalî suçlara ilişkin kurul üyelerinin bireysel katkılarının nedenselliğini incelemiştir. Burada ihmalî davranışların nedenselliği ele alındığı için, kararda varsayımsal nedensellik bağından (*hypothetischer Ursachenzusammenhang*) bahsedilmektedir. (kn. 60) Buna göre gerçek olmayan ihmalî suçlarda; “yükümlülüğe uygun icrai davranış gerçekleştirilmiş olsaydı, tipik netice kesinliğe yakın bir ihtimalle meydana gelmezdi” tespiti yapılabiliriyorsa, nedensellik bağı mevcuttur. (kn. 58) Bu kritere göre mahkeme, ilk olarak geri çağırma yönünde bir karar alınmış olsaydı, bunun ara satıcılara zamanında ulaştırılabileceğini ve zararlı ürünlerden doğan yaralanmaların kesinliğe yakın bir ihtimalle engellenmiş olacağını tespit etmiştir. (kn. 60-61) Bundan sonrasında ise kurul üyelerinin bireysel olarak yükümlülüğe uygun davranışlarının, geri çağırma yönünde bir aksiyonu meydana getirip getirmeyeceği ele alınmıştır.

⁸⁹⁵ BGHSt 37, 106. kn. 5.

kurul üyesine diğerinin “ihmalî katkısı” isnat edilecek ve her biri bir bütün olarak geri çağırmanın ihmal edilmesinden sorumlu tutulacaktır.⁸⁹⁶

Taksirli yaralanmalar (4 adet) bakımından kurul üyelerinin sorumluluğu ise -taksirli müşterek faillik düşüncesi kabul edilmediği için- kümülatif nedensellik bağlamında ele alınmıştır. Buna göre icrai suçlar alanında, birbirinden bağımsız olarak suça katılan kişilerin ancak tüm katkıların bir araya gelmesi yoluyla tipik neticeye sebep oldukları durumlarda, kümülatif nedenselliğin yerine getirdiği fonksiyon, ihmalî suçlar alanına taşınmak istenmektedir. Zira mahkeme bu tür bir nedenselliğin ihmalî suçlarda da geçerli olduğu kanaatindedir. Dolayısıyla somut olayda yaralanmaları önlemek adına gereken önlem, yani yönetim kurulu tarafından kararlaştırılacak olan geri çağırma, ancak ilgili tarafların birlikte hareket etmesi ile gerçekleşebileceği için etkide bulunma imkanına rağmen ürünlerin geri çağırılması yönünde herhangi bir katkı sağlamayan üyelerden her biri geri çağırma kararının alınmamış olması bakımından bir neden oluşturmaktadır. Bu çerçevede üyelerin, geri çağırmanın gerçekleşmemesi nedeniyle ortaya çıkan tipik neticelerden sorumlu tutulması gerekir. Zira ancak böyle bir sonuç kurul üyelerinin ortak ve eşit derecedeki sorumluluklarına uygun olacaktır. Bu noktada tüm yönetimin geri çağırma kararı alması adına gösterilecek yükümlülüğe uygun çabaların, muhtemelen diğer yöneticiler tarafından reddedileceği ve akamete uğrayacağı iddiası nedensellik bağıını ortadan kaldırmayacaktır.⁸⁹⁷

Özetle Deri Spreyi Kararı’nda kasıtlı suçlar bağlamında müşterek failliği kabul eden mahkemenin, taksirli sorumluluk alanında kurul üyelerinin cezalandırılmasını, kümülatif nedensellik argümanı ile gerekçelendirdiği görülmektedir. Zaten BGH’nin istikrarlı içtihadı taksirli müşterek faillik düşüncesinin reddedilmesi yönündedir.⁸⁹⁸ Bu kararın; taksirli müşterek faillığe ilişkin tartışmalar üzerinde büyük etki göstermesi, kararda taksirli sorumluluk alanında başvuru kümülatif nedensellik çözümünün bariz bir şekilde sorunlu olmasından kaynaklanmaktadır. Zira kümülatif nedensellikte “fazlalık bir katkı” söz konusu olmayıp, netice

⁸⁹⁶ BGHSt 37, 106. Kn. 63-65. Mahkeme ayrıca, ana şirketin yönetim kurulundaki toplantıya katılmayan ancak şirketlerin yöneticisi olarak bu karar doğrultusunda hareket eden iki sanığı da art arda müşterek fail (*sukzessive Mittäterschaft*) kabul etmiştir. (kn. 66) Öğretide bunun için *birbirini izleyen* veya *ardışık* müşterek faillik kavramı da kullanılmaktadır. Krş. **Açıkgoz**, s. 228 vd; **Çakır**, s. 182 vd.

⁸⁹⁷ BGHSt 37, 106. kn. 69-71.

⁸⁹⁸ Deri Spreyi Kararı’ndan hareketle, Alman ceza hukuku uygulamasında, taksirli müşterek failliğin kabul edilmediği yönündeki isabetli değerlendirme için bkz. **Kamm**, s. 85. Nitekim BGH, yakın tarihli meşhur *Kudamm Yarışçıları* davasında da aynı yaklaşımını sürdürmüştür: “*ALCK m. 25/2’ye göre (müşterek) eylem kararının veya planının referans noktası her zaman bir suçtur. Müşterek faillerce işlenen bir öldürme suçu, ortak eylem kararının iş bölümü esasıyla bir insanın öldürülmesine yönelik olmasını gerektirir. Bu nedenle müşterek faillerce işlenen bir öldürme suçunun kabulü için, ortak bir girişime karar vermeleri ve bununla bir insanın hayatını kaybetmesi yeterli değildir.*” BGHSt 63, 88, 97 Rn. 27. Bu açıklamalar mahkemenin taksirli müşterek faillik düşüncesini reddettiğine işaret etmektedir. Aynı yönde bkz. **Greco**, Kritik, s. 361.

ancak tüm bu katkıların bir araya gelmesi suretiyle gerçekleştirilebilmektedir.⁸⁹⁹ Karara konu olayda ise zımni müşterek ihmal için her bir kurul üyesinin “ihmalî” katkısına ihtiyaç yoktur. 4 kişilik bir kuruldan üçünün ihmalî de aynı sonucu doğuracaktır. Dolayısıyla en az bir tane “artık ihmalî katkı” söz konusudur.

3.4.2.2. Taksirli Müşterek Faillîğe Alternatif Çözümler

Deri Spreyi Kararı’ndan da anlaşıldığı üzere, kurul kararlarından doğan neticeleri kurul üyelerine isnat edebilmek için, sadece ilgili kararın neticeye sebep olması yeterli değildir. Zira ceza hukuku sorumluluğu, daima belirli bir bireysel davranışı esas alır. Bu nedenle de müşterek faillik ihtimali dışında kullanılan her bir oy ile ortaya çıkan kurul kararı arasındaki nedenselliğin de tespiti gerekir.⁹⁰⁰ Ancak cezai sorumluluğa yol açan kurul kararının gerekli çoğunluğun üzerinde bir oyla (artık oy) alındığı durumlarda şart teorisi bağlamında sorun yaşanmakta ve üyelerin lehte kullandıkları her bir oyun nedenselliğine ilişkin öğretide farklı yaklaşımlar ileri sürülmektedir. Taksirli müşterek faillîği kabul etmeyen yazarlar, -kurul kararlarının belli durumlarda taksirli sorumluluğu gerektirdiğini dikkate alarak- müşterek faillik düşüncesine alternatif çözümlere odaklanmıştır. Bu çözüm önerilerini iki gruba ayırarak incelemek mümkündür: *i.* şart teorisi temelinde alternatif ve kümülatif nedensellik kavramlarıyla şekillenen görüşler, *ii.* kanuni şart teorisi çerçevesinde ortaya konan görüşler⁹⁰¹

Son olarak kurul üyelerinin sorumlu tutulacağı tipik neticeler bakımından isnad noktasının icrai-ihmalî hareket bağlamında nasıl değerlendirileceği önem arz etmektedir. Zira Deri Spreyi davasındaki gibi ilgili neticeler, kurul üyelerinin lehte oy kullanarak verdikleri veya bir girişimde bulunmayarak alınmasını ihmal ettikleri bir kurul kararının icrasından meydana gelebilir. Bu nedenle aşağıda ileri sürülen çözümlerin, her iki durumda da kurul üyelerinin davranışları (icrai yahut ihmalî) ile ortaya çıkan kurul kararları (açık yahut zımni⁹⁰²) arasındaki nedenselliği izah edebilmesi gerekir.

3.4.2.2.1. Şart Teorisi Bağlamında İleri Sürülen Görüşler

Almanya’da yargı uygulaması tarafından takip edilen ve öğretide de çoğunluk görüşü oluşturan⁹⁰³ şart teorisi (*Bedingungstheorie*), -temel olarak- yok sayılması halinde

⁸⁹⁹ Aynı yönde bkz. **Greco**, Kritik, s. 363.

⁹⁰⁰ Rotsch, Thomas, „Lederspray“ redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen, **ZIS**, 2018/1, sa. 1-13, (**Rotsch**, Lederspray), s. 5.

⁹⁰¹ Aynı yönde tasnif için bkz. **Ko**, 34 vd.

⁹⁰² Yükümlülüğe uygun bir kurul kararının alınmamış olması, bu yönde bir inisiyatif ortaya konulmamış olması kanaatimce zımni bir kurul kararı olarak değerlendirilebilir.

⁹⁰³ Aynı yönde tespit için bkz. **Bauman/Weber/Mitsch/Eisele**, § 10, kn. 6; **Satzger**, Gremienentscheidungen, s. 188; **Puppe**, AT, § 2, kn. 2. Ancak *Kindhäuser/Zimmerman*, nedenselliğin tespitinde “kanuni şart teorisi”sinin

(*Hinwegdenken*) neticenin somut şekliyle ortaya çıkmasının mümkün olmadığı tüm koşulları, ceza hukuku anlamında nedensel kabul etmektedir.⁹⁰⁴ Olmazsa olmaz anlamına gelen ve latince *sine-qua non* olarak anılan bu formül, aslında nedensel süreçteki koşullardan hangisinin, netice bakımından gerekli (*notwendig*) olduğunu tespit etmektedir. Buna göre netice açısından gerekli olan tüm koşullar eşit derecede nedenseldir.⁹⁰⁵

Ancak bu formülasyon, her birinin neticeyi meydana getirmek bakımından yeterli olan birden fazla koşulun, birbirinden bağımsız olarak bir araya geldiği durumlarda (iki kişinin her biri tek başına öldürücü doz zehri birbirinden habersiz olarak mağdurun içkisine karıştırması örneğindeki gibi) sonuç vermemektedir. Dolayısıyla alternatif nedensellik olarak ifade edilen bu tür durumlarda şart teorisi üzerinde bir uyarlamaya ihtiyaç duyulmaktadır. Buna göre birbirine alternatif olarak yok sayılabilen ancak kümülatif olarak yok sayılması halinde neticenin somut şekliyle ortaya çıkamayacağı tüm koşulların nedenselliği kabul edilmektedir. Özetle alternatif nedensellik olarak ifade edilen durumlarda, şart teorisinin formülünde değişiklik yapılmaktadır. Buna karşın kümülatif nedensellikte ise şart teorisinin esas formülüyle çelişen bir durum söz konusu değildir. Zira kümülatif nedensellik, tek başlarına neticeyi gerçekleştiremeyen koşulların, bu neticeyi ancak -birbirinden bağımsız olarak- bir araya gelmek suretiyle meydana getirebildikleri (iki kişinin tek başına öldürücü dozda olmayan ancak bir araya gelerek bu doza ulaşabilen miktardaki zehri mağdurun içkisine karıştırması gibi) olaylarda karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu koşullardan her biri, neticenin mevcut haliyle meydana gelebilmesi için gereklidir.⁹⁰⁶

Bu çerçevede artık oyla alınan kurul kararlarına ilişkin şart teorisi bağlamında ortaya konulan ilk çözüm, **kümülatif nedensellik** çerçevesinde şekillenmiştir. Buna göre kurul üyelerinin hukuka aykırı karar yönünde kullandıkları oylar da nedensel kabul edilmelidir. Zira her bir oy tek başına kurul kararı için etkili bir sebep (*wirksame Ursache*) değilse de diğerleriyle

(*Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung*) Alman ceza hukukunda hâkim görüşü oluşturduğu kanaatindedir. **Kindhäuser/Zimmerman**, §10, kn. 13.

⁹⁰⁴ Nitekim bu teori, neticenin ortaya çıkmasına herhangi bir şekilde katkıda bulunan koşulların her birini, eşit derecede nedensel kabul ettiği için, öğretide eşdeğerlilik teorisi (*Äquivalenztheorie*) olarak da anılmaktadır. **Satzger**, Gremienentscheidungen, s. 187. Ancak çalışmamız bakımından teorinin nasıl isimlendirildiği değil, nedensellik tespitinde kullandığı olmazsa olmaz ölçütü önem arz etmektedir.

⁹⁰⁵ **Puppe**, AT, § 2, kn. 2; **Kindhäuser/Zimmerman**, § 10, kn. 10.

⁹⁰⁶ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 6, II, kn. 226-231; **Greco**, Unterlassungsdelikten, s. 682; **Bauman/Weber/Mitsch/Eisele**, §10, kn. 7, 22-29; **Heinrich**, AT, kn. 222, 229. Şart teorisi bağlamında herhangi bir istisnaya yahut uyarlamaya ihtiyaç duyulmadan kümülatif nedenselliğin kabul edildiği olaylarda sorun isnadiyet aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Zira burada nedensel sürece katkıda bulunan kişiler ortak bir amaç çerçevesinde hareket etmedikleri için, sadece tesadüfen bir araya gelen koşulların neticeye yol açmasından bahsedilebilir. Bu nedenle kümülatif nedensellik kavramıyla izah edilmeye çalışılan olayları, nedensellikten ziyade isnadiyet bağlamında değerlendiren bir bakış açısı da mevcuttur. Bu yönde bkz. **Weißer**, Kollegialentscheidungen, s. 110.

birlikte bu etkiye ulaşmaktadır.⁹⁰⁷ Deri Spreyi Kararı'nda BGH, ihmali-taksirli sorumluluk alanında, müşterek faillığe başvurmada kurul üyelerinin cezai sorumluluğunu bu şekilde kabul etmiştir.⁹⁰⁸

Buna itiraz eden bir yaklaşıma göre kurul kararları bağlamında kümülatif nedensellikten bahsedilebilmesi için tipik neticeye yol açan (ihmal sorumluluğu bağlamında neticeyi engellemeyen) kurul kararının, sadece bir oy çoğunlukla verilmesi gerekir. (3 kişilik kuruldan iki üyenin, 5 kişilik kuruldan 3 üyenin oyuyla alınan karar) Zira ancak bu durumda cezai sorumluluğa yol açan kararın lehindeki her bir oy, kararın oluşumu bakımından gerekli olacaktır. Böylece kurul üyelerinin bireysel oylarının, tek başına kurul kararının oluşumu bakımından yeterli olmadığı ve ancak lehte kullanılan oyların tamamının bir araya gelmesiyle bu karara ulaşılabilirdiği tespitinden hareketle kümülatif nedenselliğin kabulü mümkün olur⁹⁰⁹ Dolayısıyla asgari çoğunluğun üzerinde bir oyla alınan kararlar, kümülatif değil **alternatif nedenselliğin** özel bir durumunu oluşturmaktadır. Buna göre şart teorisinin “olmazsa olmaz” formülüne alternatif nedensellik için yapılan uyarılama, burada da kurul üyelerinin oylarını nedensel kabul etmek için yeterli olacaktır.⁹¹⁰ Alternatif nedensellik çerçevesinde ortaya konulan bu çözümün ihmali suçlar bakımından da geçerli olacağı ileri sürülmektedir. Buna göre bir kurul üyesinin ihmali, kurulun hareketsizliği bakımından adeta nedensel (*quasi kausal*) niteliktedir. Dolayısıyla aynı çözümün taksirli suçlara da kolayca aktarılabileceği dikkate alındığında oldukça tartışmalı olan taksirli müşterek faillığe gerek kalmayacaktır.⁹¹¹

Öğretide başka bir görüş ise kurul kararının asgari çoğunluğun üzerinde bir oyla alındığı durumlarda; alternatif ve kümülatif nedenselliğin bir araya geldiği kanaatindedir. Buna göre her bir oyun tek başına yok sayılması, ilgili kurul kararının alınmasına engel teşkil etmese de diğer oylarla birlikte düşünüldüğünde aynı tespit yapılamamaktadır. Bu durum alternatif nedensellik görünümü arz etmektedir. Diğer taraftan tek başına hiçbir oy mevcut kararın alınmasına

⁹⁰⁷ Claus, Roxin, **Strafrecht AT**, I. Cilt, 4. Bs., C. H. Beck, Münih, 2006 (**Roxin**, AT I) §11, kn. 19. Ancak kitabın son baskısında bu görüşten vazgeçilmiş, kurul kararı lehindeki oylardan her biri (ayrı ayrı) yok sayılabildiği için kümülatif nedenselliğin burada söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede *Puppe*'nin, çoklu nedenselliğin (*Mehrfachkausalität*) ortaya çıktığı durumlarda, kanuni şart teorisinden hareketle oluşturduğu asgari şart (*Mindestbedingung*) kriterinin tatmin edici bir sonuç verdiği kanaatine ulaşılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Roxin/Greco**, § 11, kn. 19.

⁹⁰⁸ BGHSt 37, 106. Kn. 69-71.

⁹⁰⁹ Bu yönde bkz. **Wessels/ Beulke/Satzger**, § 6, II, kn. 233; **Kindhäuser/Zimmerman**, § 10, kn. 40; **Satzger**, *Gremienentscheidungen*, 191,192.

⁹¹⁰ **Kindhäuser/Zimmerman**, § 10, kn. 41. Ancak kurul üyelerinin bireysel oylarının kurul kararı için tek başına yeterli olmaması, bu görüşün zayıf noktasıdır. Zira alternatif nedensellik için, alternatif olduğu değerlendirilen her bir koşulun, tek başına neticeyi meydana getirebilecek nitelikte olması gerekir. Aynı yönde **Rotsch**, *Lederspray*, s. 6; **Satzger**, *Gremienentscheidungen*, 193.

⁹¹¹ Dreher, Sonja, “Mittelbare Unterlassungstäterschaft und Kausalität bei kollektivem Unterlassen – BGH, NJW 2003, 522”, **JuS**, 2004, sa. 17–18, s. 18.

yetmemekte ve ancak diğerleriyle bir araya gelerek kararın alınmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla bu tür durumlarda **alternatif ve kümülatif nedensellik** bir araya gelmektedir. Bu bağlamda kararın lehinde kullanılan her bir oyun, kararın oluşmasında kümülatif ve alternatif olarak nedensel olduğu ileri sürülmektedir.⁹¹² Buna göre, aslında artık oyun söz konusu olduğu durumlarda, kurul kararı için yeterli çoğunluğun elde edilmesi adına birden fazla ihtimalden bahsetmek mümkündür. Zira örneğin 4 kişinin lehte 1 kişinin aleyhte oy kullanıldığı bir oylamada, aslında kurul kararı üç oyla da alınabilmektedir. Bu dört oyun içinde yeterli çoğunluğun sağlandığı her bir ihtimalde, yeterliliği sağlayan üçüncü oy (belirleyici) ile dışarıda kalan dördüncü (artık) oy arasında alternatif nedensellik söz konusudur. Yani lehe kullanılan iki oy sabit tutulduğunda; çoğunluğu sağlayacak belirleyici oyun hangisi olduğu noktasında, diğer iki oy arasında alternatif nedensellik gündeme gelir. Bu çerçevede üçüncü ve dördüncü oydan herhangi birinin tek başına yok sayılması mümkünken birlikte yok sayılmaları, kurul kararının mevcut haliyle ortaya çıkmasına engel teşkil edecektir. Diğer taraftan yeterli çoğunluğu oluşturan her bir oy, bu çoğunluğun içindeki diğer iki oyla beraber kümülatif nedensellik meydana getirir. Zira bu oylar tek başına yeterli çoğunluğu oluşturmamakta ve ancak diğer iki oyla bir araya geldiğinde kurul kararı için gerekli çoğunluk elde edilebilmektedir. Bu açıklamalar lehe yönde kullanılan her bir oy için ayrı ayrı geçerliliğini korumaktadır. Bu nedenle de her bir oy, kurul kararının oluşumunda alternatif ve kümülatif olarak nedenseldir.⁹¹³

3.4.2.2.2. Kanuni Şart Teorisi Bağlamında *Puppe*'nin “Asgari Yeterli Şart” Formülü⁹¹⁴

Kanuni şart teorisini takip eden *Jescheck/Weigend*⁹¹⁵'e göre, bir hareketin koşul niteliği (*Bedingungsqualität*), *sine qua non* formülündeki gibi gerçekleşen bir nedensel süreci, farazi olarak kurgulanan bir başka nedensel süreçle karşılaştırmak suretiyle belirlenemez. Böyle bir farazi eleme yöntemi yerine, nedensel süreçteki etkenleri doğa kanunları çerçevesinde bir

⁹¹² **Wessels/ Beulke/Satzger**, § 6, II, kn. 234.

⁹¹³ **Satzger**, *Gremienentscheidungen*, s. 193. Türk hukukunda *Karaarslan*, artık oyun gündeme geldiği durumlarda kurul kararı için yeterli çoğunluğu oluşturan her bir kombinasyonun, diğer yeterli çoğunluk kombinasyonlarıyla alternatif nedensellik ilişkisi içinde olduğunu ve bu kombinasyonları meydana getiren bireysel oyların ise kombinasyon içinde kendi aralarında kümülatif nedensellik meydana getirdiği kanaatindedir. Buna göre üç kişilik bir kurulda; E-F, F-G, E-G şeklinde ortaya çıkması muhtemel tüm yeterli çoğunluk kombinasyonları, kurul kararının oluşumu bakımından kendi aralarında alternatif nedensellik ilişkisi içindedir. Diğer taraftan kombinasyonların içindeki bireysel oylar birbirlerine muhtaç olduklarından kendi aralarında kümülatif nedenseldir. Her biri tek başına içinde bulunduğu kombinasyonu ortaya çıkarmaya yetmezken ancak diğer oyla beraber karar için yeterli çoğunluğu oluşturabilmektedir. Yazara göre; kümülatif nedenlerin alternatifliği olarak nitelendirilen bu yöntemle, icrai suçlar alanında kurul üyelerinin verdikleri oyların nedenselliği açıklanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karaaslan**, s. 137 vd. Ancak *Başer*'e göre; bu çözüm son derece karmaşık olup özünde nedensellik sorunu, nihayetinde alternatif nedensellik temelinde çözümlenmektedir. **Başer**, s. 273.

⁹¹⁴ Kurul kararlarındaki nedensellik sorununun, kanuni şart teorisinden hareketle çözülebileceğini ileri süren çok sayıda yazar olmasına rağmen, çalışmanın sınırlarını genişletmemek adına ve önemine binaen burada sadece *Puppe*'nin yaklaşımı ele alınacaktır.

⁹¹⁵ **Jescheck/Weigend**, § 28, II, kn. 4.

değerlendirmeye tabi tutmak gerekir. Buna göre dış dünyada bir hareketi zamansal olarak takip etmek suretiyle ortaya çıkan değişikliklerin, bilinen doğa kanunları çerçevesinde o eylemle gerekli bir bağlantı (*notwendig verbunden*) içinde olduğu ve ceza hukuku anlamında tipik bir neticeyi oluşturduğu tespit edilebiliyorsa, kanuni şart teorisi bağlamında nedensellikten bahsetmek mümkün olacaktır.⁹¹⁶

Kanuni şart teorisini önemli oranda geliştirdiği kabul edilen⁹¹⁷ *Puppe* ise; özellikle -kurul kararlarında olduğu gibi- çoklu nedenselliğin gündeme geldiği durumlar için bir formüle ulaşmıştır. Buna göre öncelikle nedenselliğin tespiti için mutlaka gerekli koşulun (*notwendige Bedingung*) varlığı aranmamalı, netice için -doğa kanunlarına göre- yeterli olduğu belirlenen koşullar (*hinreichende Bedingung*) nedensel kabul edilmelidir.⁹¹⁸ Neticenin ortaya çıkması için ona nedensellik zinciri ile bağlı birden fazla “yeterli koşul”un varlığı halinde çifte nedensellik ya da çoklu nedensellikten (*Doppel-oder Mehrfachkausalität*) bahsedilmelidir. Bu çok sayıda yeterli koşulun her biri ise somut olayda birden fazla eylemden meydana gelmiş olabilir. İşte bu noktada eğer bir davranış, netice bakımından yeterli olduğu doğa kanunlarına göre belirlenmiş ve somut olarak da gerçekleşmiş “*asgari yeterli koşul*”lardan (*hinreichende Mindestbedingung*) birinin gerekli bir unsuru ise⁹¹⁹, ceza hukuku bağlamında netice

⁹¹⁶ Nitekim kanuni şart teorisinin temellerini atan *Engisch*, nedensellik bağlantısını en iyi ortaya koyacak “sebeup kavramı”nın metafizik ve mantığa dayanan bir bakış açısıyla değil doğa bilimleri ve felsefe alanında bulunabileceğini belirtmiş ve bu kavramı ceza hukukunda nedensellik sorununa uyarlayarak kendi formülünü geliştirmiştir. Buna göre özetle, bir davranış zamansal olarak takip etmek suretiyle dış dünyada meydana gelen değişikliklerin, doğa kanunları çerçevesinde hem bu davranışla hem de gerçekleşme sıralarına göre birbirleriyle bağlantılı oldukları tespit edilirse, davranışın nedensel olduğu ortaya çıkacaktır. Bkz. **Engisch**, Kusalität, s. 21.

⁹¹⁷ Öğretide *Roxin/Greco*, kanuni şart teorisinin ortaya koyduğu formülün, *sine qua non* formülü gibi belli durumlarda yetersiz kaldığını vurgulayarak, bu teorinin ihtiyaç duyduğu açıklığa *Puppe* sayesinde kavuştuğunu vurgulamaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Roxin/Greco**, §11, kn. 15a. *sine qua non*

⁹¹⁸ Burada yazar, *sine qua non* formülünde aranan gerekli koşulun, “*nur wenn q, dann e*” şeklindeki kural doğrultusunda elde edildiğini, ancak yeterli koşul için “*immer wenn q, dann e*” şeklindeki kuralın uygulama alanı bulacağını belirterek aralarındaki farka vurgu yapmak istemiştir. Dolayısıyla nedensel süreçte -doğa kanunları çerçevesinde- incelenen etkenlerden q’nun mevcut olduğu her durumda e meydana geliyorsa q, e neticesi bakımından nedenseldir. Bunun ötesinde q’nun e neticesi için “olmazsa olmaz”lığını tespiti ihtiyaç yoktur. *Sine qua non* formülündeki “*nur wenn q, dann e*” kuralından hareketle ifade edecek olursak, e’nin meydana gelmesi ancak q’nun varlığına bağlı olmak zorunda değildir. Ayrıntılı açıklamalar için *Puppe*, Ingeborg, “Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht”, **ZsTW**, 1980, 92/4, sa. 863-911, (**Puppe**, Erfolg), s. 868 vd.

⁹¹⁹ *Puppe*’nin ortaya attığı asgari yeterli şart formülüne göre çoklu nedenselliğin gündeme geldiği durumlarda aslında nedenselliğin iki aşamada tespit edildiğini söylemek mümkündür. Buna göre öncelikle doğa kanunları çerçevesinde ortaya çıkan netice için yeterli koşulun ne olduğu belirlenecektir. Sonrasında ise nedensel süreçte incelenmesi gereken bireysel davranışların, bu yeterli koşulun içinden izole edilerek bu koşul için gerekli bir unsur olup olmadıklarına karar verilecektir. Dolayısıyla bu aşamada, “incelemeye konu davranış gerçekleştirilmeseydi yeterli koşul gündeme gelir miydi?” sorusuna cevap aranmaktadır. Dolayısıyla yazar her ne kadar *sine qua non* formülüne itiraz etse de kendi çözüm önerisinde de (en azından bireysel sebeplerin incelendiği aşamada) “yok sayma” yöntemine başvurmak durumunda kalmıştır. Ancak yazara göre burada, *sine qua non* formülündeki gibi bir neticenin o koşul olmadan da meydana gelip gelmeyeceğini incelemek için, eylemin dünyadan yok sayılması gibi bir yöntem izlenmemektedir. Önerdiği yöntemde eylem, zaten halihazırda netice için yeterli olduğu tespit edilen koşullardan ayrı düşünülerek, bu eylem olmasaydı da aynı koşulun netice için yeterli olup olmadığına karar verilmektedir. **Puppe**, AT, §2, kn. 6, 13.

bakımından nedenseldir. Özetle çoklu nedenselliğin gündeme geldiği durumlarda “yeterli asgari koşullardan birinin gerekli bir unsuru” (*notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung*)⁹²⁰ olarak değerlendirilen davranışlar nedenseldir.⁹²¹

Yazara göre yeterli asgari şart yöntemi, Deri Spreyi Kararı’na konu olan kurul kararına uygulandığında, her bir kurul üyesinin nedenselliği izah edilebilecektir. Zira 4 kişilik bir kuruldan çıkan kararda her bir oy, diğer iki oyla beraber yeterli asgari şartı oluştururlar. Somut olayda birden fazla yeterli koşulun ve dolayısıyla çoklu nedenselliğin söz konusu olması ve yeterli koşulları (üç oyun elde edildiği farklı varyasyonları) oluşturan elementlerin (bireysel oyların) kısmen aynı olmaları bu sonucu değiştirmez. Özetle her bir oy, kurul kararı için yeterliliği belirlenen asgari koşullardan birinin gerekli bir unsuru olarak nedenseldir.⁹²²

Puppe’ye göre Deri Spreyi Kararı’nda garantörsel yükümlülüklerini kasten yerine getirmediğinden hareketle⁹²³ kurul üyelerinin müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları doğru değildir. Zira mahkeme, kurul üyelerinin müşterek fail olduklarını tespit etmeden önce bireysel olarak davranışlarının neticeler üzerindeki nedenselliklerini belirlemelidir. Çünkü müşterek faillik her bir failin netice için nedensel katkısını şart koşar. Müşterek faillik nedenselliği değil, nedensellik müşterek failliği izah eden bir fonksiyon ifa eder.⁹²⁴

Dolayısıyla ilgili içtihadında BGH’nin, 12 Mayıs tarihli toplantıdan sonra ortaya çıkan yaralanmalar bakımından, müşterek faillik temelinde kurul üyelerinin cezai sorumluluğunu görece daha sorunsuz biçimde gerekçelendirdiği düşünülse de yazar bu gerekçelendirmenin de doğru olmadığı kanaatindedir. Buradaki sorun, yeterli asgari şart yöntemi çerçevesinde çözülmelidir.

3.4.2.3. Ara Değerlendirme

Artık oyla verilen kurul kararları bağlamında hâkim öğreti doğrultusunda şart teorisi takip edilecek olursa bireysel oyların nedenselliği, tek başına ne alternatif nedensellikte ne de kümülatif nedensellikte açıklanamaz. Zira kurul üyelerinin bireysel oyları tek başına ve ayrı ayrı ele alındığında; kararın oluşumu bakımından yeterli olmadıkları için alternatif nedensellik, asgari karar yeter sayısının üzerinde en az bir artık oy sayısı söz konusu olduğu için de

⁹²⁰ *Roxin/Greco* kanuni şart teorisinin ortaya koyduğu formülün, *Puppe* tarafından ileri sürülen “asgari yeterli şart” (*Formel der Mindestbedingung*) formülüyle önemli bir gelişim gösterdiği kanaatindedir. **Roxin/Greco**, § 11, kn. 15a.

⁹²¹ **Puppe**, *Erfolg*, s. 909 vd; **Puppe**, *AT*, § 2, kn. 1 vd.

⁹²² **Puppe**, *AT*, § 2, kn. 13.

⁹²³ 12 Mayıs tarihli toplantıdan sonra, o ana kadar piyasada olan ve geri çağrılmayan ürünlerin kullanılmasından doğan neticeler bakımından.

⁹²⁴ **Puppe**, *AT*, § 2, kn. 12.

kümülatif nedensellik ihtimali dışlanmalıdır. Artık oyla alınan kurul kararları için her iki tespitin de yapılamayacağı ortadadır.

Diğer taraftan şart teorisine bağlı kalmak adına ortaya konulan, alternatif ve kümülatif nedensellik kombinasyonu ise aslında bu teorinin isabetliliğine gölge düşürmektedir. Zaten alternatif nedensellik için ortaya konulan uyarılma formülü dahi şart teorisinin içinde tutarlı ve uygun bir kriter ortaya koyamamaktadır. Nitekim “*alternatif olarak yok sayılabilen ancak kümülatif olarak yok sayılamayan*” şeklindeki formül, teorinin temel prensibini açıkça reddetmekte ve böylece tek başına nedensellik kriterini karşılamayan, yani “olmazsa olmaz” sayılamayacak koşulların da nedenselliği sağlanmaktadır. Şart teorisinin *sine qua non* formülüyle alternatif nedensellik olarak nitelendirilen olay grupları için önerilen formülasyon karşılaştırıldığında, bunların birbirini dışladığı ve dolayısıyla bu iki formülden ancak birinin doğru kabul edilebileceği anlaşılmaktadır.⁹²⁵ Bu yönüyle alternatif nedensellik için önerilen formülün, şart teorisinin zorlandığı durumlarda arzulanan sonuca ulaşmak için geliştirildiği eleştirisine⁹²⁶ hak vermek gerekir. Şart teorisinin isabetliliğine yönelik alternatif nedenselliğin ortaya çıkardığı şüpheler, artık oyla alınan kurul kararlarında alternatif ve kümülatif nedensellik kombinasyonu ile daha da güçlenmektedir. Ayrıca kümülatif veya alternatif nedenselliğin, icrai hareket temelinde formüle edildiği dikkate alındığında, kurul üyelerinin ihmali sorumluluğunu izah ederken bu kombinasyonun yetersiz kalacağı da ortadadır.⁹²⁷

Özetle şart teorisinin temel formülünün, birçok durumda olduğu üzere⁹²⁸, artık oyla alınan kurul kararlarında da kombinasyon çözümüyle uyarlanması, meseleyi ekstrem ders kitabı örneklerindeki isabetsiz sonuçları aşan bir noktaya taşımaktadır. Kurul kararlarının ceza sorumluluğu bağlamında gündeme gelme sıklığı dikkate alındığında, bu noktada yetersiz kalan bir nedensellik öğretisinin takibi oldukça zorlaşır. Nitekim günümüz modern toplumlarında bireylerin sağlığı ve hayatı üzerinde önemli riskler doğurmasına rağmen, gerçekleştirilmesinde

⁹²⁵ Dencker, s. 52.

⁹²⁶ Greco, Unterlassungsdelikten, s. 683.

⁹²⁷ Nitekim öğretide Karaaslan, artık oyla alınan kurul kararları bağlamında kurul üyelerinin icrai suçlardan sorumluluğunu izah ederken, bu kombinasyondan hareketle bir çözüm bulunabileceği görüşünde olmasına rağmen, aynı yöntemin ihmali suçlarda sonuç vermeyeceği kanaatindedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Karaaslan, s. 148-150.

⁹²⁸ Nitekim öğretide, bu formülün, sadece alternatif nedensellikte değil, hipotetik nedensellikte de kabul edilemez sonuçlar doğurduğu tespit edilmektedir. Hipotetik nedenselliğe ilişkin, savaş halinde kanuna aykırı bir şekilde atış yapan kişinin durumu örnek gösterilmektedir. Buna göre atışı yapan kişi, (savaş halinin şartları göz önünde bulundurulduğunda) kendisi atış yapmasaydı dahi bir başka askerin aynı atışı aynı şekilde gerçekleştireceğini ileri sürebilir. Bu durumda atışı gerçekleştiren kişinin eylemi yok sayılsa da aynı netice meydana gelebilecektir. Bu sonuçtan kaçınabilmek için, şart teorisinin tatbikinde hipotetik nedenlerin değerlendirme dışı bırakılması suretiyle bir çözüme ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle alternatif ve hipotetik nedensellik olarak ele alınan olaylarda, “olmazsa olmaz” formülünün yol açtığı hatalı sonuçları görmek mümkündür. Roxin/Greco, § 11, kn. 13,14.

zorunluluk görülen birçok faaliyet, yetkili kurul kararları kapsamında yürütülmektedir. Bu yetkili kurul bir şirket bünyesinde olabileceği gibi, tehlikeli faaliyeti yürütene göre vakıf, dernek, belediye, KİT gibi birçok tüzel kişiliğin bünyesinde karşımıza çıkabilir. Bu kapsamda sadece toplu ulaşım, ilaç sanayi, otonom araçlar, gıda sektörü, madencilik gibi tehlikeli faaliyetler bile kurul kararlarından doğan ceza sorumluluğunun önemine işaret etmektedir. Bu nedenle gerek temel formülüyle gerekse uyarlanan formülleriyle şart teorisi, izin verilmeyen tehlikenin kaynağını teşkil eden kurul kararına iştirak eden kişileri, kararın icrasıyla ortaya çıkan tipik neticelerden sorumlu tutma noktasında yetersiz kalıyorsa burada artık önemli bir sorundan bahsetmek gerekir. Nitekim öğretide *Greco*, şimdiye kadar alternatif nedensellik bağlamında zehir örneği üzerinden bu formülün eksikliğine ilişkin yapılan itirazların sadece teorik bir baskı oluşturduğunu ancak bugün artık oyla alınan kurul kararlarının şart teorisi üzerinde bizzat hayatın içinden gelen bir baskıya yol açtığı düşüncesindedir.⁹²⁹ Yazara göre artık oyla alınan kurul kararlarındaki nedensellik sorunu, şart teorisinden hareketle ve uyarlama çabalarıyla çözümlenemeyecek kadar büyük olup *sine qua non* formülünün takip edilmesinden vazgeçilmesi adına bir fırsattır.

Bu bağlamda *Puppe*'nin “yeterli asgari koşulun gerekli bir unsuru” (*notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung*) şeklinde ifade ettiği formül de haklı itirazlar temelinde oluşturulmuş bir alternatif nedensellik kabulü ortaya koymaktadır.⁹³⁰ Bu formülün en dikkat çekici özelliği -artık oyla alınan kurul kararlarında olduğu gibi- çoklu yahut alternatif nedensellik durumlarında, şart teorisinin içinden çıkamadığı sorunları hedef almasıdır.⁹³¹ Ancak formülün kompleks yapısı, istikrarlı bir uygulamanın önündeki muhtemel bir engel olarak görülebilir. Diğer taraftan müşterek failliğin kabulüyle, yukarıda özetlemeye çalıştığımız ve zaman zaman oldukça karmaşıklaşan doktrinsel tartışmalara da ihtiyaç kalmayacağı açıktır. Zira müşterek faillik, faillerin bireysel katkılarının nedenselliğine duyulan ihtiyacı ortadan kaldıracağından katkıda bulunulan bütün eylemle netice arasındaki nedensellik yeterli olacaktır. Kurul kararlarında da bu “bütün eylem”, izin verilmeyen bir tehlike oluşturan kurul kararıdır. Kararın ceza hukukunu ilgilendiren tipik neticeler bakımından nedensel olması, müşterek fail konumundaki kurul üyelerinin ceza sorumluluğu için yeterli görülecektir. Böylece ceza hukuku haksızlığının kaynağını oluşturan kurul kararına katılan kişiler bakımından, kast ve taksire göre birbirinden esaslı bir şekilde farklılaşan değerlendirmelere ihtiyaç

⁹²⁹ **Greco**, Kritik, s. 380.

⁹³⁰ Aynı yönde bkz. **Roxin/Greco**, § 11, kn. 15a vd; **Greco**, Kritik, s. 381.

⁹³¹ **Roxin/Greco**, § 11, kn. 15g.

kalmayacaktır. Birlikte gerçekleştirildiğinde şüphe bulunmayan iki haksızlığın, farklı sorumluluk modellerine dahil edilmesi çabası isabetli değildir.⁹³²

Ayrıca daha önce de vurgulandığı şekliyle somut bir olayda suça iştirak edenler arasındaki iştirak modelinin belirlenmesi, nedensellik sorunlarından bağımsız bir şekilde ele alınması gerekir. Böylece suçun birden fazla kişi tarafından nasıl gerçekleştirildiği sorusu, tesadüflere göre belirlenmemiş olacaktır. Dolayısıyla nedensellik bağlamında hangi yaklaşımın benimseneceği, izin verilmeyen tehlikenin birlikte mi yoksa tek başına mı yaratıldığı/engellenmediği noktasında belirleyici bir rol oynamaz. Bu bağlamda artık oyla alınan kurul kararlarında bireysel oyların nedenselliğine ilişkin tartışmalar, şart teorisine ilişkin eleştirel değerlendirmeler için haklı bir zemin oluştursa da taksirli müşterek failliğin bunun ötesinde bir konuma sahip olduğuna dikkat edilmelidir.

Müşterek failliğin nedensellik bağına ikame edici etkisi bağlamında yapılan açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde alternatif müşterek faillikle büyük bir benzerlik gösteren artık oyla alınan kurul kararları, ikame edici etkinin (2) numaralı sonucuyla ilişkili olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla Deri Spreyi Olayı'ndaki gibi tipik neticeye yol açan kurul kararının artık oyla alındığı durumlarda, cezai sorumluluğun müşterek faillik temelinde belirlenmesi, nedensellik sorununun çok rahat bir şekilde çözülmesini sağlayacaktır. Kasıtlı suçlarda bu çözümün benimsenmesi büyük bir itirazla karşılaşmamaktadır. Taksirli suçlar için de müşterek faillik kabul edildiğinde lehe yönde kullanılan oylardan hangisinin özen yükümlülüğüne aykırı kurul kararını ortaya çıkardığından bağımsız olarak, her bir kurul üyesinin katkısı diğerine isnad edileceğinden *Gesamthandlung* (lehe yönde kullanılan tüm oylar) ile sonuç (kurul kararı) arasındaki nedensellik bağı yeterli olacaktır.⁹³³ Nitekim *Roxin*'e göre müşterek faillığe özgü bu isnadiyet mekanizmasının taksirli taksirli suçlardaki en önemli fonksiyonu, kurul kararlarındaki nedensellik sorununun aşılmasıyla karşımıza çıkmaktadır.⁹³⁴

⁹³² Bu yönde bir gayret gösteren ve kurul kararlarındaki nedensellik sorununa kanuni şart teorisi bağlamında çözüm öneren *Hilgendorf*'a göre; müşterek faillikte faillerden her birinin ortaya çıkan neticeye nedensel bir katkıda bulunması gerektiği düşüncesi ve bunun müşterek failliğin unsurlarından birisi olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. Zira müşterek faillikte nedensellik, birlikte inşa edilen ortak davranış ile netice arasındaki nedensellik olarak ele alınması gerektiğinden, bireysel katkıların nedenselliğine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle Deri Spreyi Kararı'nda, kasıtlı suçlar alanında müşterek faillikten hareketle ortaya konulan çözüme karşı çıkılmamalıdır. Yazara göre kanuni şart teorisi bağlamında çözümlenmesi gereken nedensellik sorunu, taksirli suçlarla ilgilidir. Bkz. *Hilgendorf*, s. 563 vd. Dolayısıyla hatalı bir şekilde aynı kurul üyeleri, verdikleri karardan dolayı birlikte gerçekleştirdikleri haksızlıklardan bazıları için müştereken, bazıları için yan yana fail olarak sorumlu tutulmaktadır.

⁹³³ Benzer yönde bkz. *Karaaslan*, s. 290.

⁹³⁴ *Roxin*, AT II, § 25, kn. 213.

3.5. Kasıtlı Haksızlığın Uzantısı Olarak Taksirli Müşterek Faillik

Taksirli müşterek sorumluluk, temelde kasten işlenen bir suç bağlamında da gündeme gelebilir. Müştereken gerçekleştirilen kasıtlı suçun icrasında sınırın aşılması (*Exzess*), hata veya sapma sonucunda sebebiyet verilen neticelerin konuyla ilişkili olduğunu ifade etmek mümkündür. Rolling-Stones Olayı'nı farklı ihtimallere göre uyarladığımızda taksirli müşterek faillik düşüncesinin kasıtlı suçlarla olan yakın ilişkisi basitçe ortaya konulabilir.

1. Varyasyon: İlk olarak kayaları yuvarlayan faillerin mağduru öldürmek kastıyla hareket ettiği ancak mağdura isabet eden taşın devamında bir başkasını ezerek onun da ölümüne veya yaralanmasına yol açtığı varsayılmalıdır. Burada her iki mağdurun da zarar görmesine neden olan, faillerden birinin yuvarladığı taştır. Kastan gerçekleştirilen öldürme bakımından müşterek failliğin karşılıklı isnadiyet fonksiyonunu kabul etmekte bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak üçüncü kişinin yaralanması veya ölümü açısından her iki faile de taksir suçlaması yapılabilse de müşterek faillik ihtimali dışında nedensellik sorunu çözümlenmeden sorumluluk tesis edilemeyecektir. Burada failler tarafından istenmeyen netice, hata veya sapma sonucunda gündeme gelmiş olabilir.

2. Varyasyon: Olayın ikinci uyarlamasında kayaları yuvarlayan faillerin, mağduru yaralama kastıyla hareket ettiği varsayılmalıdır. Ortak suç işleme kararı mağduru yaralamayı kapsamaktayken, müştereken gerçekleştirilen tehlikeli eylem mağdurun ölümüne yani “özel netice”ye⁹³⁵ yol açmış olacaktır. Burada da nihai nedensel davranışın kim tarafından gerçekleştirildiği tespit edilemediğinde neticesi sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçundan her iki failin de nasıl sorumlu tutulacağı sorusu gündeme gelmektedir. Zira TCK m. 87/4 bağlamında özel ölüm neticesine taksirle yol açılmışsa müşterek faillerin davranışlarının bu netice bakımından birbirine isnadı için taksirli müşterek failliğin olayda taksir kısmını da kapsayacak şekilde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun tamamı bakımından kabul edilmesi gerekir. Nitekim m. 87/4'teki suçun, kendi içinde temel kasten yaralama suçu ile taksirle öldürme suçunun bir araya gelmesinden oluştuğu bilinmektedir.⁹³⁶

⁹³⁵ Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda temel suç tipine ilaveten ortaya çıkan ve cezayı ağırlaştıran neticenin, temel suç tipindeki olağan neticeden farklılığını vurgulamak adına “özel netice” olarak ifade edilmesi isabetlidir. Aynı yönde Doğan, “temel suç tipine ait neticenin ağırlaşmış şekli” ile “temel suç tipine ait olandan farklı” özel netice türleri arasında ayrım yapmaktadır. Bkz. Doğan, Koray, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Bs., Adalet, Ankara, 2015, s. 123.

⁹³⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 234, dn. 200. Bu bağlamda suçun ikili bir yapıya sahip olduğu yönünde bkz. Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bs., Adalet, Ankara, 2020, (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler) s. 236.

Yukarıdaki varyasyonlardan ilk bakışta kolayca anlaşılabilceği üzere taksirli müşterek faillik, birlikte gerçekleştirilen kasıtlı haksızlığın bir uzantısı olarak her zaman gündeme gelebilir. Yargıtay'ın *Av Tüfeği Kararı*⁹³⁷ da meselenin sapma boyutuna ilişkin önemli bir örnek oluşturmaktadır. Karara konu olayda; "Kavakdere Köyü, Düğümlü Mezrası'ndan olup yurt dışında işçi olarak çalışan Yusuf, köy muhtarı Mehmet'in kızını kardeşinin oğluna istemiştir. Taleplerinin reddedildiğini ve akabinde kızın aynı mezradan başka bir şahısla nişanlandığını duyarak üzüntüye kapılan Yusuf, yanında Zülfü, Halit ve Zeki olduğu hâlde, silahlı olarak Kavakdere Köyü'ne gelerek, öldürülen Zeki tabanca ile yanındaki Halit av tüfeği ile 20 metreden; sanıklar Yusuf ve Zülfü ise, yivsiz ve setsiz av tüfekleriyle 40 metre mesafeden, kararından caydırmak amacıyla Mehmet'in evine doğru ateş etmeye başlamışlardır. Etrafın karanlık ve arazinin meyilli olması nedeniyle, Yusuf ve Zülfü tarafından yapılan atışlar sırasında, hangisinin av tüfeğinden çıktığı belirlenemeyen 8 mm. çapındaki şevrotin tabir edilen iri saçma tanesi, Zeki'ye isabet ederek ölümüne neden olmuştur."

Yüksek mahkeme olaydaki sapmayı, isabetsiz bir şekilde hedefte hata olarak nitelendirmiştir: "...etrafın karanlık ve arazinin meyilli olması nedeniyle, K1 ve K2 tarafından yapılan atışlar sırasında, hangisinin av tüfeğinden çıktığı belirlenemeyen 8 mm. çapındaki "şevrotin" tabir edilen iri saçma tanesi, hedefte hata sonucu K3'ye isabet ederek ölümüne neden olmuştur." Olaya ilişkin vaka tespitlerini dikkate alan YCGK, "sanıklar Yusuf ve Zülfü'nün atış mesafe ve yerlerine, hedef seçilen evin keşfen tespit edilen bu atışlardan meydana gelen kurşun izlerinin yerine, evde bulunanların ışıkları söndürmüş ve yatmış vaziyette olmalarına, muhtarı korkutmak ve nişandan caydırmak maksadıyla hareket ettiklerinin hadisenin seyrinden ve oluştan kesinlikle anlaşılmasına göre, eylemlerinin müessir fiil sonucu ölüme neden olma şeklinde nitelendirilmesinde zorunluluk bulunduğu" sonucuna ulaşmıştır. Olay dikkatli incelendiğinde muhtarı korkutmak için bir araya gelen kişilerin, bu kapsamda genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması ve tehdit gibi suçları müşterek fail olarak işledikleri açıktır. Ancak Yargıtay'a göre Zeki'nin ölümü bağlamında, muhtarı korkutma amacıyla işlenen suçların müşterek failleri konumundaki sanık Yusuf ve Zülfü'nün eylemleri, diğer müşterek fail Zeki'nin ölümü açısından müessir fiil (kasten yaralama) mahiyetindedir. Bu sonuca varmak için muhtarı korkutmak için gerçekleştirilen eylemleri sırasında sanıkların suç ortakları olan Zeki'yi yaralamak bakımından en azından olası kastla hareket ettikleri kabulüne ulaşmak gerekir. Oysa

⁹³⁷ YCGK., E. 1987/229 K. 1987/440 T. 05.10.1987.

olayda sanıkların bu yönde bir kastla hareket ettiğini söylemek için herhangi bir tespit söz konusu değildir.

Ancak kast ihtimali dışında eğer unsurları mevcutsa sanıkların tipik neticeyi taksirle gerçekleştirdikleri kabul edildiğinde, hangisinin eyleminin ölüme yol açtığının anlaşılamadığı bir durumla karşılaşılacaktır. Kanaatimce bu durumun farkında olan Yargıtay, en kolay çıkış yolunu gerçekleştiren atışları kasten yaralama eylemi kabul etmekte bulmuştur. Böylece neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunun müşterek faillerce birlikte gerçekleştirildiğini tespit etmek “mümkün” hale gelmiştir.⁹³⁸ Oysa bu değerlendirme dahi ağırlaşan neticeye taksirle yol açıldığı gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla taksirli müşterek faillik kabul edilmediği sürece hala hangi failin taksirli davranışının bu ölüm neticesini ortaya çıkardığı sorusundaki belirsizlik, cezalandırmayı engelleyici etkisini sürdürmelidir. Olayın isabetli bir bakış açısıyla ele alınması halinde ise sanıkların, mağdur Zeki’nin yaralanması veya öldürülmesine ilişkin herhangi bir kastla hareket etmedikleri ve ceza sorumluluğunun taksirle öldürme suçu bağlamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu noktada sorunun taksirli müşterek faillik ile olan ilişkisi daha da görünür hale gelmektedir.⁹³⁹

Taksirli müşterek failliğin gerçekten neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bağlamında değerlendirilmesi için bu konuda zengin bir yargı uygulamasına sahip olan Alman ceza hukukundan yararlanılabilir. Esasen yalın taksirli suçlarda taksirli müşterek faillik düşüncesini kabul etmeyen Alman yargı uygulaması, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda tipik davranışı kasıtlı fiil kabul eden kanun maddesi (AlCK m. 11/2) sayesinde daha geniş bir hareket alanına sahiptir. İlgili maddede Alman kanun koyucu, hareket için kast arayan ancak bununla neden olunan özel netice için taksiri yeterli sayan bir suç tipikliğini gerçekleştiren fiilin, AlCK anlamında kasıtlı fiil mahiyetinde olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla bu düzenleme, iştirak hükümlerinin neticesi sebebiyle işlenen suçlarda uygulanması için yasal bir dayanak olarak değerlendirilmektedir.⁹⁴⁰ İlgili kararlarda doğrudan bu maddeye referans yapılmasa da yargı uygulaması için ağırlaşan neticeye taksirle neden olan müşterek failleri, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun tamamından müştereken sorumlu tutmak, büyük ölçüde bir problem oluşturmamaktadır. Bu çerçevede temel suça kasten dahil olan failler, özel neticenin kimin doğrudan davranışıyla ortaya çıktığından bağımsız olarak suçun tamamı açısından müşterek

⁹³⁸ 765 sayılı TCK döneminde m. 452’de öngörülen “kastı aşan öldürme suçu” bağlamında ölüm neticesinden sorumluluk için nedensellik yeterli görülmekteydi. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Talay, Osman, “5237 Sayılı TCK’nın 87/4. Maddesinde Düzenlenen Kasten Yaralama Sonucu Ölüm (Kastı Aşan Adam Öldürme)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 11 (117), Mayıs 2016, sa. 58-68, s. 60-61.

⁹³⁹ Reddi yönünde bkz. **Özgenç**, Ceza Genel, s. 626; kabulü yönünde bkz. **Karaarslan**, s. 271, 272.

⁹⁴⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Schaal**, s. 230 vd; **Kraatz**, s. 290 vd; **Kamm**, s. 160 vd.

fail sayılabilmektedir. Bu noktada ilgili netice bakımından tüm faillere en azından taksir suçlaması yapılabildiğinde (AlCK m. 18) örtülü olarak kabul edilen taksirli müşterek faillik, kanunun “kasıtlı fiil” şemsiyesi altına dahil edilmektedir. Nitekim BGH, 2002 yılında verdiği bir kararda⁹⁴¹; “*taksir suçlarının aksine, ölümle sonuçlanan kasten yaralama suçunda (m. 227), ilgili birden fazla tarafın her birinin sonuca nedensel bir katkıda bulunduğunu kanıtlamaya gerek olmadığı*”nı vurgulamıştır. Mahkemeye göre m. 227 sayesinde, “*kasten yaralamayı bizzat gerçekleştirmeyen ancak müşterek suç işleme kararı temelinde fiil hakimiyeti iradesiyle yaralama neticesine katkıda bulunan kişiler*” de esasında taksirle neden olunan ölüm neticesinden müştereken sorumlu tutulabilmektedir. Ancak mahkeme isabetli şekilde ölüm neticesine doğrudan neden olan hareketin diğer müşterek faile isnat edilebilmesi için bunun, “*karşılıklı açık veya zımni anlaşma (Einverständnis) kapsamında*” bir hareket olmasını aramaktadır.⁹⁴² BGH’nin bu yaklaşımı takip edildiğinde yukarıda uyarlanan 2. varyasyonda kimin ölüm neticesine doğrudan yol açtığı tespit edilemese de failler neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Zira failler karşılıklı anlaşmanın sınırları içinde hareket etmiştir.⁹⁴³ Ancak 1. varyasyonda kasten öldürme için bir araya gelen faillerin neden olduğu taksirli neticeler bakımından, yalın taksirli suç gündeme geleceği için taksirli müşterek failliği tanımayan mahkeme kabulünden hareket edildiğinde yine ceza sorumluluğu için bireysel nedenselliğe ihtiyaç duyulacaktır. Bana göre her iki durumda da taksirli müşterek failliğin kabulünde sakınca bulunmamaktadır.

BGH’nin neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlardaki yaklaşımını daha iyi anlamak için 1996 yılında verdiği *Diskotek Kararı*’nı⁹⁴⁴ incelemekte yarar vardır. Karara konu olayda bir diskotekte güvenlik görevlisi olan Z ve S; diskoda tatsızlık çıkaran ve mekânı terk etmek üzere olan 4 kişilik genç erkek grubunun (H,K,N,F) üyelerine, müşterilerden birinin şikâyeti üzerine “ders” vermek isterler. Bir mutabakat içinde hareket eden sanıklardan Z, H’nin yüzüne sert bir yumruk atar ve H aldığı darbeye yere düşer. H kendini savunmaktan ve ayağa kalkmaktan vazgeçtikten sonra bile Z, yerdeki H’nin üstüne çullanarak ona vurmaya devam eder. Bu sırada sanık S, H’ye yardım etmek isteyen F’ye yönelir ve onun yüzüne bir darbe indirerek onu yere düşürür. Ardından sanık S, K ve N’ye yönelir ve başlarını birbirine çarpar. Daha sonra S, yerde savunmasız halde yatan H’ye yönelerek gövdesinin üst kısmına tekme atar. En sonunda her iki

⁹⁴¹ BGH, 5 StR 42/02 (LG Cottbus), NStZ 2003, 149.

⁹⁴² NStZ 2003, 151, kn. 11.

⁹⁴³ Bu bağlamda ağırlaşan neticeyi kapsamayacak şekilde müşterek faillik kabul edildiğine göre taksirli müşterek failliğin esasında yabancı bir kavram olmadığı yönünde bkz. **Rengier**, § 53, kn. 8.

⁹⁴⁴ NStZ 1997, 82. (BGH, 10.1996 - 4 StR 343/96 (LG Dessau))

sanık, hareketsiz halde yerde yatan H'yi birlikte dışarı sürüklerler. H arkadaşları K, N ve F tarafından hastaneye götürülürken yolda hayatını kaybeder.

Yapılan incelemelerde H'nin ölüm nedeninin sanık Z'nin dudak bölgesinde gerçekleştirdiği yaralamalar olduğu anlaşılır. Z'nin darbeleri ağız ve boğaz bölgesinde kanamaya yol açmış ve yaralanma nedeniyle bilincini kaybeden H, kan ve mide içeriğini solumuş ve bu nedenle boğulmuştur. İlgili olayda Dessau Eyalet Mahkemesi sanık Z'yi H'nin ölümü bağlamında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan (m. 227) mahkûm ederken, diğer sanık S'yi tehlikeli kasten yaralama suçundan (m. 224) sorumlu tutmuştur. Eyalet Mahkemesi olayda sanık S'nin öncelikle diğerleriyle (K, N ve F) "ilgilendiğini" belirterek H'nin ölümüne yol açan ve Z tarafından gerçekleştirilen yüz bölgesine yönelik darbelerin, S'nin H'ye yöneldiği sırada sona ermiş olduğunu (şüphe dolayısıyla S yararına) kabul etmiştir. Bu nedenle mahkeme ölüm neticesine neden olmanın, artık S'ye isnat edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

BGH'ye göre ilgili kararda S'nin sorumluluğu açısından, suçun birlikte işlenmesine yönelik olarak müşterek failliğin kapsamı yanlış belirlenmiştir. Olayda sanıklar, en azından zımnen alınmış bir ortak suç işleme kararıyla bilinçli ve kasıtlı bir iş birliği içinde hareket etmektedir. Failler arasındaki anlaşma, sonraki gelişmelerden anlaşıldığı üzere rahatsızlık çıkaranlara karşı yumrukla müdahalede bulunmayı da kapsamaktadır. Burada ölüm neticesine yol açan ve dudak bölgesine gerçekleştirilen yumruk darbesinin tam gerçekleştiği şekliyle somut olarak diğer failce tasavvur edilmiş olmasına gerek yoktur. Mağdurun başına yönelik güçlü darbelerin ortak iradeyle gerçekleştirilmiş olması yeterlidir. Nitekim S'nin, olayda diğer mağdur F'yi yüzüne yumruk vurarak yere sermiş olması da aralarındaki iradenin diğer failin yumruklu saldırılarını kapsadığına işaret etmektedir. Bu durumda, S'nin ölüm neticesinden sorumluluğunu dışlayabilecek türde suç işleme kararının aşımından bahsedilememektedir. Dolayısıyla mağdur H'nin ölümüne doğrudan sebep olan yumruk darbeleri, diğer müşterek fail S'ye de isnat edilmelidir. Bu çerçevede suç işleme kararını aşan bir eylem söz konusu olmadığına göre ölüm neticesi bakımından sanık Z'nin yumruk darbelerinin doğrudanlığına yönelik tespitler sanık S için de geçerli olacaktır. Burada sanık S de diğer suç ortağı gibi H'nin ölüm neticesini öngörebilecek durumdaydı ve bunu öngörmeliydi. Bu çerçevede her iki sanığa da taksir suçlaması yapılabildiği için S'nin de kasten yaralama sonucu ölüme neden olmaktan mahkûm edilmesi gerekir.⁹⁴⁵

⁹⁴⁵ NStZ 1997, 82, 83.

BGH'nin ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçlarında taksir kısmını da kapsayan bir şekilde müşterek failliği kabul eden yaklaşımı, istikrarlı bir uygulamayı temsil etmektedir. Nitekim aynı değerlendirmeler, hangi müşterek fail davranışının ölüm neticesine neden olduğunun tespit edilemediği davalarda da tekrar edilmekte ve bireysel nedenselliğe ilişkin şüphenin aşılammaması gerekçesiyle sadece temel suçtan verilen mahkûmiyet kararları bozulmaktadır.⁹⁴⁶ Zira önemli olan kasten yaralama davranışlarının suç işleme kararını aşan bir nitelik göstermemesi ve her bir müşterek faile ölüm neticesi açısından taksir suçlamasının yapılabilmesidir. Yüksek mahkemeye göre örneğin ölenin kafa travmasının muhtemel nedeni olarak değerlendirilen baş bölgesine yönelik tehlikeli tekme hareketi, müşterek faillerin ortak suç işleme kararı kapsamında artık diğer failin, müşterek suç işleme kararı çerçevesinde somut saldırıya benzer tehlikelilikteki eylemleri mümkün görmesi ve bunu kabullenmesi yeterlidir. Dolayısıyla olası kast halinde artık doğrudan nedensel davranışın aşım oluşturmadağı kabul edilmelidir. Karşılıklı bir anlaşma için saldırının mevcut haliyle tasavvur edilmiş olmasına gerek yoktur. Tehlikeli somut saldırının failler arasındaki mutabakatın sınırları içinde kaldığı bir durumda ölüm neticesinin öngörülmemiş ve kabullenilmemiş olması sadece kasıtlı sorumluluğu engeller. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluk için ise müşterek failliğin karşılıklı isnadiyet fonksiyonu gündeme gelmelidir. Bu kapsamda neticeye doğrudan yol açan fail davranışı, diğerine de isnat edilecektir.⁹⁴⁷

Bu kararlardan anlaşıldığı üzere BGH, ortak kararın kapsamı içinde kalarak gerçekleştirilen temel suçun istenmeyen ölüm neticesiyle sonuçlandığı olaylarda temel suça katılan müşterek faillerin her birine, diğer failin doğrudan neden olduğu neticeleri isnat ederken müşterek faillikten yararlanmaktadır. İlgili netice bakımından her bir faile taksir suçlaması yapılabilir, *“doğrudan doğruya neden olma”*, temel suça iştirak eden faillerden biri tarafından yerine getirilmiş olabilir. Burada dikkat çekici olan nokta, nihai nedensel davranışı gerçekleştirmeyen failler için suçlamanın öne çekilmesi şeklindeki bir yöneme başvurulmamış olmasıdır.

Bu durum taksirle neden olunan bir netice bakımından müşterek faillik de dahil herhangi bir iştirak modelinin gündeme gelemeyeceği iddiasını zayıflatmaktadır. Zira bu yaklaşımı benimseyenler için yukarıda zikredilen olaylarda sadece temel suç, müşterek faillik kapsamında değerlendirilebilir. Taksir sorumluluğunun konusu olan ölüm neticesi ise her bir faile kendi taksirli davranışı üzerinden (genellikle nihai nedensellikten geriye doğru giderek taksir

⁹⁴⁶ NStZ 1994, 339, 340. (BGH, 24.02.1994 - 4 StR 798/93 (LG Paderborn))

⁹⁴⁷ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Schaal**, s. 232 vd.

suçlaması için bir bağlantı noktası oluşturabilecek anın tespitiyle) ayrı ayrı isnat edilmelidir. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçun müştereken gerçekleştirilmesi, kendi içinde “*kasıtlı müşterek faillik + taksirli yan yana faillik*” olarak ele alınmalıdır.⁹⁴⁸ Kararlarında bu yönde bir değerlendirmeye yer vermeyen BGH’nin, ortak karar temelinde ve diğerleriyle iş birliği içinde sağlanan bir katkının, temel suç için müşterek failliği, ortak eylemin yol açtığı netice bakımından ise diğerleriyle olan ilişkisinden bağımsız bir şekilde yan yana failliği gündeme getireceği düşüncesine itibar etmediğini göstermektedir.⁹⁴⁹ Özellikle müşterek faillerden hangisinin ölüm neticesi bakımından doğrudan nedensel bir katkı sağladığının tespit edildiği davalarda mahkeme, diğer müşterek failin bu doğrudan nedensel davranışa ön gelen ve onu psikolojik yahut fiziksel anlamda destekleyici mahiyette ayrı bir nedenselliği tespit etmekle ilgilenmemiştir. Bunun yerine doğru bir şekilde müşterek faillerden biri tarafından gerçekleştirilen ölüm neticesine yönelik doğrudan nedensel davranışlar, taksirle hareket eden diğer faile de müşterek faillik çerçevesinde isnat edilmektedir.⁹⁵⁰ Ancak mahkeme, bu durumun sadece neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara özgü olduğunu da vurgulamaktadır. Buna göre “*sırf taksir suçlarının aksine, ölümle sonuçlanan kasten yaralama suçunda, her bir failin sonuca yönelik nedensel bir katkı sağladığının ispat edilmesine gerek yoktur.*”⁹⁵¹

Ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda taksir kısmını da içine alacak şekilde müşterek failliğin kabulü, doğal olarak taksirli müşterek faillik için önemli bir dayanak noktası oluşturmaktadır. Zira bu yönde bir kabul, müşterek faillik için gerekli ortak iradenin mutlaka neticeye yönelmesi gerekmediğini, karşılıklı isnadiyetin en temelde neticenin ortaya çıkması bakımından izin verilmeyen bir tehlikenin müştereken yaratılmasıyla ilişkili olduğunu göstermektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardaki tek fark, müştereken yaratılan izin verilmeyen tehlikenin halihazırda kasıtlı bir suç olmasıdır. Ancak bu durum müşterekliğin kasıtlı kısmını oluşturan yaralamaların, ölüm neticesi açısından taksirle yaratılan bir tehlike mahiyetinde olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.⁹⁵²

⁹⁴⁸ Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda iştirakin sadece temel suç bakımından gündeme geleceği, taksirle neden olunan netice bakımından ise sadece yan yana failliğin söz konusu olabileceği yönünde bkz. **Welzel**, Strafrecht, s. 122. Birlikte gerçekleştirilen ve bütünlük arz eden bir haksızlığın bu şekilde iki parçaya bölünmesi haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. **Bindokat**, 435, 436.

⁹⁴⁹ Aynı yönde bkz. **Schaal**, s. 232 vd.

⁹⁵⁰ Aynı yönde bkz. **Schaal**, s. 234.

⁹⁵¹ BGH, 14.05.2020. 1 StR 109/20. kn. 4.

⁹⁵² Benzer yönde bkz. **Weißer**, JZ 1998, s. 233. Burada temel suça kasten iştirak eden müşterek faillerden her birinin ağırlaşan netice bakımından bizzat taksirli hareket etmesi gerektiği ayrı bir konudur. Bu bağlamda *Roxin*’in yaklaşımı takip edilecek olursa “*müştereken işlenen temel suçun ortak planından, daha ağır bir sonucun meydana gelebileceği tehlikesinin görülebilmesi durumunda*” genelde bireysel taksirin varlığı kabul edilir. Ancak hangi taksirli hareketin ağırlaşan neticeye yol açtığına bakılmaksızın müşterek failleri neticesi sebebiyle ağırlaşmış

Nitekim aşım ihtimalinde dahi o ana kadar gerçekleştirilen müşterek yaralama haksızlığı, ölüm neticesi bakımından özel bir tehlikelilik taşıyabilir. Kanaatimce kısmi müşterek failliğin bir görünümüyle karşılaşılan bu durum, müşterek faillerden birinin ortak kararı aşarak ölüm neticesine kasten neden olduğu olaylarda BGH'nin üzerinde özellikle durduğu bir noktadır. Mahkemeye göre ölüme doğrudan yol açan aşım anına kadar gerçekleştirilen müşterek şiddet eylemleri halihazırda “ölüm sonucuna ilişkin spesifik bir tehlike” barındırıyorsa ortak kararın sınırları içinde kalan diğer failin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan mahkûm edilmesi gerekir.⁹⁵³ Başka bir ifadeyle bu ihtimalde ölüm neticesine ilişkin müşterek yaratılan özel tehlike, diğer failin sorumluluğu açısından hala bir bağlantı noktası oluşturmaktadır. Burada müşterek tehlikenin kaynağı olan kasten yaralama eylemleri, ortak kararın kapsamında kaldığı için kimin tarafından gerçekleştirildiğine bakılmaksızın m. 25/2 gereği faillere isnat edilebilir ve m. 227 bağlamında verilecek mahkûmiyet bu karşılıklı isnadiyete dayandırılabilir.⁹⁵⁴ BGH'nin kararlarında, objektif anlamda en azından iki durum için bu özel tehlikenin varlığının kabul edildiği anlaşılmaktadır:

i. Buna göre ilk olarak müştereken gerçekleştirilen kasten yaralama sonucunda mağdurun, faillerden şiddet eğilimli olanın sonraki kasten öldürme davranışları karşısında korumasız (*schutzlos*) bir hale getirildiği durumlarda ölüm ihtimali bakımından özel bir tehlikeden bahsetmek gerekir.⁹⁵⁵ Dolayısıyla birlikte gerçekleştirilen kasten yaralama sonrasında müşterek faillerden A'nın, bilincini kaybeden ve savunmasız halde bulunan mağduru ıssız bir yerde B ile yalnız bırakması ve B'nin de ortak suç işleme kararını kasten aşarak mağduru öldürmesi, ölüm neticesinin m. 227 bağlamında A'ya isnat edilmesine engel değildir. Zira burada B'nin müştereken işledikleri suçu gizlemek için ilave şiddet eylemleriyle mağduru öldürmesi, hayatın olağan akışı dışında değerlendirilemez.⁹⁵⁶

ii. Özel tehlikenin gündeme geldiği bir diğer durum ise kasten ve müştereken gerçekleştirilen saldırının somut ve karakteristik koşulları itibarıyla “*bariz bir ölümcül tırmanma olasılığı*”nı (*die naheliegende Möglichkeit einer tödlichen Eskalation*) ihtiva etmesidir.⁹⁵⁷

suçtan sorumlu tutabilmek için taksirli müşterek faillik düşüncesinin benimsenmesi gerekir. **Roxin**, AT II, § 25, kn. 197.

⁹⁵³ BGH, 4 StR 141/21, 7.7.2021, kn. 7.

⁹⁵⁴ BGH, 1 StR 109/20, 14.05.2020. kn. 11.

⁹⁵⁵ BGH, 4 StR 141/21, 7.7.2021, kn. 7; BGH, 15.09.2004 - 2 StR 242/04, s. 11.

⁹⁵⁶ BGH, 15.09.2004 - 2 StR 242/04, s. 11.

⁹⁵⁷ BGH, 4 StR 141/21, 7.7.2021, kn. 7.

Bu bağlamda BGH, “*kırmızı bölge*” isimli 26 kişilik bir grubun, “*siyah ceketler*” ismiyle 11 kişilik karşı grup üyelerine aniden ve ağır şekilde saldırdıkları bir olayda, kırmızı bölgenin içinden bir üyenin ortak suç işleme kararı dışında bıçak kullanarak karşı gruptan birini kasten öldürmesini, “*bariz bir ölümcül tırmanma olasılığı*” kriteriyle ele almıştır.⁹⁵⁸ Mahkemeye göre kavga öncesinde saldırganların müşterek kararında herhangi bir bıçak kullanımı ya da öldürme öngörülmemiştir. Olayda her ne kadar sanığın kendisi de başlangıçta bıçak kullanarak ortak kararın sınırları dışına çıkmış olsa da bu durum tek başına suç planının icra sırasında genişletildiği şeklinde değerlendirilemez. Burada sanığın başlangıçta bıçak kullanarak diğer saldırganlar tarafından taşınan bıçakların ölümcül şekilde kullanılmasına tek taraflı rıza gösterdiği kabul edilse bile bu tür bir rıza ortak suç işleme kararının kapsamını değiştirmez. Kapsam değişikliği zımni de olsa faillerin karşılıklı mutabakatı ile mümkündür. Bunun için öncelikle sanığın başlangıçtaki bıçak kullanımının, diğer failler ve özellikle de nihai ölümcül saldırıyı gerçekleştiren tarafından fark edilmiş olması gerekir. Davada bu yönde bir tespit yapılamadığından suç işleme kararının kapsamında bir değişiklik olmadığı kabul edilmelidir. Ancak aşım mahiyetindeki ölümcül bıçak darbeleri; sanığın bıçaklı saldırısının sinyal etkisi yaratarak başlattığı, saldırganların sayıca üstün ve son derece agresif bir şekilde karşı grubu kuşattığı bir kavga sırasında meydana gelmiştir. Mahkemeye göre böyle bir kavgada, saldırı anına kadar gerçekleştirilen müşterek şiddet eylemleri, ölüm neticesine yol açabilecek bir tırmanma tehlikesi barındırmaktadır. Sanığın kavga başlamadan önce grubun diğer üyelerinin bıçak taşıdığından habersiz olması, suçun nitelikli sonucu bakımından gerekli olan öngörülebilirliği engellemez. Zira subjektif taksir bakımından failin ölüm neticesini öngörebilecek durumda olması yeterlidir. İlgili olayda bu durumdaki sanığa, diğer müşterek failin kasten gerçekleştirdiği ölüm neticesi, m. 227 bağlamında isnat edilebilecektir.⁹⁵⁹

Özetle müşterek faillerden birinin kasten yaralamaya ilişkin müşterek suç planını aştığı ve mağdurun ölümüne kasten neden olduğu durumlarda dahi diğer müşterek faillerin özel neticeden sorumlu tutulması mümkündür. Burada aşım anına kadar müştereken gerçekleştirilen eylemlerin, “aşım aşım bir durum” (Exzess schwangere Lage) yaratıp yaratmadığına göre

⁹⁵⁸ BGH, 1 StR 424/15, 04.02.2016.

⁹⁵⁹ BGH, 1 StR 424/15, 04.02.2016, kn. 17. Müşterek faillerden birinin ortak suç işleme kararının dışına çıkarak diğer faillerden habersiz bir şekilde olay yerine bıçakla geldiği ve birlikte gerçekleştirilen yaralama eylemi sırasında mağduru defalarca bıçaklayarak öldürdüğü başka bir olayda ise objektif bakımdan ölümcül tırmanma olasılığı kabul edilmediğinden ölüm neticesi diğer müşterek faillere isnat edilmemiştir. BGH, 4 StR 141/21, 7.7.2021, kn. 9. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda faillerden birinin aşım niteliğindeki davranışı nedeniyle özel neticenin diğer müşterek faile isnadiyetine ilişkin BGH kararları hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. İsfen, Osman, “Der Exzess beim erfolgssqualifizierten Delikt”, *JURA*, 2014, sa. 1087–1093, s. 1087 vd.

hareket edilmektedir.⁹⁶⁰ Bu noktada aşım kadarki sürecin bir eylem bütünü olarak dikkate alındığına, müştereken yaratılan riskin ölüm neticesiyle özel bağlantısı üzerinde durulduğuna ve artık ölüm neticesine ilişkin bireysel nedenselliğin önemini kaybettiğine dikkat edilmelidir.

Yalın taksir sorumluluğu alanında taksirli müşterek faillğe ilişkin herhangi bir içtihadı bulunmayan Yargıtay'ın da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda örtülü olarak bu tür bir müşterek failliği kabul ettiğini söylemek mümkündür. Yüksek mahkeme, BGH'nın kararlarında olduğu gibi, temel kasten yaralama suçuna iştirak eden müşterek faillerin tamamını, ağırlaşan ölüm neticesine doğrudan yol açanın kim olduğu tespit edilse dahi TCK m. 87/4'ten cezalandırmaktadır. Nitekim tarife uyan bir olayda Yargıtay 1. CD, *“sanıklar ve maktulün aralarındaki alacak verecek meselesini konuşmak için buluştuklarında aralarında çıkan tartışma sırasında sanık ...'un maktüle yumruk ve tekme ile vurarak yere düşürmesinden sonra sanık ...'un 3 bıçak darbesiyle maktulü sağ uyluk ve sol uyluk bölgelerinden yaraladığı, kesilerden bir tanesinin popliteal arter ve ven kesilerine neden olması nedeniyle maktulün iç ve dış kan kaybı ve buna bağlı gelişen komplikasyonlar sonucu hayatını kaybettiği olayda, darbelerin yöneltildiği vücut bölgeleri ve nitelikleri ile engel bir durum bulunmamasına rağmen sanıkların eylemlerine kendiliklerinden son vermeleri dikkate alındığında, eylemlerinin kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturduğu ve haklarında 5237 sayılı TCK'nun 37/1. maddesi delaletiyle 87/4. maddesi uyarınca hüküm kurulması gerektiği”* sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere burada mahkeme, sadece özel ölüm neticesine bıçak darbeleriyle doğrudan neden olan faili değil kasten yaralama eylemine yumruk ve tekme ile katkı sağlayan faili de ölüm neticesinden sorumlu tutmuştur. Kararda açıkça m. 87/4'ün müşterek faillerce işlenebileceği belirtilmiş ve temel suç ile ağırlaşan netice arasında iştirak türleri bakımından bir ayırım yapılmamıştır. İlgili eylemin tamamının bir bütün olarak müşterek faillerce gerçekleştirildiği kabul edilmiştir. Burada sorunun 87/4 bağlamında ele alınması ise ayrıca önemlidir. Zira yüksek mahkeme, m. 87'nin ilk üç fıkrası kapsamında kalan ağırlaşan neticeler bakımından da müşterek failliği kabul etse de zaten bu neticelerin kasten gerçekleştirilmesi mümkündür. Kast-kast kombinasyonunun gündeme geldiği durumlarda ise gerçek anlamda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilemez.⁹⁶¹ Yargıtay kararlarına konu olaylarda da

⁹⁶⁰ İsfen, s. 1093. Aynı yönde bkz. Doğan, s. 282.

⁹⁶¹ Bu kombinasyonun “görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç” olarak değerlendirilmesi isabetlidir. Bkz. Doğan, s. 236.

failler genelde bu neticelere ilişkin kast ile hareket etmektedir⁹⁶². Bu nedenle taksirli müşterek faillik açısından mesele, büyük ölçüde TCK m. 87/4'te öngörülen ölüm neticesi bakımından önem arz eder. Zira bağımsız ve ayrı kasıtlı suçlarla da önlenmek istenen bu özel neticeden sorumluluk için m. 23'ün ifadesiyle “*en azından taksirle*” değil mutlaka taksirle hareket edilmesi gerekir. Olası kast ihtimalinde dahi artık tartışmanın neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun sınırlarını aşacağı ve kasten öldürme suçlarının gündeme geleceği açıktır.⁹⁶³ Dolayısıyla m. 87/4 bağlamında müşterek faillerin sorumluluğundan bahsedilen her durumda; mesele, taksirli müşterek faillik tartışmasıyla ilgilidir. Burada objektif ve subjektif öngörülebilirlik üzerinden taksir tespiti yapılırsa dahi bireysel nedenselliğin belirlenemediği bir yerde ceza sorumluluğu için ya taksirli müşterek faillik düşüncesine ya da buna alternatif olarak bireysel nedenselliği ortaya çıkarmaya yönelik alternatif çözümlere başvurulmalıdır. Yargıtay'ın kararlarında temel suça kasten iştirak eden faillerin ağırlaşan neticeye yönelik bireysel nedensel katkılarına ilişkin bir değerlendirme yer almamaktadır. Meselenin çözümü için isabetli olarak doğrudan müşterek failliğe başvurulmaktadır.

Türk öğretisinde ise bazı yazarlar, temelde taksirli müşterek faillik düşüncesini reddetmekle beraber TCK m. 87/4'teki özel neticeden müşterek faillerin birlikte sorumlu olacağı sonucuna ulaşmaktadır. Bu bağlamda taksirli suçların, neticeyi de içermesi gereken bir suç planıyla müştereken işlenemeyeceğini savunan Çakır⁹⁶⁴, konu neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar olduğunda TCK m. 23'ün lafzından hareket etmekte ve maddede yer alan “*kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için*” ifadesinin, bu suçlarda iştirak konusunu önemsiz hale getirdiğini ileri sürmektedir.⁹⁶⁵ Yazara göre bu suçların yapısı dikkate alındığında esas

⁹⁶² “...sanık ...'ın, silahtan sayılması gerektiği hususunda kuşku bulunmayan beyzbol sopaların kullanıldığı şikâyetçinin darbedilmesi eylemine TCK'nın 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı, inceleme dışı sanık ...'un şikâyetçiye sopa ile vurduğunu görmesine rağmen, bu duruma ses çıkarmayıp önleyici herhangi bir harekette de bulunmadığı, aksine yumrukla şikâyetçiye vurup ...'a destek vererek eylemine iştirak ettiği, kavgada üstünlük sağlayarak şikâyetçi ...'in direncinin kırılarak raporda belirtildiği şekilde yaşamsal tehlike geçirecek şekilde şikâyetçinin yaralanması fiilini ...'la birlikte gerçekleştirmesi karşısında; müşterek faillerin hareketlerinin bir bütün olarak adeta tek kişinin fiili gibi değerlendirilmesi ve her birinin suçun nitelikli hâlleri ile ağırlaştırıcı sebeplerinden de sorumlu tutulması gerektiğinden sanık ...'in silahla neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan TCK'nın 37. maddesi delaletiyle aynı Kanun'un 86/1, 86/3-e, 87/1-d, 87/1-son maddeleri uyarınca cezalandırılmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı” Yarg. CGK, 23.11.2021, 321/577; “Katılan ... olay sırasında dükkanına diğer sanık ... ile birlikte içeri girip sanık ...'nın önce dükkandaki su bidonu ile katılan mağdurenin boynuna vurduğu daha sonra sopa ile omuz kısmına vurduğu, sanık ...'in ise elindeki sopayla önce ...'ya vurduğu,...'yı korumak için katılan mağdureye araya girdiğinde sopa ile koluna vurarak kolunun kırılmasına neden olduğunu bildirmesi karşısında, sanık ...'nın diğer sanık ...'in katılana yönelik silahla neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama eylemine müşterek fail olarak katıldığı anlaşılmakla 5237 sayılı TCK'nın 37/1. maddesi delaletiyle 86/1, 3/e, 87/3 maddeleri gereğince cezalandırılması yerine yazılı şekilde karar verilmesi..” Yarg. 3. CD. T. 20.03.2014, 14346/11846, (tümü için erişim tarihi: 05.01.2023), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

⁹⁶³ Doğan, s. 236-237.

⁹⁶⁴ Çakır, s. 324.

⁹⁶⁵ Çakır, s. 152.

önemli olan, “*ilk basamak*”taki temel kasıtlı suça ilişkin birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Ağırlaşan netice bakımından ise “*en azından taksirle hareket etmek şartıyla her bir müşterek fail bizzat sorumlu*” tutulmalıdır.⁹⁶⁶

Yazarın açıklamaları, öğretide sıklıkla dile getirildiği şekliyle müşterek faillerden her birinin ağırlaşan neticeye ilişkin mutlaka taksirle hareket etmesi gerektiği yönündeki değerlendirmelerle⁹⁶⁷ paralellik göstermektedir. Ancak TCK m. 23’teki açık düzenleme gereği, ağırlaşan neticeden sorumluluk için en azından taksirin gerekliliği üzerinde zaten bir tartışma bulunmamaktadır. Burada sorun, ağırlaşan netice bakımından taksirle hareket eden faillerin, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan müşterek fail olarak mı yoksa yan yana fail olarak mı sorumlu tutulacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun cevabı ise taksirli müşterek faillik düşüncesinin kabulü veya reddinde aranmalıdır. Zira neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların sadece taksirle işlenebilen bir türü olarak m. 87/4’te; temel kasıtlı suç ile taksirli suç bir araya gelmektedir. Dolayısıyla özel ölüm neticesini de kapsayan bir şekilde m. 87/4’ün tümü açısından müşterek faillik kabul edilirse bunun taksirli müşterek failliği reddederek gerekçelendirilebilmesi ikna edici olmaz. Bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda müşterek faillik tartışmasının, her bir failin mutlaka en azından taksirli hareket etmesi gerektiği üzerinden yapılması bir sonuç vermeyecektir. Bir adım daha öteye geçerek bu asgari şartın yerine geldiği ihtimale ve özellikle bireysel nedenselliğin tespit edilemediği veya müşterek faillerden birinin doğrudan ağırlaşan neticeye neden olduğu durumlara odaklanmak gerekir. Nitekim yukarıda aktarılan olaylarda; ya müşterek faillerden hangisinin ölüm neticesine neden olduğu anlaşılamamakta ya da bunlardan birisi doğrudan mağdurun ölümüne neden olmaktadır. İşte bu bağlamda müşterek failliğin sadece kasıtlı suçlarda gündeme geleceği görüşü benimsenirse ilgili olaylarda ölüm neticesinden sorumluluk için yine yanlış bir yöntem olan “suçlamanın öne çekilmesi”ne başvurulması gerekir. Burada ölüm anından geriye doğru gidilerek “*taksirli ve nedensel bir özensizlik anı*”nın tespitine uğraşılacaktır. Aksi halde ölüm neticesi açısından cezasızlık sonucunun kabulünden başka bir yol kalmayacaktır. Tüm bu sakıncalı yöntem ve sonuçlardan, isabetli bir düşünce olan taksirli müşterek failliğin kabulüyle kolayca kaçınılabileceği şu ana kadar ayrıntılı olarak izah edilmiştir.

Özetle müştereken yaratılan bir tehlikenin, beklenmeyen tipik bir neticeye sebebiyet vermesi sadece yalın anlamda taksirli suçları ilgilendiren bir sorun alanı değildir. Müştereken gerçekleştirilen kasıtlı suçlarda da birçok ihtimalde taksirli müşterek faillik düşüncesi gündeme

⁹⁶⁶ Çakır, s. 153.

⁹⁶⁷ Demirbaş, s. 571-572.

gelebilmektedir. Taksirli müşterek failliğin uygulama alanı bulabileceği sorun alanlarına ve bu düşünceye alternatif olarak ileri sürülen yaklaşımlara ilişkin yeterince izahat yapıldığına göre bir sonraki başlıkta taksirli müşterek faillik kavramına yöneltilen itirazlara ilişkin kapsamlı bir incelemeyle meselenin nihayete erdirilmesinde yarar vardır.

3.6. Taksirli Müşterek Faillğe Yönelik İtirazların Ele Alınması

3.6.1. Kanuni Dayanak Bağlamında İtirazlar

Taksirli müşterek faillğe karşı çıkan yazarlar için kanuni dayanak eksikliği, en kolay itiraz noktasını oluşturmaktadır. Bu çerçevede AİCK m. 25/2 ile TCK m. 37/1'deki müşterek faillik düzenlemesinin münhasıran kasıtlı suçlara ilişkin olduğu ve aksi değerlendirmenin kanun maddesini ihlal edeceği ileri sürülmektedir.⁹⁶⁸ Buna göre “*birlikte gerçekleştirme*” üzerinden tanımlanan müşterek failliğin genel kelime anlamından bunun taksirli suçlarda gündeme gelemeyeceği anlaşılmaktadır.⁹⁶⁹ Ayrıca kanunun azmettirme ve yardım etme şeklindeki iştirak türlerine ilişkin maddeleri incelendiğinde, burada açıkça kasıtlı suçlar ifade edilerek, şeriklik türlerinin sadece kasıtlı suçlarda mümkün olduğuna vurgu yapılmıştır. Bu hükümlerin mefhum-u muhalifinden, kanun koyucunun taksirli suçlarda faillik ve diğer şeriklik türleri arasında bir ayrıma gitmediği ve sadece tek başına failliği tanıdığı sonucuna varılmaktadır.⁹⁷⁰ Dolayısıyla taksirli suçlarda tipikliği gerçekleştiren tüm taksirli davranışlar kanun koyucunun gözünde eşit değerdedir. Bu bağlamda neticeye neden olan davranışın, tek başına mı, birlikte mi, bir başkasının eylemine katılarak mı ya da bir başkası aracılığıyla mı gerçekleştirildiği önemli değildir.⁹⁷¹ Hal böyleyken, sadece kasıtlı suçlar için öngörülen bir faillik formunun taksirli suçlara uygulanması, kıyas yasağına ve dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder.⁹⁷² Buna ilaveten taksirli sorumluluğun ancak kanunda belirtilen hallerde kabul edildiğine ilişkin kanun maddesi de (AİCK m. 15, TCK m. 22/1)⁹⁷³ görmezden gelinmiş olur.⁹⁷⁴

⁹⁶⁸ **Bottke**, GA 2001, s. 474; **Kraatz**, s. 116, 366; Gropp, Walter, “Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung – miteinander oder nebeneinander: Überlegungen zur so genannten „fahrlässigen Mittäterschaft“”, in: **GA**, 2009, (**Gropp**, GA 2009) 272 vd. *Krey/Esner*, taksirli müşterek faillik figürünün kabulünü, “*kıyas yasağının ihlali ve hukuk yaratma yasağını görmezden gelinmesi*” olarak değerlendirmektedir. **Krey/Esner**, kn. 1342.

⁹⁶⁹ **Bottke**, GA 2001, s. 474.

⁹⁷⁰ **Günther**, s. 386, dn. 3.

⁹⁷¹ **Jakobs**, AT, § 21, kn. 111. Dolayısıyla müşterek faillik de dahil tüm iştirak türlerinde kast gerekir. Bkz. **Gropp/Sinn**, § 10, kn. 215.

⁹⁷² **Bottke**, GA 2001, s. 475.

⁹⁷³ AİCK m. 15: “*Kanun taksirli eylemi açıkça ceza tehdidi altına almadığı sürece sadece kasıtlı eylem cezalandırılabilir.*” TCK m. 22/1: “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*”

⁹⁷⁴ Krey, Volker, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil Band 2**, 2. Bs., Kohlhammer, Stuttgart, 2005, kn. 552.

Kanaatimce kanunun lafzından hareketle ileri sürülen bu itirazlar isabetli değildir. Öncelikle müşterek faillik tanımında yer alan birlikteliğin neden kast anlamına geldiği anlaşılabilir değildir. Zira hem Alman hem de Türk kanununda fail tanımları, kast ve taksire ilişkin bir ifade içermemektedir. Bu bağlamda müşterek faillik tanımında taksirli suça atıf yapılmadığı ileri sürülerek taksirli müşterek faillik kavramı reddedilemez.⁹⁷⁵ Zira aynı durum ihmali suçlar için de geçerliyen öğretide ağırlıklı olarak ihmali suçlarda müşterek failliğin mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁹⁷⁶ Kanunumuzdaki lafza dikkat edildiğinde esasında müşterek faillik için kast-taksir veya icra-ihmal ayrımının önemli olmadığı görülmektedir. Maddeye göre müşterek failliği engelleyici olabilecek tek husus, ilgili suçlar bakımından tipik fiilin birlikte gerçekleştirmeye uygun olmamasıdır. Oysa taksirli suçların hareket haksızlığına odaklanılırsa bunun üzerinde kanunun aradığı birlikteliği tesis etmek mümkündür.⁹⁷⁷ Diğer taraftan açıkça kasıtlı suçlar için öngörülen şeriklik hükümleri de taksirli müşterek faillik düşüncesini zayıflatmaz. Hatta ilgili kanun maddelerinin varlığı, taksirli müşterek faillik düşüncesi lehinde yorumlanması gereken bir husustur.⁹⁷⁸ Zira iştirake sınırlı bağlılık kuralı gereğince, şeriklik türlerinin sadece kasıtlı bir suç bağlamında gündeme gelebileceğini açıkça düzenleyen kanun koyucu, müşterek failliğe ilişkin bu yönde sınırlamaya gitmemiştir. Dolayısıyla şeriklik ve failliğe ilişkin düzenlemelerin lafzı karşılaştırıldığında herhangi bir kast referansına yer vermeyen nötr nitelikteki⁹⁷⁹ müşterek faillik düzenlemesinin; kasıtlı suçlarla sınırlandırılmadığı çıkarımını yapmak daha isabetli görünmektedir.⁹⁸⁰ Eğer şeriklikteki gibi kasıtlı eylem üzerinden bir müşterek faillik tanımı yapılmış olsaydı bu durum iddia edildiği gibi müşterek failliğin taksirli suçlarda uygulanamayacağı yönünde bir değerlendirme için pozitif dayanak noktası oluşturabilirdi.⁹⁸¹ Özetle taksirli müşterek failliğin, nötr bir düzenleme olan müşterek faillik tanımı üzerine (TCK m. 37/1 ve AİCK m. 25/2) inşa edilmesi mümkündür.

⁹⁷⁵ **Weißer**, Kausalität, s. 148; **Steckermeier**, s. 117.

⁹⁷⁶ **Weißer**, JZ 1998, s. 232, 233. İhmali suçlarda müşterek faillik için bkz. **Özgenç**, Suça İştirak, s. 292.

⁹⁷⁷ Kanundaki birlikteliğin sadece fiilin gerçekleştirilmesine yönelik bir ifade olduğuna dikkate alan **Kamm**, isabetli olarak, taksirli suçlarda failler arasındaki ortak kararın bağlantı noktasını, birlikte gerçekleştirilen ortak hareket (*gemeinsame Handlung*) olarak değerlendirilmektedir. Böyle bir kabulde taksirli davranışın müştereken icrası (*mittäterschaftliche Tatbegehung*) düşüncesi kabul edilmelidir. **Kamm**, s. 107, 108. Aynı şekilde **Weißer**, failler için ortak bir yükümlülüğün birlikte ihlal edilmesi üzerinden taksirli suçun birlikte işlenebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Weißer**, Kausalität, s. 148.

⁹⁷⁸ **Weißer**, JZ 1998, s. 233; **Kamm**, s. 176, 177.

⁹⁷⁹ Aynı yönde bkz. **Karaaslan**, s. 269. Öğretide bu durum kanun lafzındaki açıklık (*die Offenheit des Wortlauts*) olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Dencker**, s. 179.

⁹⁸⁰ **Kamm**, s. 177; **Dencker**, s. 179; **Steckermeier**, s. 117; **Karaaslan**, s. 269; **Knauer**, s. 191; **Açıkgöz**, s. 318; **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25 kn. 242.

⁹⁸¹ **Weißer**, JZ 1998, s. 233.

Burada tanımın lafzından hareketle kıyas yasağı üzerinden kanunilik ilkesine aykırılıktan bahsedilemez.⁹⁸²

İlaveten taksirli müşterek failliğin, TCK m. 22/1’de öngörülen norma da aykırı olmadığı düşüncesindeyim. AİCK m. 15’in karşılığı olarak düzenlenen bu fıkra, genel hükümlere değil sadece özel hükümlere yöneliktir.⁹⁸³ Burada kanun, genel ceza sorumluluğunu kural olarak kastla ilişkilendirmekte, taksirli bir fiilin ancak istisnai olarak cezalandırılacağını vurgulamaktadır. Dolayısıyla taksirli bir şekilde gerçekleştirilen tipikliğin ceza sorumluluğu doğurması için kanunda özel olarak düzenlenmiş olması gerekir. Bu kuralın amacı, özensizce neden olunan hukuki değer ihlallerinin tümünden cezalandırılmasına engel olmaktır.⁹⁸⁴ Bu nedenle m. 22/1’deki kurala, özel hükümlerde tarif edilmiş bir taksirli suç bağlamında gündeme gelecek faillik türünü sınırlayıcı bir fonksiyon atfedilmesi isabetsizdir.⁹⁸⁵ Taksirli müşterek faillik, normalde ceza tehdidi altına olmayan “özensiz bir hukuki değer ihlali”ni cezalandırılabilir hale getirmediğine göre söz konusu kural meşru bir itiraz noktası oluşturmaz.⁹⁸⁶

Her iki kanundaki ortak hükümler dışında sadece TCK’da öngörülen iki düzenlemenin (m. 22/5, m. 40/1) de kanunilik itirazları açısından değerlendirilmesinde yarar vardır.⁹⁸⁷ TCK

⁹⁸² Aynı yönde bkz. **Kamm**, s. 176; **Dencker**, s. 179; **Weißer**, Kollegialentscheidungen, s. 148. Krş. **Renzikowski**, FS-Otto, s. 437, 438.

⁹⁸³ **Renzikowski**, FS-Otto, s. 438.

⁹⁸⁴ **Weißer**, Kollegialentscheidungen, s. 149.

⁹⁸⁵ **Renzikowski**, FS-Otto, s. 438.

⁹⁸⁶ Aynı yönde **Karaarslan**, s. 267; **Steckermeier**, s. 217; **Knauer**, s. 190. Söz gelimi taksirli müşterek faillikle taksirli mala zarar verme eylemi suç haline getirilseydi burada kanunun taksiri istisnai olarak cezalandırma anlayışına aykırılıktan bahsedilebilirdi. Bkz. **Weißer**, Kollegialentscheidungen, s. 149.

⁹⁸⁷ *Çakır*’a göre bu iki hüküm, kanunda benimsenen suç teorisiyle birlikte ele alındığında, Türk hukuku açısından taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olmadığını göstermektedir. Bkz. **Çakır**, s. 319. Bu iki düzenleme ayrıca daha genelde taksirli suçlarda iştirak düşüncesinin reddi için dayanak noktası yapılmaktadır: “suça iştirak için de kasten işlenmiş hukuka aykırı bir fiilin varlığı gereklidir (m. 40/1). Nitekim Kanunumuzda "birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir" (m. 22/5) denilmek suretiyle, birden fazla kişinin tipe uygun neticeye birlikte sebebiyet vermeleri halinde sorumluluğun ne şekilde belirleneceği açıkça gösterilmiş olmaktadır. Bu itibarla, birden çok kişinin karşılıklı olarak suçun kanunda tanımlanan neticesine taksirle sebebiyet vermeleri halinde, her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle fiilin tamamı bakımından belirlenecek ve bu belirleme yapılırken diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınmayacaktır. Her failin cezası kendi kusuruna göre ayrı ayrı belirlenecektir.” **Koca/Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 223; “kanaatimizce taksirli suçlara iştirak mümkün değildir. Öncelikle TCK m. 40/1’de yer alan “Suça iştirak için kasten işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir” şeklindeki düzenleme bunu açıkça ortaya koymaktadır. ... Nihayet TCK m. 22/5 "Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir" şeklindeki düzenleme ile bu konudaki tartışmaya son vermiş, yerinde olarak taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığını kabul etmiştir.” **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 526, 527; “TCK’daki iştirake ilişkin hükümleri, taksirli suçlar açısından uygulamak hukuken mümkün değildir. (TCK m. 40) Ancak, somut olayda failin gerçekleştirdiği taksirli davranışa bir başkasının taksirli davranışı eklenmiş olabilir.” **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 279; “düzenlemeyle kanun koyucu taksirli suçlarda iştiraki kabul etmemiştir.” **Keçelioğlu**, Taksirli, s. 23.

m. 22/5'te taksirli birlikteliklerin her zaman yan yana faillik olarak kabul edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmaya müsait bir fıkra yer almaktadır. Buna göre “*birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.*” Kanunun gerekçesinde yer alan açıklamalar da bu izlenimi güçlendirecek niteliktedir.⁹⁸⁸ Muhtemelen bunun da etkisiyle Türk ceza hukuku öğretisinde çoğunluk, taksirli suçlarda hiçbir iştirak türünün mümkün olmadığı düşüncesini yeni kanun döneminde daha kolay benimsemiştir. Ancak bu noktada taksirli bir suçun işlenme şekliyle bundan dolayı verilecek cezanın kusura göre belirlenmesinin farklı meseleler olduğu gözden kaçmaktadır. Eğer taksir; özellikle 5237 sayılı TCK sonrasında sadece bir kusur şekli olarak kabul edilmiyorsa⁹⁸⁹ taksirli suçun nasıl işlendiğiyle ilgili bir tartışmanın, kusura ilişkin bir hüküm üzerinden sürdürülmesi de isabetli olmaz. Çalışmanın başında izah edildiği üzere Türk kanun koyucu 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK hükümleriyle taksir dogmatğine yönelik temel yaklaşımını tarif etmiş ve taksirli davranışı esasen bir tipiklik unsuru olarak kabul etmiştir. Bu tercih; hareket haksızlığını-değersizliğini (Verhaltensunwert) tipikliğe yerleştirmeye yönelik modern suç teorilerinin takip edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun; birden fazla kişi tarafından işlenen taksirli suçlarda herkesin kendi kusurundan sorumlu olacağına ilişkin hükümle (m. 22/5) en fazla genel kusurluluk durumuna ilaveten taksir özelinde subjektif özene aykırılığa dikkat çektiği söylenebilir. Buradaki kusurun, objektif özen yükümlülüğüne aykırılık anlamına gelmediği ve dolayısıyla iştirakin konusu olan taksirli haksızlıkla ilgili olmadığı, kanunun pozitif hükümlerle taksire verdiği anlamdan ortaya çıkmaktadır. TCK m. 22/5'te genel kusurluluğa etki eden haller ve kusur kabiliyetine ilaveten, taksirli suçlarda failin kusur durumu “subjektif özen yükümlülüğü” bağlamında ayrıca vurgulanmıştır. Kanun, taksirin tipik haksızlığı gerçekleşse bile failin subjektif durumu itibarıyla kendini muhatap alan ve

⁹⁸⁸ “Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanuni tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin karşılıklı olarak işledikleri taksirli fiiller sonucunda gerçekleşmiş olabilir. Örneğin bir trafik kazasında sürücü ile yaya veya her iki sürücü de taksirle hareket etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir. Aynı şekilde birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan kişiler müştereken hareket etmektedirler. Ancak tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işleniş açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Kanunun suça iştirake ilişkin hükümleri, kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir. Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespit diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınmaz.” Nitekim Çakır, kanun maddesi ve gerekçeyi dikkate alarak taksirle işlenebilen suçlarda faillik ve şeriklik ayrımının ve bu bağlamda faillik ve şeriklikten bahsetmenin anlamsızlığına işaret etmektedir. Bkz. Çakır, s. 319.

⁹⁸⁹ Günümüzde klasik yaklaşımı sürdüren ve taksiri sadece bir kusur türü olarak değerlendiren yazarları temsilen bkz. İçel, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, (İçel, Genel Hükümler) s. 458 vd.

objektif özenin kaynağı olan davranış normlarına uygun davranamayacak halde olabileceğine işaret etmektedir. Özetle m. 22/5 ile taksirli suçtaki tipik haksızlığın gerçekleştiğine yönelik tespitten sonra, subjektif özensizlik bağlamında bunda payı olan faillerin kusur durumlarına ayrı ayrı bakılması istenmiştir. Bu durum kanundaki yaklaşımla ele alındığında, taksirli tipik haksızlığın nasıl işlendiğine yönelik değerlendirmelerle bağlantılı değildir. Dolayısıyla örneğin taksirli bir davranışı müştereken gerçekleştiren faillerden biri, kişisel durumu itibarıyla özene uygun davranamayacak haldeyse kusursuz addedilir ve cezalandırılmaz. Faillerden birinin kusursuzluğu, kasıtlı suçlarda nasıl ki iştirak türleri üzerinde bir etki göstermiyorsa taksirli suç için de aynısı geçerlidir.

Ayrıca TCK m. 22/5, esasen taksirli suçların en sık gerçekleştiği karşılıklı taksir (yan yana faillik görünümü) bağlamında faillerin kusur incelemesinin birbirlerine bağlı şekilde ele alınmasına engel olmak istemiştir. Böylece kanun koyucu, gerekçeyle de ifade edildiği üzere uygulayıcıların eski kanun dönemindeki matematiksel kusur tespitini terk etmelerini sağlamaya çalışmıştır.⁹⁹⁰ Buna göre birden fazla taksirli failin yan yana tipik bir neticeye sebebiyet verdiği bir durumda kusur değerlendirmesi, her biri için ayrı ayrı olacak şekilde normatif bir esasla ve olay hâkimi tarafından yapılacaktır. Ancak bu durum zaten taksirli müşterek failliğin kabulü halinde de geçerliliğini sürdürecektir. Filli birlikte gerçekleştiren faillerin cezası; suçun haksızlık unsurlarına (*Unrechtstatbestand*) yönelik tespitten sonra yine “kusurlarına göre ayrı ayrı” belirlenecektir. Zira kusur, müşterek faillikteki karşılıklı isnadiyetin konusu değildir.⁹⁹¹ Nitekim kusur değerlendirmesinin iştirakçilerin her biri için ayrı ayrı yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme, kasıtlı suçlar için de öngörülmüştür.⁹⁹² Bu durum kasıtlı suçlarda sadece yan yana failliğin mümkün olduğuna ve diğer iştirak görünümünün reddedilmesine gerekçe olmadığına göre TCK m. 22/5’e gereğinden fazla bir anlam yüklemek çelişkiye yol açar.

Kanunumuza özgü bir başka düzenleme bağlılık kuralı başlıklı TCK m. 40’da karşımıza çıkmaktadır. Birinci fıkrada “*suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı*”nı şart koşan kanun koyucu, maddenin başlığından da anlaşılacağı üzere bunu bağlılık ilişkisinin geçerli olduğu iştirak türleri (azmettirme ve yardım etme) için öngörmüştür. Kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin varlığını arayan bu düzenleme, sadece şeriklik için geçerlidir.

⁹⁹⁰ Açıkgöz, s. 317.

⁹⁹¹ Açıkgöz, s. 317. Karaaslan’a göre TCK m. 22/5, taksirli suçlarda yan yana failliği düzenlemekle birlikte müşterek faillğe yönelik bir belirleme içermemektedir. Yazara göre farklı uygulama alanlarına sahip bu iki faillik modeli birbirini dışlamamaktadır. Bunlardan sadece birine yönelik olan kanun maddesinin, diğeri için engel oluşturduğu ileri sürülemez. Bkz. Karaaslan, s. 268.

⁹⁹² TCK m. 40/1 (2. cümle): *Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*

Dolayısıyla sınırlı bağıllık kuralının benimsendiğini gösteren bu fıkra, müşterek failliğin uygulama alanını sınırlandırmaz.⁹⁹³ Tam aksine ilgili kural, müşterek faillikteki nötr tanımın taksirli suçlarda da uygulamaya imkân tanıdığı yönündeki değerlendirme için hareket noktası oluşturmaktadır.

3.6.2. Yapısal İtirazlar

Öğretide bazı yazarlar, taksirli müşterek faillikte “*ortak suç kararı* ve “*bilinçli ve iradi iş birliği*” unsurlarının eksik kalacağını ileri sürerek bu düşünceye karşı çıkmaktadır. Müşterek faillik için varlığı zorunlu olan bu iki unsur, kastın varlığını gerektirir ve taksirli suçlarda yerine getirilmesi mümkün değildir.⁹⁹⁴ Buna göre müşterek failler, planlanan suçun tipikliğine ilişkin unsurları gerçekleştirme iradesini ifade eden suç işleme kararı ile birbirlerinin katkısını kendi katkıları gibi benimserler. Bu karar, suçun tipikliğine ilişkin unsurların bilinçli ve iradi bir birliktelik çerçevesinde gerçekleştirilmesi anlamına geldiğinden, taksirli suçlarda, bu suçların tanımı gereğince en azından isteme unsurunun eksik olduğu öne sürülmektedir.⁹⁹⁵ Rolling-Stones örneğinde de A ve B’nin birlikte hareket etmesi, suçun tipikliğine dayalı bilinçli ve iradi bir birliktelik olmadığından, ölüm neticesinin her ikisine de isnat edilebileceği bir bağlantı oluşturmamaktadır.⁹⁹⁶ Nitekim inceleme konusu örneklerde, faillerin öldürme neticesine ilişkin ortak bir kararla hareket ettiği düşünülemeyeceğinden, taksirli müşterek faillik reddedilmelidir.⁹⁹⁷

Bu bağlamda *Puppe*’ye göre, müşterek faillikteki karşılıklı isnadiyetin meşruiyeti için üç şartın tespiti gerekir. İlk olarak müşterek faillerin, fiilden önce (en geç icranın başlangıcı anında) kararlaştırılan bir eylem planı temelinde iş bölümü esasına göre hareket etmeleri gerekir. İkinci olarak bu plan, suçun tipikliğini kasten gerçekleştirmeyi (*eine vorsätzliche Tatbestandsverwirklichung*) amaçlaması gerekir. Bunun için faillerin, ya ortak plan ile doğrudan bir neticeyi amaçlaması yahut ortaya çıkan neticenin (ortak kararın kapsamında olmasa da) kararın icrası çerçevesinde kasıtlı olarak gerçekleştirilen tipiklikle zorunlu yahut muhtemel (*notwendig oder wahrscheinlich*) bir bağlantı içinde olması gerekir. Dolayısıyla suç amacı taşımayan ortak bir eylem projesinin (*gemeinsames Handlungsprojekt*), buna iştirak edenlerden biri yahut hepsi tarafından, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı biçimde gerçekleştirilmesi, katılanlardan birinin yükümlülüğe aykırı davranışını ve bundan doğan zarar

⁹⁹³ Aynı yönde bkz. **Karaaslan**, s. 267, 268; **Açıkgöz**, s. 317.

⁹⁹⁴ **Jescheck/Weigend**, s. 676; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 25, kn. 87; **Çakır**, s. 319, 324.

⁹⁹⁵ **Gropp/Sinn**, § 10, kn. 171-173.

⁹⁹⁶ **Gropp/Sinn**, § 10, kn. 215.

⁹⁹⁷ **Günther**, s. 386.

sonuçlarını diğerine isnat edebilmek için gerekli bir birlikteliğe vücut vermez. Üçüncü olarak faillerin her birinin suçun icrası aşamasına katılarak, nedensel sürece katkıda bulunması gerekir.⁹⁹⁸ Yazara göre taksirli müşterek faillik düşüncesinin esas amacı, netice bakımından suç ortaklarının bireysel katkılarının nedenselliğinden sarf-ı nazar edilmesidir. Sırf bu amaç için müşterek failliğin temel unsurlarından vazgeçilmesi, bunu gerekçelendirmek adına hem faillik hem taksire ilişkin yerleşik öğretinin, tamamen yeni dogmatik temeller ve yasal-etik gerekçeler üzerine yerleştirilmesi sonucunu doğuracaktır.⁹⁹⁹

Aynı yönde Özgenç müşterek faillik için gerekli karar birliğinin taksirli suçlarda gündeme gelemeyeceğini şu şekilde ifade etmektedir: *“birlikte hareket edilmesi zımındaki karar, sadece objektif özen yükümlülüğünün ihlali mahiyetindeki fiilin işlenmesine matuftur. Halbuki, "taksirli suç"larda gerçekleşmesi zorunluluk arzeden bir insanın ölmesi veya yaralanması gibi netice öngörülmediği için; bu netice açısından bir karar birliğinden bahsedilemez. Bu itibarla; ancak objektif özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden ve dolayısıyla, bir haksızlık ifade eden fiilin işlenişine matuf olarak kişiler arasında bir karar birliği oluşabilir. Şayet soyut olarak bu haksızlık cezaî müeyyide altına alınmış olsaydı; bu haksızlığı birlikte gerçekleştiren kişiler, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardı. Ancak, mer'î Ceza Kanununa göre, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranış neticesinde meselâ bir insanın ölmesi veya yaralanması halinde suç oluşacaktır. Bu neticeye sebebiyet veren haksız fiili gerçekleştiren kişiler arasında söz konusu netice açısından bir karar birliğinin mevcudiyetinden bahsedilemez.”*¹⁰⁰⁰ Yine başka bir eserinde yazar, birlikte hareket edilmesine ilişkin kararın mücerret bir harekete yönelik olmadığını, müşterek failler arasında suç teşkil

⁹⁹⁸ **Puppe**, Fahrlässige Mittäterschaft, s. 131. Burada yazar, additif müşterek faillik olarak anılan durumların son şartın istisnası bağlamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Müşterek faillik bağlamında her bireysel katkının nedenselliğine ilişkin şart, öğretide isabetli olarak eleştirilmektedir. Böyle bir kabulün, isnad edilebilirliğin alanını genişletmek amacını taşıyan ALCK m. 25/2 ile bağdaşmadığı ileri sürülmektedir. Eğer müşterek faillikte böyle bir şart aranır, bu iştirak modelinin tek başına failliğin bir türüne dönüşeceği ve aslında “birden fazla tek başına faillik” (*mehrfache Einzeltäterschaft*) olacağı dile getirilmektedir. Birden fazla kişinin her birine neticenin kendi eseri olarak isnat edilebildiği noktada zaten müşterek faillik kurumuna ihtiyaç kalmayacaktır. **Renzikowski**, Restriktiver, s. 287.

⁹⁹⁹ **Puppe**, Fahrlässige Mittäterschaft, s. 132.

¹⁰⁰⁰ **Özgenç**, Suça İştirak, s. 293. Taksirli suçların unsurlarından neticeyi, öngörmeyerek hareket eden kişiler arasında suç işlemeye yönelik bir iştirak iradesinden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 527. Aynı yönde **Özen**, taksirle işlenen suçlarda neticenin istenmemesi nedeniyle bu suçlara iştirakin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. **Özen**, Mustafa, **Ceza Hukukunda Taksir**, Adalet, Ankara, 2011, (**Özen**, Taksir), s. 277.

eden fiile ilişkin iradi birlikteliğin tesis edilmesi gerektiğini ileri sürerek taksirli müşterek faillığe karşı çıkmaktadır.¹⁰⁰¹

Kanaatimce taksirli müşterek faillikte, tipik neticeyi gerçekleştirmeye yönelik bir karar birliğinden bahsedilememesi kasıtlı ve taksirli suçlar arasındaki yapısal farklılıktan kaynaklanmaktadır. Bu farklılık dikkate alınmadan daha en baştan kasıtlı suçların yapısına göre uyarlanmış bir müşterek faillik kabulünden hareketle öne sürülen “*karar birliği itirazı*”nın ikna edici olmadığını ifade etmek gerekir.¹⁰⁰² Kasıtlı suçlar bağlamında tespit edilen müşterek faillik unsurlarının, taksirli suçlarda mevcut olmaması tabi bir durum olarak görülmelidir.¹⁰⁰³ Kasıtlı suçlarda bilerek ve isteyerek gerçekleştirilen haksızlığın cezalandırılmasından farklı olarak, taksirli suçlarda tipik bir neticeye özensizce davranmak suretiyle sebebiyet verilmesi ceza altına alınmaktadır. Bu nedenle taksirli suçlarda tek başına failliğin (*Alleintäterschaft*) tespitinde de bu suç yapısına uygun özel faillik kriterleri gündeme gelmektedir. Tek başına faillikte suç tipleri arasındaki farklılığın dikkate alınıp, müşterek faillik için kasıtlı suçlar çerçevesinde belirlenen tüm şartların, taksirli suçlarda da birebir aranması yerinde bir yaklaşım olmaz. Dolayısıyla taksirli müşterek faillik düşüncesinin, suç tipleri arasındaki bu farklılığa *-tek başına faillikteki olduğu gibi-* bağlı kalarak ele alınması gerekir. Bu çerçevede “*ortak suç işleme kararı*”ndan hareketle yapılan itiraz, esasında birlikte gerçekleştirilen taksirli suçlar bağlamında, taksirli müşterek faillik için farklı kriterlere duyulan ihtiyaca işaret etmektedir.¹⁰⁰⁴ Taksirli suçlarda tek başına fail olan kişinin, neticeyi kastetmesi nasıl beklenemezse, bu suçlarda müşterek faillik için de kişilerin, tipik neticeyi de kapsar şekilde bir suç amacını hedefleyen ortak karar çerçevesinde hareket etmeleri beklenemez. Dolayısıyla kasıtlı suçlardaki birlikteliğin özelliklerinden hareketle yapılan itirazlar aslında taksirli suçlarda müşterek faillığe ilişkin ayrı bir yapının inşa edilmesi gerekliliğine işaret etmektedir.¹⁰⁰⁵

Nitekim mülga kanun döneminde Türk ceza hukuku öğretisi, taksirli suçların iştirak birlikteliğine müsait olduğu yönündeki görüşlere yabancı değildi. Taksirli suç yapısı içinde müşterek failliğin hangi haksızlık unsuru üzerine inşa edilmesi gerektiği noktasında bu

¹⁰⁰¹ **Özgenç**, Müşterek Faillik, s. 190. Benzer şekilde *Çakır*, taksirli suçlarda hareket üzerindeki birlikteliğin yeterli olmadığını, neticeyi de içeren bir suç planının bu suçlarda gündeme gelemeyeceğini ve dolayısıyla neticeyi içine alacak şekilde suç üzerinde birliktelik ve karşılıklı anlaşmadan bahsedilemeyeceğini ileri sürer. Bkz. *Çakır*, s. 319, 324.

¹⁰⁰² **Herzberg**, TuT, s. 73, dn. 49.

¹⁰⁰³ Aynı yönde bkz. **Renzikowski**, Restriktiver, s. 284; **Roxin**, AT II, § 25, kn. 242; **Herzberg**, TuT, s. 73, dn; **Knauer**, s. 182 vd; **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25 kn. 242.

¹⁰⁰⁴ Aynı yönde bkz. **Weißer**, JZ 1998, s. 232. Taksirli müşterek faillığe ilişkin farklı kriterler belirlenmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Otto**, AT, § 21, kn. 115; **Renzikowski**, Restriktiver, s. 284 vd; **Roxin**, TuT, s. 883.

¹⁰⁰⁵ **Renzikowski**, Restriktiver, s. 288. Aynı yönde bkz. **Dencker**, s. 177.

görüşlerin yol gösterici nitelikte olduğunu ifade etmek gerekir. Bu bağlamda *Erem-Danışman-Artuk*'a göre "*taksirli suçlarda iradelerin birleşmeyeceği iddiası kuramsal bir iddiadır; İradelerin fiilen birleştiği her olayda iştirak mevcut olabilir. Kalabalık bir yolda nizamlara aykırı olarak bisikletle yarış edenlerin ve kalabalık bir mahalde atış talimi yapanların fiillerinde olduğu gibi, diğer birçok olayda da iradeler arasında fiili bir birleşme daima mümkündür.*"¹⁰⁰⁶ Aynı yönde *Erem*, genel olarak iştirakin unsuru olarak görülen anlaşmanın kast gerektirdiği ve bunun taksirle bağdaşmadığı tezini nazari bir iddia olarak kabul etmekte ve buna karşı çıkmaktadır. Yazara göre "*taksirli suçlarda iştiraki kabul eden müelliflerin fikri daha yerindedir. Halen nakil vasıtalarının tekemmülü ve bunların işletmelerinde görülen komplike durum, birçok taksirli suçlarda failleri müstakil olarak tâyine imkân bırakmamaktadır.*"¹⁰⁰⁷ Yazarın açıklamalarından taksirli suçlarda iştirak ile esasında müşterek failliği kastettiği, özensiz davranışların tesadüfen bir araya geldiği durumları yani yan yana taksirli failliği haklı olarak iştirak kapsamında görmediği ve ısrarla iradelerin birleşmesi üzerinde durduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede müşterek faillik anlamında kullandığı "*hem fiillik*" için¹⁰⁰⁸ iradeler "suçu husule getiren fiil" üzerinde birleşmelidir.¹⁰⁰⁹ Aynı yönde *Taner*, bir evin yıkımını üstlenen iki failin evin direğini birlikte tutarak sokağa attıkları ve o sırada yoldan geçen birini yaraladıkları olayda taksirli müşterek failliği kabul ederek¹⁰¹⁰, izin verilmeyen bir tehlikeli davranış üzerinde tesis edilen birlikteliğe işaret etmektedir. Son olarak taksirli suçlara iştirak meselesinin *Dönmezer/Erman* tarafından da ayrıntılı bir şekilde ele alındığı görülmektedir.¹⁰¹¹ Bu konuda aleyhte ve lehteki görüşlerin temel hareket noktalarını aktaran yazarlar, taksirli suçlardaki iradi fiil bakımından iştiraki mümkün gören yaklaşımı isabetli bulmuştur. Ancak taksirli suçlarda iştirak, genelde bu düşüncüyü reddedenler tarafından ileri sürülen yan yana faillik durumlarıyla ilgili değildir. Zira kişilerin birbirinden habersiz olarak taksirli bir suçun meydana gelmesine özensizce katkıda bulunması, bu suçun iştirak halinde işlendiğini göstermez. Dolayısıyla "taksirli suçlarda iştirak olmaz" tezine sıklıkla dayanak oluşturan bu yan yana faillik olaylarını, tartışmanın dışına çıkarmak gerekir. Bu çerçevede isabetli bir noktayı vurgulayan yazarlar için "*taksirli suçlarda iştirak meselesini bir iş birliği şeklinde kabul*

¹⁰⁰⁶ Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, M. Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 369.

¹⁰⁰⁷ Erem, Faruk, "Suça İştirak" **AÜHFD**, 1946, 3/1, sa. 62-107, (**Erem**, İştirak) s. 69.

¹⁰⁰⁸ Aynı yönde bkz. **Açıkgöz**, s. 314.

¹⁰⁰⁹ "*Taksirli suçlarda iştiraki kabul için suçu husule getiren fiilden iradelerin birleşmesi lâzımdır, hâdisede mevcut müstakil ve müteaddit taksir sebeplerinin sadece bir araya gelmesi kâfi değildir. Meselâ bir istasyon şefi, aksi istikametten gelen bir katar makinistine haber vermez ve makinist nizamla göre lüzumlu olan emniyet hareketlerine tevessül etmezse, kaza vukuunda istasyon şefi ile makinist hem fiil sayılamazlar.*" **Erem**, İştirak, s. 70.

¹⁰¹⁰ *Taner*, Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Bs., İstanbul, 1953, s. 532.

¹⁰¹¹ **Dönmezer/Erman**, s. 493-497.

*etmek, problemin çözülmesi bakımından zorunlu bir başlangıç noktasıdır.”*¹⁰¹² Bahsi geçen iş birliği tipik bir neticenin gerçekleştirilmesini değil taksirli hareketi konu olmalıdır. Failler böyle bir iş birliği çerçevesinde hareket ettiğinde taksirli suçlarda iştiraktan bahsedilebilir.¹⁰¹³ Bu düşüncelerle taksirli suçlara iştiraki mümkün gören *Dönmezer/Erman*’a göre, tüm iştirak türleri için geçerliymiş gibi algılanmasının önüne geçmek adına bunun taksirli suçları “birlikte işlemek” şeklinde ifade edilmesi daha isabetlidir.¹⁰¹⁴

Görüldüğü üzere taksirli suçlarda iştirak meselesini, bunu mümkün gören bir bakış açısıyla ele alan yaklaşım, eski kanun döneminde önemli argümanlar geliştirmiştir. Bu bağlamda özellikle yan yana faillik durumlarını dışlayan ve taksirli faillerin iş birliğine yapılan vurgu önemlidir. Zira taksirli müşterek faillikte de mesele tam olarak izin verilmeyen tehlikeli bir davranışın iş birliği içinde gerçekleştirilmesiyle ilgilidir. 5237 sayılı TCK sonrasında taksirli birliktelikleri mümkün gören yaklaşımın, öğretideki etkisini kaybettiği anlaşılmaktadır. Bu yeni dönemde az önce incelenen TCK m. 22/5 ve m. 40/1 fıkralarının ifade tarzları, ekseriyetle taksir ve iştirakin birbiriyle bağdaştırılamayacak iki kavrammış gibi algılanmasında etkili olmuştur. Bunlara ilaveten m. 37/1’deki genel fail tanımlarının gerekçesinde; fiil hakimiyeti öğretisinden yana açık bir pozisyon alınmasıyla “faillik ve fiil hakimiyeti” neredeyse eş anlamda kullanır hale gelmiş, taksir ve iştirak arasındaki “uçurum” büyümüştür.

3.6.3. Monist Faillik Öğretisi Bağlamında İtirazlar

Fiil hakimiyeti öğretisinin kanun yapımı süreçlerinde yönlendirici bir rol oynamış olması, Alman ve Türk ceza hukuku için fiil hakimiyetiyle bağdaştırılamayan faillik türlerinin reddedilmesi için daha uygun bir bilimsel iklim oluşturmuştur. Nitekim taksirli müşterek faillğe karşı yapısal anlamda ileri sürülen itirazların önemli bir bölümü de monist bir anlayışla savunulan fiil hakimiyeti düşüncesine dayanmaktadır. Taksirli bir davranışta bulunan kişinin fiil üzerinde hakimiyet kurması mümkün olmadığı için taksirli müşterek faillik düşüncesi reddedilmektedir: “*iştirak iradesinin arandığı ve fiil üzerinde hakimiyeti şart kılan müşterek*

¹⁰¹² Dolayısıyla örneğin her iki sürücünün de trafik kurallarına uymayarak çarpıştığı bir durumda veya bir zehri satan eczacı ile bunu yanlışlıkla (hastasına) veren arasında iştiraktan bahsedilemez. Bu olaylarda “*iki ayrı taksirli hareket ve suç bulunur.*” *Dönmezer/Erman*, s. 496.

¹⁰¹³ “*Meselâ bir yol kenarında bulunan bir ağacı iki kişi keser ve yolun üzerine düşen ağaç bir kimsenin yaralanmasına veya ölmesine sebebiyet verirse, faillerin böyle bir işbirliği ile hareket ettikleri görülür. Keza bir tren garında değişik görevler yapan memurlar; kâğıt oynamağa başlayıp, oyunun harareti ile görevlerinin başına dönmeyi unutsalar ve bu yüzden tren kazası meydana gelse, taksirli neticenin bir işbirliği ile vuku bulduğu görülür.*” *Dönmezer/Erman*, s. 496.

¹⁰¹⁴ *Dönmezer/Erman*, s. 497.

*faillik, ancak kasten işlenebilen suçlarda uygulama alanı bulur.”*¹⁰¹⁶ Dolayısıyla taksirli müşterek faillik, “müşterek faillik bakımından her ne kadar kanuni tanımda açıkça yer almasa da Türk Ceza Kanunu'nun iştirak öğretisinin üzerine temellendirildiği fiil hakimiyeti prensibi kapsamında fonksiyonel hakimiyet”in unsurları ile bağdaştırılamamaktadır.¹⁰¹⁷

Bu düşüncenin temellerini, fiil hakimiyetini ontolojik bir perspektifle final hareket üzerine inşa eden *Welzel*'de bulmak mümkündür. Yazar için müşterek faillik, final fiil hakimiyetinin birden fazla kişiye ait olmasını ifade eder.¹⁰¹⁸ Ancak yazara göre (müşterek faillik de dahil) kasıtlı ve taksirli suçlar için ortak bir fail kavramının geçerliliği dogmatik açıdan imkansızdır. Zira fiil hakimiyetinin ve bunun yokluğunun birbirini dışlaması gibi iki suç tipi de birbirini dışlamaktadır.¹⁰¹⁹ Bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde final suç tipleri olduğu kabul edilen kasıtlı suçlar dışında, yani taksir alanında¹⁰²⁰ final fiil hakimiyetinin suç ortakları tarafından birlikte icra edildiği bir modelin inşası mümkün olmayacaktır. Faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın sadece fiil hakimiyeti kriteriyle yapılabildiği yönündeki bakış açısı, hakimiyet ilişkisinden bahsedilemeyen taksirli suçlarda iştirak meselesini, özen yükümlülüğünü ihlaldeki bir derecelendirme veya taksirin kapsamı sorunu olarak ele almaktadır.¹⁰²¹ Bu çerçevede monist anlayışla savunulan ve baskın görüşü oluşturan fiil hakimiyeti öğretilerince yapılan basit çıkarım şu 3 adımla özetlenebilir: (1) fiil hakimiyeti yoksa faillik ve şeriklik arasında bir ayrım yapılamaz, (2) fail-şerik ayrımının yapılamadığı bir yerde

¹⁰¹⁶ **Çakır**, s. 324. Tekçi bir fail kriteri üzerinden taksirli müşterek failliğin reddi yönündeki pozisyon, öğretilerdeki hâkim konumu dikkate alınarak fiil hakimiyetini benimseyen görüşler üzerinden incelenecektir. Ancak bu çerçevede yapılacak tespitler, monist yaklaşımla savunulan ve subjektif failliği esas alan görüşler için de geçerlidir. Failliği yine tekçi bir bakışla ancak subjektif kriterler üzerinden ele alan görüşler için itiraz noktası ise genelde taksirli suçlarda “fail iradesi”nin (*Täterwille*) eksik olmasıdır. Eleştirel bir değerlendirme için bkz. **Weißer**, *Kausalität*, s. 149-150.

¹⁰¹⁷ **Demirel**, Çifte Özen, s. 607, 608. Yazar taksirli müşterek faillğe tekçi bir fiil hakimiyeti yaklaşımıyla karşı çıkarken, bir başka eserinde “sırf yükümlülük suçları” olarak sınıflandırdığı kasıtlı suçlar için bile fiil hakimiyetinin fail kıstası olamayacağını savunmaktadır. Yazara göre bu suçlarda *Roxin*'in yükümlülük öğretisi takip edilmeli ve faillik için fiil hakimiyeti dikkate alınmaksızın yalnızca yükümlülüğün ihlali üzerinden fail belirlenmelidir: “*Türk hukukunda gerçek özgü suçlar olarak bilinen sırf yükümlülük suçlarında fiil hakimiyetine sahip olunsun veya olunmasın, söz konusu özel faillikten kaynaklı yükümlülüğün ihlali sonucunu ortaya çıkaran icrai ya da ihmali nitelikteki her türlü hareket failliği beraberinde getirecektir.*” Bkz. **Demirel**, Bağlılık, s. 139. Burada iki soru gündeme gelmektedir: (1) TCK'daki iştirak sisteminin fonksiyonel hakimiyet üzerine inşa edildiği tezi, sırf yükümlülük suçları için farklı bir fail kriterini benimseyen yaklaşımla uyumlu mudur? (2) Yazara göre sadece fiil hakimiyeti (daha özelde fonksiyonel hakimiyet) ile ortaya çıkan ve bu hakimiyetin unsurlarını her durumda barındırması gereken bir müşterek faillik, fiil hakimiyetinin devre dışı bırakıldığı sırf yükümlülük suçlarında uygulanmayacak mıdır?

¹⁰¹⁸ **Welzel**, *Strafrecht*, s. 107.

¹⁰¹⁹ **Welzel** Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, 58/1, (**Welzel**, System) 540.

¹⁰²⁰ Faillik ve şeriklik belirlenmeleri açısından final suç tipleri ile taksirli nedensel suçlar arasında temel bir ayrıma gidilmesi yönünde bkz. **Welzel**, System, s. 537 vd.

¹⁰²¹ **Gallas**, Wilhelm, “Täterschaft und Teilnahme”, in: **Materialien zur Strafrechtsreform (I. Band)**, 1954, Bonn, sa. 121-153, (**Gallas**, TuT) s. 128, 129.

gündeme gelen birliktelikler iştirak meselesi olarak görülemez, (3) kasıtlı suçlarda iştirak ve faillik öğretisinin gündemini oluşturan görünüm, taksirli suçlarda yalnızca özen yükümlülüğü ihlalleri arasındaki derecelendirme konusudur.¹⁰²² Daha en baştan benimsenen bir faillik kriteri, taksirli suçlara uygulandığında sonuç vermeyince, bu suçlarda iştirakin mümkün olmadığı düşüncesi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu “*imkansızlık*” sadece fail-şerik ayrımıyla sınırlı kalmayıp taksirli suçlardaki faillik görünümünü de etkilemektedir. Nitekim *Welzel*’in, kasıtlı ve taksirli suç tipleri için ortak bir fail kavramını dogmatik açıdan imkânsız gören yaklaşımı, bunun bir yansımasıdır. Zira taksirli suçlarda mesele, final fiil hakimiyetiyle ilgili olmayıp, kaçınılabılır her türlü nedensel katkı failliği gündeme getirmektedir.¹⁰²³ Taksirli suç ile iştirak görünümü arasındaki bağlantı, tekçi bir anlayışla savunulan “fiil hakimiyeti” engeli nedeniyle kurulamadığında, “fonksiyonel hakimiyet” gerektiren faillik formunun bu suçlarda kabulü de mümkün olmamaktadır. Tüm bunlara ilaveten müşterek failliğin hukuki esası, yine tekçi bir bakış açısıyla fonksiyonel fiil hakimiyeti üzerinden izah edildiğinde bu izahla bağdaşmayan birliktelikler için karşılıklı isnadiyetin meşruiyeti ortadan kalkmakta ve kusur ilkesi ihlal edilmektedir.

Bu bağlamda *Greco*, taksirli müşterek failliğe kanuni dayanak ve “ortak suç işleme kararı” üzerinden yapılan itirazların “sözde” olduğunu kabul eder.¹⁰²⁴ Yazara göre kasıtlı suçlar temelinde şekillenen bu itirazlara; taksirli suçların yapısı dikkate alınarak inşa edilebilecek bir müşterek faillik yapısı çerçevesinde kolayca izahat getirilebilir. Ancak burada esas sorun fonksiyonel fiil hakimiyeti eksikliğidir. Buna göre esasında taksirli müşterek faillik düşüncesine, ceza hukukunun en temel prensiplerinden biri olan kusur ilkesine aykırılık nedeniyle karşı çıkılması gerekir.¹⁰²⁵ Zira müşterek failliğin kabulü, yabancı bir eylemin fail tarafından bizzat gerçekleştirilmiş gibi kabul edilmesine yol açtığından (*gegenseitige Zurechnung*), burada -kanuni dayanaktan da öte- özel bir gerekçelendirmeye (*besondere Rechtfertigung*) ihtiyaç duyulmaktadır. Bu tür bir özel gerekçe mevcut değilse, kusur prensibi, bir kişinin, başkasının hukuka aykırı davranışından sorumlu tutulmasını reddetmektedir.¹⁰²⁶ Zira ceza hukuku yaptırımları kişilerin doğuştan sahip olduğu haklara müdahale niteliğini haiz olduğundan, yani son derece şahsi ve bizzat fail üzerinde etki gösterdiğinden (*höchstpersönlich*), ceza hukukunun müdahalesini gerektiren haksızlığın da aynı oranda bizzat

¹⁰²² Bu yaklaşımı temsilen bkz. *Jescheck/Weigend*, s. 654, 655.

¹⁰²³ Bu nedenle yazar, iştirak ve faillik öğretisi açısından ilk ve en önemli noktayı, final hareket (kasıtlı) suç tipleriyle nedensellik (taksirli) suç tipleri arasındaki ayırma görmektedir. Bkz. *Welzel*, System, s. 537 vd.

¹⁰²⁴ *Greco*, Kritik, s. 364.

¹⁰²⁵ *Greco*, Kritik, s. 364 vd.

¹⁰²⁶ *Greco*, Kritik, s. 366.

ve şahsen gerçekleştirilmesi gerekir. Özetle bir başkasının gerçekleştirdiği haksızlıktan sorumluluğu önlemeye matuf bir ilke olan ve anayasal düzeyde koruma altına alınmış olan kusur prensibi, salt kriminal politik saiklerle arzulanan cezalandırma üzerinde önleyici ve sınırlandırıcı bir etki gösterecektir. Bu çerçevede, kasıtlı suçlarda müşterek failliğin ortaya çıkardığı “karşılıklı isnadiyet” de özel bir gerekçelendirmeye muhtaçtır.¹⁰²⁹ Müşterek faillik “fonksiyonel fiil hakimiyeti” çerçevesinde değerlendirildiğinde böyle bir izaha ulaşılmış olacaktır. Buna göre her fail tüm olaya hâkim olduğundan, nihayetinde kendi hakimiyetindeki bir sonuçtan sorumlu olacaktır. Yazara göre kasıtlı suçlarda müşterek failliği ve onun karşılıklı isnadiyet bağlamında hukuki sonuçları, sadece fonksiyonel fiil hakimiyeti düşüncesiyle ikna edici ve kusur ilkesiyle uyumlu bir şekilde izah edilebilmektedir.¹⁰³⁰ Ancak bu isabetli gerekçelendirme kasıtlı suçlar için geçerli olup taksir alanına genişletilemez. Zira kast fiil hakimiyetinin kurucu unsurlarındandır.¹⁰³¹ Dolayısıyla kanuni unsurları itibarıyla taksirli müşterek faillik yapısı inşa edilebilir olmakla beraber, böyle bir yapı içinde faillerin, bu birlikteliğin tüm sonuçlarından sorumlu tutulması, kusur prensibiyle bağdaşmamaktadır.¹⁰³²

Kanaatimce taksirli müşterek failliğe karşı, tekçi bir anlayışla fiil hakimiyetinin eksikliğine dayandırılan itirazlar da isabetli değildir. Fonksiyonel fiil hakimiyeti olmaksızın müşterek faillik izah edilemeyecekse bu öncelikle kasıtlı suçlarda kabul edilemez sonuçlar doğurur. Zira ilk bölümde tespit edildiği üzere fiil hakimiyeti sadece hakimiyet suçlarında (*Herrschaftsdelikte*) failliği belirleyici bir kriterdir. İhmali suçlarla birlikte kasıtlı icrai suçların önemli bir kısmında (yükümlülük suçları-bizzat işlenebilen suçlar) bu kriter, isabetli bir ayırım için yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla bu yaklaşımın kabulü halinde sadece taksirli suçlarda değil, birçok kasıtlı suç için de müşterek faillik meşru bir iştirak modeli olmaktan çıkacaktır.

¹⁰²⁹ Bunun sadece müşterek failliği düzenleyen kanun hükmünden hareketle izah edilmesi pozitivist bir yaklaşımla esasa ilişkin gerekçelendirmeden kaçınmak anlamına gelir. Cezanın etkilediği haklara doğuştan sahip olunması ve bunların kanundan da önce var olduğu dikkate alındığında, bu haklar kanun koyucunun tasarrufuna terk edilemez. Kanun koyucu ancak yeterli bir gerekçeye sahipse, karşılıklı isnadiyete imkân veren bir düzenleme öngörebilir. Nitekim müşterek failliğe ilişkin tarihsel gelişim de karşılıklı isnadiyete uygun teorik bir gerekçelendirme arayışı etrafında şekillenmiştir. **Greco**, Kritik, s. 368.

¹⁰³⁰ **Greco**, Kritik, s. 371-374.

¹⁰³¹ **Greco**, Kritik, s. 374, 375.

¹⁰³² **Greco**, Kritik, s. 375 vd. Aynı yönde *Ko*, kusur prensibi temelinde müşterek faillik yapısını en ikna edici şekilde açıklayan yaklaşımın fonksiyonel fiil hakimiyeti olduğunu, taksirli suçların da kusur prensibine tabi olduğu dikkate alındığında bu hakimiyet modelinin taksirli suçlarda da geçerlilik kazanması gerektiğini savunur. Ancak taksirli faillerin birlikteliği açısından fiil hakimiyeti için gerekli subjektif bağlantı elementlerinin (bununla muhtemelen suça yönelik ortak karar kastedilmektedir) eksikliği nedeniyle yazar, müşterek failliğin esasına ilişkin en iyi gerekçelendirmenin (fonksiyonel fiil hakimiyeti) taksirli suçlara taşınamayacağını ve sırf bu nedenle taksirli müşterek failliğin herhangi bir dayanağının bulunmadığını ileri sürer. **Ko**, s. 103. Daha ziyade şekli argümanlarla da olsa kusur prensibi üzerinden itirazını dile getiren *Çakır*’a göre “*faillerin kusurunu tespit ve ispat hukukunun zorluklarını aşma noktasında taksirli suçlara iştiraki kabul etmek ceza hukukunda kusur sorumluluğu göz ardı etmek anlamına gelir.*” Bkz. **Çakır**, s. 319.

Bunların başında yükümlülük suçları grubu gelmektedir.¹⁰³⁴ Ayrıca hakimiyet suçlarında bile müşterek failliğin hukuki esasına ilişkin birçok farklı izahat getirilmektedir.¹⁰³⁵ Bu izahatlar genelde kasıtlı suçları esas aldığı için her birinin taksirli suçlarda sonuç vermediği ileri sürülerek taksirli müşterek faillığe karşı çıkılması mümkündür.¹⁰³⁶ Zira örneğin eğer müşterek failliğin esası karşılıklı azmettirmeyle veya karşılıklı dolaylı faillikle izah edilecekse baştan taksirli müşterek faillik düşüncesine de kolayca itiraz edilebilir. Ancak bu yönde muhtemel itirazların hiçbirisi, *Erem*'in ifadesiyle “nazari” olmaktan kurtulamaz. Zaten bu çalışmada müşterek faillik, özerklik ilkesinin istisnası bağlamında bir kişi topluluğu olarak değerlendirilmektedir. TCK m. 37/1 sayesinde tüm özel suç tipleri, “*bizzat işleme*”ye ilaveten “*birlikte işleme*”yi de kapsamına alacak şekilde genişletilmiştir.¹⁰³⁷ Bir suçun tipikliğine dahil edilebilen müşterek bir eylem projesi temelinde bir kollektivite oluşturulduğunda, karşılıklı ve sözleşme benzeri bir ilişki içinde bir araya gelen eşit ortaklar, sadece projeye sağlamak durumunda oldukları kısmi katkılarından değil kişi topluluğunun bütün eyleminden sorumlu tutulmaktadır.¹⁰³⁸ Müşterek failliğin esasına ilişkin bu değerlendirmenin taksirli suçlar için de geçerliliğini koruyacağı açıktır.

Ayrıca bu tekçi bakış açısı, taksirli suçlarda failliği nedensellik temelinde geniş yorumlayan yaklaşımın, “nihai çözüm yeri” olarak güçlenmesinde etkili olmaktadır. Zira daha baştan benimsenen bir temel kriter taksirli suçlarda sonuç vermediğinde geleneksel öğretinin “taksirli suçlarda geniş faillik” şeklinde sunduğu kolay yol daha fazla tercih edilmektedir. Bu noktada iştirak ve faillik görünümleri önemsizleşmekte ve tespit edilen bir özensizlik anı üzerinden herkesin rahatlıkla yan yana fail kabul edilebildiği bir model ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁴⁴ Böylece aslında taksirli suçlarda “*başka bir kişinin davranışının neden ilgili tarafa atfedilebileceği sorusuna cevap verme gerekliliği, geniş bir nedensellik kavramı temel alınarak gizlenmektedir.*”¹⁰⁴⁵ Bu yaklaşımda özellikle bir başkası üzerindeki psişik etkinin dahi (*psychische Einwirkung*) nedenselliği kabul edildiğinde taksirli failin sınırları olabildiğine

¹⁰³⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. 1.2.3.2.

¹⁰³⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. 3.1.

¹⁰³⁶ Nitekim karşılıklı isnadiyetin meşruiyetini, neticeyi gerçekleştirmeye yönelen failer arasındaki dayanışmaya (*Solidarität*) dayandıran *Herzberg*, bunun taksirli suçlarda olmadığını ileri taksirli müşterek faillığe karşı çıkmaktadır. Bkz. *Herzberg*, TuT, s. 73.

¹⁰³⁷ *Renzikowski*, FS-Otto, s. 428.

¹⁰³⁸ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. 3.1.4.

¹⁰⁴⁴ Nitekim *Greco*, taksirli suçlardaki nedensellik temelli geniş faillik anlayışına referansla incelenen olaylarda taksirli müşterek faillığe ihtiyaç olmadığını ileri sürmektedir. En basitinden Rolling-Stone davasında faillerden her biri hem taşı yuvarlayarak hem diğerinin üçüncü kişileri tehlikeye atma motivasyonunu güçlendirerek netice bakımından izin verilmeyen bir tehlike yaratmaktadır. Bunlardan hangi tehlikenin gerçekleştiği noktasında objektif isnadiyet için “ya o ya da o” (entweder-oder) şeklinde alternatif tipiklik (*Wahlfeststellung*) gündeme gelecektir. Nihayetinde failer müşterek değil yan yana fail kabul edilmelidir. *Greco*, Kritik, s. 378.

¹⁰⁴⁵ *Haas*, Tatherrschaft, s. 141.

genişletilmiş olmaktadır. Doğrudan nedensel davranışı gerçekleştiren kişi üzerindeki psikik etkiyi (onun haksız davranışa yönlendirilmesi yahut bu yöndeki kararının güçlendirilmesi) tipik netice bakımından nedensel addeden taksirli suçlardaki geniş fail anlayışı, iştirak sistemindeki bireysel isnadiyet formlarının bu suçlar bakımından en iyi ihtimalle gereksiz görülmesine yol açmaktadır.¹⁰⁴⁶

Esasen bu yönde bir taksirli geniş faillik kabulünün şahsi sorumluluk ilkesiyle uyumsuz olduğu ve kusur ilkesi yönünden sakıncalı olduğu ikinci bölümde ayrıntılı olarak izah edilmişti. Ancak bu kabulün, artık oyla alınan kurul kararlarında sonuç vermemesi de taksirli müşterek failliğin benimsenmesinde ayrıca etkili olan bir noktadır. Zira hukuka aykırı kurul kararının alınması sırasında herkesin oyunu birbirinden bağımsız ve etkilenmeden kullandığı düşünüldüğünde kurul üyelerinin diğerinin davranışı üzerindeki nedensel etkisinden hareketle yan yana fail olarak sorumlu tutulmasında ciddi zorluklar yaşanmaktadır.¹⁰⁴⁷

3.7. Taksirli Müşterek Failliğin Unsurları Bağlamında İlgili Olayların Nihai Değerlendirmesi

Hukuki figüre yönelik itirazların isabetsizliği literatürde büyük ölçüde tespit edildiği için taksirli müşterek failliği kabul eden yaklaşım, Alman ceza hukukunda artık hâkim görüş olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁴⁸ Buna paralel şekilde kanundaki ifadesiyle “fili birlikte gerçekleştiren” kişilerin bu birlikteliğinin taksirli suçlarda nasıl bir yapıyla gündeme geleceği noktasında yapılan değerlendirmeler, taksirli müşterek failliğin unsurlarına ilişkin belirsizliği gidermeyi amaçlamaktadır. Bu alandaki bilimsel gelişmenin hala devam etmekte olduğunu ve taksirli müşterek failliğin unsurları noktasında yapılan değerlendirmelerin belli yönlerden birbirinden farklılaştığını söylemek mümkündür. Ancak *Roxin*’in isabetli tespitiyle belirtmek gerekirse “*taksirli müşterek failliğin hukuki figür olarak prensipte meşruiyeti (Berechtigung) artık inkâr edilmemelidir.*”¹⁰⁴⁹

Nitekim savunucularının yoğun çabalarıyla hukuki figürün belli bir somut çerçeve kazandığı da görülmektedir.¹⁰⁵⁰ Genellikle faillerin izin verilmeyen risk bağlamında tehlikeli bir davranışı gerçekleştirme yönünde ortak bir eylem projesi oluşturmaları ve müşterek eylem projesine katkı sağlayarak birlikte meydana getirdikleri riskin neticede gerçekleşmesi

¹⁰⁴⁶ Aynı eleştiri için bkz. **Haas**, Tatherrschaft, s. 141.

¹⁰⁴⁷ **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25 kn. 241.

¹⁰⁴⁸ Bu değerlendirme için bkz. **Schünemann/Greco**, in; LK, § 25 kn. 242. Taksirli müşterek failliğin kabul edilmesi gerektiğini savunan *Roxin* de hukuki figürün literatürde sürekli artan şekilde taraftar bulduğuna vurgu yapmaktadır. Bkz. **Roxin**, AT II, § 25 kn. 242.

¹⁰⁴⁹ **Roxin**, AT II, § 25 kn. 242.

¹⁰⁵⁰ Bu değerlendirme için bkz. **Roxin**, TuT, s. 884.

şeklindeki iki temel unsur etrafında hukuki figürün şekillendirildiğinden bahsedilebilir.¹⁰⁵¹ Burada korunan hukuki değerin müştereken tehlikeye atılması, bireysel katkıların nedenselliğinden vazgeçilmesini de meşru hale getiren bir unsur olduğundan, failer arasında ortak bir eylem projesinin aranması isabetlidir. Aksi halde farklı taksirli katkıların sadece objektif olarak bir araya gelmek suretiyle neticeye yol açmasıyla yetinilmiş olur ki bunun karşılıklı isnadiyetin meşruiyetini sağlayamayacağı açıktır.¹⁰⁵² Dolayısıyla temel unsurlardan biri olarak aranan ortak eylem planı sayesinde kasıtlı suçlardakine benzer şekilde taksirli müşterek failliğin de “iş bölümüne dayalı ve bilinçli bir birliktelik” olabileceğine işaret edilmektedir.¹⁰⁵³

Bu çerçevede örneğin kasıtlı suçlardaki müşterek faillik şartlarını, taksirli suçlara göre formüle eden *Renzikowski*¹⁰⁵⁴,ye göre; öncelikle failer arasında planlanmış bir ortak eylem projesinin (*gemeinsames Handlungsprojekt*) varlığından bahsedilmelidir.¹⁰⁵⁵ Proje kapsamında gerçekleştirilmesi planlanan bütün fiil (*Gesamtat*), hukuken izin verilmeyen objektif bir risk meydana getirmelidir. Diğer bir şart ise failerin planlanan proje doğrultusunda kendilerinden beklenen katkıyı sunmuş olmalarıdır. Son olarak bu projeye katılanlardan her birinin, bütün fiilin yarattığı tehlikeyi fark etmek durumunda (*musste*) ve fark edebilecek bir konumda (*konnte*) olması beklenir. *Dencker*’e göre de kasıtlı suçlarda müşterek faillik için öngörülen unsurların taksirli suçlar bakımından yeniden formüle edilmesi bağlamında, öncelikle failer arasında bir bağlantı noktasına ihtiyaç vardır. Bu bağlantı noktasını bütün eylem projesi (*Gesamthandlungsprojekt*) olarak isimlendiren yazar, projenin gerçekleştirilmesiyle bir bütün eylemin (*Gesamtverhalten*) ortaya çıkmasını ve bunun da kanunda suç olarak tarif edilen bir tipikliği meydana getirmesini aramaktadır.¹⁰⁵⁶ Bu bağlamda aslında projenin gerçekleştirilmesi için ortaya konulan bireysel katkılar bir genel eylemin oluşumuna ve o genel eylem de bir suç tipine vücut verecektir. Deri spreyi olayında kurul üyelerinin oylarıyla oluşturduğu karar, (meydana gelen yaralanmalar bakımından) tipik genel eylem olarak kabul edilecek olursa, lehe yönde kullanılan her bir oy, kısmi eylem olarak (*Teiltat*), devamında meydana gelen ve suç teşkil eden genel eylem (nihai karar) için nedensel nitelik arz edecektir. Burada lehe oy kullanan

¹⁰⁵¹ Krş. *Schünemann/Greco*, in; LK, § 25 kn. 242; *Kamm*, s. 199 vd; *Renzikowski*, FS-Otto, s. 429; aynı yazar, ZIS 2021, s. 99; Restriktiver, s. 288; *Weißer*, Kollegialentscheidungen, s. 147, 156.

¹⁰⁵² *Schünemann/Greco*, in; LK, § 25, kn. 242. “Eğer ortak bir hareket kararından (*gemeinsamer Handlungsentschluss*) vazgeçilirse, müşterek faillik artık sadece tesadüfen bir araya gelen birden çok taksirli davranıştan ayırt edilemez hâle gelir.” *Renzikowski*, ZIS 2021, s. 99.

¹⁰⁵³ Krş. *Heine/Weißer*, in: Schönte/Schröder-StGB, Vor § 25, kn. 115-117.

¹⁰⁵⁴ *Renzikowski*, Täterbegriff, s. 288, 289.

¹⁰⁵⁵ Öğretide *Dencker* bunu “*Gesamthandlungsprojekt*” olarak adlandırmaktadır. *Dencker*, s. 177.

¹⁰⁵⁶ *Dencker*, s. 177.

kişiler; oylarının, yaralanmalara sebep olan ve kanun tarafından yasaklanan genel eyleme yol açabileceğini (ihmal yönündeki nihai karara) öngörebilecek durumda ise (*erkennbar*), artık eylemlerinin taksirli olduğundan bahsetmek mümkün hale gelecektir. Aynı yönde *Otto*'ya göre icrai suçlar bağlamında taksirli müşterek failliğin temelinde, faillerin tehlike yaratan ya da mevcut bir tehlikeyi artıran bir davranışı birlikte gerçekleştirmeleri ve bu tehlikenin de hukuken korunan bir yararın ihlalinde ortaya çıkması yer almaktadır. Kasıtlı suçlardaki eylem planına karşılık taksirli suçlarda suça katılan faillerin, riskin yaratılması yahut yükseltilmesi sırasında üzerinde ortak hakimiyet imkanına sahip oldukları iş bölümünün bilincinde olmaları gerekir. Burada faillerin tehlikeyi fark etmiş olmaları aranmaz ancak bir hukuki yararın ihlaline sebebiyet verebilecek bu tehlikenin öngörülebilir olması gerekir. Özetle bilinçli bir iş bölümü temelinde birlikte hareket ederek (*im bewußten, arbeitsteiligen Zusammenwirken*), öngörülebilir bir neticede ortaya çıkan tehlikeye sebep olmak yahut bu neticeye ilişkin mevcut bir riski yükseltmek, ortaya çıkan neticeden de müşterek fail olarak sorumluluğu doğurur.¹⁰⁵⁷ İcrai suçlar bağlamında tehlikenin yaratılması yahut artırılmasına karşılık ihmali sorumluluk alanında taksirli müşterek failliğin kurucu unsuru, hukuken bir tehlikeyi ortadan kaldırmak yahut o tehlikeyi azaltmak noktasında yükümlülük altında olan kişilerin yükümlülüklerini yerine getirmeme noktasında aralarında anlaşmış olmalarıdır. Yani yükümlü olmalarına rağmen bir tehlikeyi ortadan kaldırmama yahut azaltmama konusunda aralarında bir anlaşmaya varan kişiler, müşterek fail olarak kabul edilmelidir.¹⁰⁵⁸

Taksirli müşterek faillğe ilişkin zikredilen unsurlar tespit edildiğinde yukarıda ele alınan alternatif ve ilave müşterek faillikteki gibi artık bireysel katkıların netice açısından nedensel olup olmadığı önemsiz hale gelmektedir.¹⁰⁵⁹ Rolling-Stones Olayı'nda sanıklar arasındaki ortak eylem planı, bu unsurların tamamını taşıdığı için taksirli müşterek faillik temelinde cezalandırılmaları isabetlidir. Havai Fişek Olayı'nda ise neticeyi meydana getiren riskli davranış üzerinde faillerin bir mutabakata ulaştığı belirlenemediğinden isabetli olarak beraat kararı verilmiştir. Bu anlamda taksirli müşterek faillikte de neticede gerçekleşen “izin verilmeyen tipik tehlike”nin, ortak eylem planı içinde yer alması gerektiğine dikkat edilmelidir. Dolayısıyla Deri Spreyi Olayı'nda kurul üyelerinin müştereken gösterdikleri ihmal, yaratılan bir tehlikeye engel olunmaması bağlamında (ihmali) ortak eylem projesi olarak

¹⁰⁵⁷ *Otto*, AT, § 21, par. 117; *Otto*, “*Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich*”, *Festschrift für Günter Spindel*, Walter de Gruyter, Berlin, 1992, (*Otto*, *Täterschaft*) s.282.

¹⁰⁵⁸ *Otto*, *Täterschaft*, s. 283.

¹⁰⁵⁹ *Schünemann/Greco*, in; LK, § 25 kn. 241.

değerlendirilmeli ve işlenen suçların kasıtlı veya taksirli olmasına bakılmaksızın ortak eylem planına katkı sağlayan kurul üyeleri müşterek faillik temelinde sorumlu tutulmalıdır.

Kasıtlı haksızlığın uzantısı olarak taksirli müşterek failliğin tespit edildiği olaylarda da faillerin müştereken gerçekleştirdiği kasıtlı suç; tipik netice açısından izin verilmeyen bir tehlike yarattığı için bu aynı zamanda ilgili netice bakımından ortak eylem planı kabul edilmelidir. Dolayısıyla ortak eylem planında tipik neticeyi gerçekleştirme yönünde bir iradede bahsedilemiyor olsa da sorumluluğun taksirli müşterek faillik kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu durum özellikle neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların özel neticeyi de kapsayacak şekilde müştereken gerçekleştirilebileceği anlamına gelir. Burada tüm unsurları birlikte gerçekleştirilen bir suç tipinin; temel kısmıyla müştereken, istenmeyen neticesi itibarıyla yan yana faillerce işlendiği şeklindeki isabetsiz değerlendirmeye itibar edilmemelidir. Nitekim Yargıtay ve BGH'nin içtihatları da en azından neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar özelinde taksirli müşterek failliğin örtülü olarak kabul edildiğini göstermektedir.

SONUÇ

Ceza hukukunda en genel haksızlık formu olarak taksir, kasttan kendine özgü bir şekilde farklılaşmamakta, burada sadece kasıtlı suçun bazı unsurlarının eksikliğinden bahsedilebilmektedir. Söz konusu eksiklik, neticenin haksızlığında değil hareketin haksızlığında gündeme gelmektedir. Bu suçlarda sorumluluk sadece fail statüsüyle mümkün olduğundan (tek faillik sistemi), faillik sınırlandırıldığında diğerleri “cezasız taksirli şeriklik” (*straflose fahrlässige Teilnahme*) bağlamında değerlendirilmelidir.

Faillik öğretisine ilişkin incelemede kasıtlı suç failinin temelde üç farklı şekilde belirlenebileceği izah edilmiştir. Suça iştirak edenler arasındaki ayrımın, özellikle netice suçlarında ve daha da özelde sırf netice suçlarında zorlaştığı bilinmektedir. Bu suçlarda fail kriterleri; tipik davranışı gerçekleştiren kişiyi, korunan hukuki değere yönelik diğer tehlike “odakları”ndan ayırmaktadır. Başka bir ifadeyle fail belirlemesi, tipikliğin gerçekleştirilmesine kasıtlı bir şekilde izin verilmeyen risk oluşturarak katkı sağlayanlar arasında, tipik davranışı gerçekleştiren kişinin tespiti anlamına gelmektedir. Tehlike odaklarından sadece tipik davranışı gerçekleştiren kişinin failliği kabul edilmektedir. Bu bağlamda dar faillikten hareketle genelde faillik ile tipikliğin gerçekleştirilmesi arasında var olduğu belirtilen bağlantı, daha da özelde fail ile tipik davranış arasında söz konusudur. Dolayısıyla kasıtlı suçlarda fail kıstasları, bu suçlarda tipik davranışın nasıl tespit edilmesi gerektiğine ilişkin izahatlar olarak değerlendirilmelidir.

Kasıtlı suçlarda dar failliğin kabulü yönünde ileri sürülen argümanların taksirli suçlar için de geçerli olduğu düşünülmektedir. Tüm suçlarda geçerli olması gereken dar fail kavramı çalışmada, “*hareket özgürlüğünün diğer yüzünü teşkil eden şahsi sorumluluk ilkesi*” temelinde gerekçelendirilmiştir. Anayasa m. 38/7’de yer alan “*ceza sorumluluğu şahsidir*” ifadesi, bu gerekçelendirme için önemli bir dayanak noktasıdır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği, sadece kusur incelemesinde istisnai olarak gündeme gelen hususlarla ilgili değildir. Buradaki şahsilik, ceza sorumluluğunu doğuran hareket haksızlığının bireyselleştirilmesinde de kendini göstermelidir. Özellikle başkasının (mağdur veya üçüncü kişi) kasten sebep olduğu neticelerden dolayı, ön gelen özensizliklerin kural olarak “*failce gerçekleştirme*” sayıldığı bir durumda “ceza sorumluluğunun şahsiliği” büyük ölçüde anlamsız hale gelir. Bu yönüyle hâkim öğretinin geniş faillik varsayımı; isabetsiz olmakla birlikte ürettiği sonuçlar itibarıyla da tutarsızdır.

Tipik bir neticeye neden olmanın tarif edildiği tüm suçlarda *failin şahsi sorumluluğunda yarattığı bir tehlikeyle ilgili neticeye doğrudan neden olması* yasaklanmaktadır. Taksirli suçlarda da failin; kasıtlı muadilleriyle aynı davranış normunu ihlal ettikleri düşünülecek olursa üçüncü kişinin kasten öldürmesine veya mağdurun kendi sorumluluğunda gerçekleşen intihara yönelik özensizliklerin, icrai bakımdan “taksirle öldürme” kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim bu katkıların kasıtlı hali bile öldürme yasağının kapsamında değildir. TCK m. 38, 39 ve 84 bunu ortaya koymaktadır. Bu noktada söz konusu özensizliklerin incelenen olaylardaki gibi bir intiharı veya kasıtlı suçu önlemeyi amaçlaması da önemsizdir. Zira hukuki değer korunması adına kaçınılmasında yarar görülen her davranış, hukuki değer ihlalini tipleştiren suçun hareket haksızlığını oluşturmaz.

Diğer taraftan kendileri sırf netice suçlarındaki icrai tipik fail hareketinin haksızlık içeriğini karşılamayan bu davranışların, ön gelen tehlikeden kaynaklı garantörlük doğurduğu da düşünülemez. Şahsi sorumluluğunda tipik neticeyi bizzat gerçekleştiren mağdura veya üçüncü kişiye katkı sağlayan özensizlik ve onun yarattığı tehlike, garantörlük için yeterli görüldüğünde kasıtlı suçlarda da şerik davranışının esas fiili engellemek yönünde bir garantörlük oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Bu yorum ihmal dogmatığı aracılığıyla sorumluluk alanlarının belirlenmesine hizmet eden iştirak türleri arasındaki ayrımın geçersiz kılınmasına yol açar. Ancak “*belli bir hukuki menfaatin bütün tehlikelere karşı savunulması*”nı gerektiren koruma garantörlüğünde aynı özensizliğin ihmali fail hareketi olarak değerlendirilmesinde bir sorun yoktur. Zira nihai olarak neticede gerçekleşen tehlike; başkasının otonom hareketinden de kaynaklansa burada garantör, “*başkalarının davranışlarından değil, kendisine emanet edilen hukuki menfaatin bütünlüğünden*” sorumlu olduğu için, zararı ortaya çıkaran tüm süreçlere müdahale etmek durumundadır. Dolayısıyla koruma garantörlüğü açısından başkasının özerkliği, ihmali hareketin failce gerçekleştirme sayılmasını engellemez. Bu bağlamda diğer şartları mevcut olduğu takdirde, koruma garantörlerinin ihmal dolayısıyla fail kabul edilmesinde bir sorun görünmemektedir. Dolayısıyla *Yeni Doğan Olayı*’nda odayı terk eden büyükanne; koruma garantörü olduğu için, kızının otonom bir hareketle bile olsa torununu öldürmesinden sorumlu tutulacaktır. Burada otonom hareket, ihmalin fail haksızlığı niteliğine “zarar” vermez. Nitekim burada cezalandırmanın esas nedeni de annenin kızıyla torununu odada baş başa bırakıp oradan uzaklaşması değildir. Esasen büyükanne, torunun hayatına yönelik tehlikeyi önleme yükümlülüğünü ihmal ettiği için cezalandırılacaktır.

Bu noktada Alman ve Türk hukukunun “ölüm hakkı” bağlamında farklı bir gelişim göstermesi, intihar olaylarında koruma garantörlerine yönelik müdahale yükümlülüğünün kapsamını farklılaştıran bir husus olarak gündeme gelmektedir. Kasıtlı veya taksirli ihmalden kaynaklanan garantör sorumluluğu, “ölüm hakkı”nın üçüncü kişilerin yardımından yararlanmayı da kapsar şekilde tanınması sonrasında Alman ceza hukukunda büyük ölçüde reddedilebilmiştir. Zira intihar edenin anayasal bir hakkını kullanması, garantörlerin yükümlülüklerini de sınırlandırıcı bir etki meydana getirmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi veya Yargıtay tarafından “ölüm hakkı”na ilişkin benzer bir yaklaşım benimsenmediği sürece aynı değerlendirmenin azından *de lege lata* Türk hukuku için yapılabilmesi mümkün görünmemektedir. Nitekim TCK m. 84’te düzenlenen intihara yönlendirme suçuyla intihara yönelik her türlü kasıtlı yardım yasaklanmışken, bağlayıcı nitelikte olmayan madde gerekçesinde bizatihi intihar eyleminin kendisi “*ahladen tasvip edilmeyen bir tasarruf*” olarak kabul edilmekte ve bu yönde bir iradeye hukuken geçerlilik tanınamayacağı belirtilmektedir. Bu kapsamda garantörlerin sorumluluğuna ilişkin BGH’nin önceki içtihadını temsil eden *Peterle Kararı*’ndaki tespitlerin, intihar teşebbüsü sonrası bakımından Türk hukuku için de prensip itibarıyla geçerli olacağı savunulabilir. Dolayısıyla koruma garantörünün; intihar teşebbüsünden ilk defa “mağdur”un bilinçsiz hale geldiği aşamada haberdar olması durumunda bile koruma garantörleri için müdahale yükümlülüğü söz konusudur. Konumuz çerçevesinde değerlendirecek olursak, intiharda kullanılan ilacı veya silahı özensizce intihar edenin erişimine açık halde ortada bırakan eşin yahut anne-babanın ya da intihara meyilli olan hasta için gerekli önlemleri almayan yetkili doktorun, mağdurun kendi sorumluluğu altında gerçekleşse dahi intihar sonrasındaki bilinç kaybıyla beraber artık ölüme engel olma yükümlülükleri kabul edilmek durumundadır. Yükümlülüğün kasıtlı veya taksirli bir şekilde ihmal edilmesi ihtimaline göre ceza sorumluluğunun TCK m. 83 veya m. 85’e göre belirlenmesi gerekir.

Taksirli dar faillik yorumu için hareket noktası kabul edilen şahsi sorumluluk ilkesi, güven ilkesinin de temeli olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede herkesin kural olarak kendi eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği fikri, öğreti ve uygulamada bazen hatalı bir şekilde menfaat tartımına dayandırılmak istenen güven ilkesinin esas zeminini oluşturmaktadır. Güvenin geçerliliğini ortadan kaldıran özel yükümlülük hallerinde ulaşılan tespitler, “taksirli davranışa özensiz katkı” bağlamında diğer “dolaylı” taksirli faillik görünümünün değerlendirilmesinde de doğru bir bakış açısı kazandırmaktadır. Bu çerçevede maddi veya manevi yönden başkasını (tam sorumluluğunda hareket eden) taksirli bir davranışa yönlendirmenin, kural olarak arkadakinin taksirli failliğini gerekçelendirmek için yeterli

olmadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla benimsenen taksirli dar faillik kabulü, sadece “kasıtlı” bir davranış üzerinden elde edilen nedensellikler açısından değil, öndekinin taksirli davranışına nedensel katkıda bulunmak bağlamında da geniş faillik yaklaşımından farklı bir sorumluluk anlayışı ortaya çıkarmaktadır.

İzin verilmeyen bir tehlikenin özensizce yaratılmasına veya engellenmemesine ilişkin ortak bir eylem planı çerçevesinde birlikte hareket eden kişilerin müşterek fail kabul edilmesi önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Hukuki figüre yöneltilen itirazların haklı bir dayanak noktası olmadığı anlaşılmıştır. Şahsi sorumluluğun kanun tarafından genişletildiği bu faillik modeliyle taksirli suçlarda da karşılaşılması mümkündür. Oluşturulan kişi topluluğu temelinde şahsi sorumluluğun kanuni bir istisnası olarak değerlendirilmesi gereken müşterek faillığe ilişkin TCK m. 37/1’deki tanım sayesinde, tüm özel suç tipleri, “*bizzat işleme*”ye ilaveten “*birlikte işleme*”yi de kapsamına alacak şekilde genişletilmiştir. Buradaki esas amaçlardan biri de bireysel katkıların nedenselliğine duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmaktır. Özellikle ilave ve alternatif türlerinde; müşterek failliğin bireysel nedenselliği ikame edici etkisi açıkça görülmektedir. Taksirli müşterek failliğin tartışıldığı olaylarda da zikredilen unsurların varlığı halinde hukuki figürün kabulü, tespiti için yoğun çaba gösterilen bireysel katkıların nedenselliğini önemsiz hale getirmektedir. Bu noktada alternatif olarak ileri sürülen çözümlerin de isabetli sonuçlar üretmediği değerlendirilmektedir. Somut vakanın aydınlatılamadığı olaylarda taksir suçlamasının öne çekilmesi suretiyle izah edilen gerekçelendirme, bir yandan Alman hukukuna özgü ve oldukça tartışmalı bir kavram olarak alternatif tipikliği kabullenmeyi gerektirirken diğer yandan hatalı bir şekilde geniş taksirli faillik anlayışına dayanmaktadır. Ayrıca artık oyla alınan kurul kararlarında bu izahat sonuç vermemektedir. Taksirli müşterek faillik, her iki sorun alanında suç ortaklarının ceza sorumluluğunu sorunsuzca tespit edebilen hukuki bir figürdür. Yargıtay ile BGH’nin en azından neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar özelinde bu hukuki figürü kabul etmesi, oldukça önemlidir. İlgili kararlar taksirli müşterek failliğin sadece yalın anlamda taksirli suçlarda değil ortaklaşa gerçekleştirilen kasıtlı bir haksızlığın uzantısı olarak da gündeme gelebileceğini göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Açıkgöz, Emre İkbāl : **Müşterek Faillik**, Adalet, Ankara, 2024.
- Akbulut, Berrin : "Bağlılık Kuralı", **GÜHFD**, 14 (1), 2010, sa. 167-214.
- Akbulut, Berrin : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, (Akbulut, Genel Hükümler).
- Akyürek, Güçlü : "İhmali Suçlar", in: **Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan**, Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Alacakaptan, Uğur : **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- Balcı, Meral : "İcrai Suça İhmali Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı", **Suç ve Ceza**, (4), 2021, sa. 837-884.
- Başer, Zehra : **Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet**, Seçkin, Ankara, 2022.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Bs., Ernst und Werner, Bielefeld, 2021.
- Becker, Christian : **Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft**, Nomos, Baden-Baden, 2009.
- Bekar, Elif : **Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, 12 Levha, İstanbul, 2017, (Bekar, Objektif).
- Bekar, Elif : "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **İÜHFM**, 70 (1-2), 2011, sa. 1033-1050, (Bekar, Kabahatler).
- Berster, Lars C. : in: Entscheidungsanmerkung (BGH, Beschl. v. 22.3.2012 – 1 StR 359/11), **ZIS**, 12/2012, sa. 623-627.
- Bindokat, Heinz : "Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht", **JZ**, 1979; sa. 434-437.
- Bloy, René : "Rezension von Simone Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft", **GA**, 2000, sa. 392-395.
- Bloy, René : **Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, (Bloy, **Beteiligungsform**).
- Bock, Dennis : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Bs., Springer, Berlin, 2021, § 5, kn. 202.
- Bockelmann, Paul : "Literaturbericht", **ZsTW**, 1954 (66/1).
- Bottke, Wilfried : "Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung", **GA**, 2001, sa. 463-481, (Bottke, GA 2001).
- Böhringer, Jacob : **Fahrlässige Mittäterschaft**, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Brammsen, Joerg : "Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern – BGH- Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89", **JURA**, 1991, sa. 533-538, (Brammsen, JURA 1991).
- Brammsen, Joerg : **Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten**, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, (Brammsen, Garantenpflichten).
- Brinkmann, Bernhard : **Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung: Eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Bulut, İlhan : **Suçta Netice**, Ankara, Adalet, 2022.
- Görkemli, Burcu : "Tıp Hukuku Bağlamında Güven İlkesi ve Ceza Hukuku Açısından Sonuçları", **CHD** 11 (32), Aralık 2016, sa. 139-160.

- Burgstaller, Manfred : **Das Fahrlässigkeit im Strafrecht**, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974.
- Apaydın, Cengiz : “Taksirli Suçlarda Kusurun Belirlenmesi ve Güven İlkesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 124, Aralık 2016, sa. 76-89.
- Centel, Nur/
Zafer, Hamide/
Çakmut, Özlem
Christian Jäger : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bs., Beta, Ankara, 2017.
: **Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil**, (11. Bası) C.F. Müller, Heidelberg, 2024.
- Cramer, Peter : “Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme”, **Festschrift für Paul Bockelmann**, Beck, München, 1979, sa. 389-403, (Cramer, Abgrenzung).
- Cramer, Peter : in: **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 23. Bs., C.H.Beck, München, 1988, (Cramer, in: Schönke/Schröder-StGB).
- Çakır, Kerim : **Suç İştirake Müsterek Faillik**, 2. Bs., Adalet, Ankara, 2024.
- Çataklı, Hasan : “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, **EBYÜHFD**, 23/3-4, 2019, sa. 277-306.
- Çelen, Ömer : **Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)**, Adalet, Ankara, 2020.
- Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bs., Seçkin, Ankara, 2024.
- Demirel, Muhammed : **Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2022, (Demirel, Çifte Özen).
- Demirel, Muhammed : **Suç İştirake Bağlılık Kuralı**, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Demirel, Bağlılık).
- Dencker, Friedrich : **Kausalität und Gesamttat**, Duncker und Humblot, Berlin, 1996.
- Diel, Katja : **Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997.
- Doğan, Koray : **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo"**, 2. Bs., Seçkin, Ankara, 2018, (Doğan, Kuşkudan).
- Doğan, Koray : **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Bs., Adalet, Ankara, 2015.
- Dönmezer, Sulhi/
Erman, Sahir : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, 10. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.
- Dreher, Sonja : “Mittelbare Unterlassungstäterschaft und Kausalität bei kollektivem Unterlassen – BGH, NJW 2003, 522”, **JuS**, 2004, sa. 17–18.
- Duttge, Gunnar : “Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit”, **ZIS**, 2011/5, (Duttge, Arbeitsteilige Medizin).
- Duttge, Gunnar : **Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten**, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2001, (Duttke, Bestimmtheit).
- Eberhard, Schmidt : “Die mittelbare Täterschaft”, in: **Festgabe für Reinhard von Frank**, II. Band, Scientia, Aalen, 1930, sa. 106-133
- Eisele, Jörg : in: **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 30. Auflage, C.H.Beck, München, 2019, (Eisele, Schönke/Schröder-StGB).
- Eisele, Jörg : **Strafrecht Besonderer Teil I**, 6. Bs., W. Kohlhammer, Stuttgart, 2021, (Eisele, BT-I).
- Engisch, Karl : **Die Kausalität als Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, (Engisch, Kausalität).

- Engisch, Karl : **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**, Otto Liebmann, Berlin, 1930, (**Engisch**, Vorsatz und Fahrlässigkeit).
- Engländer, Armin : “Anmerkung zu BGH 5 StR 132/18, Urteil vom 3.7.2019, und BGH 5 StR 393/18, Urteil vom 3.7.2019 (ärztliche Suizidassistenten und Tötung auf Verlangen durch Unterlassen)”, **JZ**, 2019, sa. 1049-1054.
- Erbaş, Rahime : **Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- Erden Tütüncü, Efser : **Kriminolojik Değerlendirmeler Işığında Ceza Hukukunda Fücür (Ensest)**, 12 Levha, İstanbul, 2018.
- Erem, Faruk : “Suça İştirak” **AÜHFD**, 1946, 3/1, sa. 62-107, (**Erem**, İştirak).
- Erem, Faruk/
Danışman, Ahmet/
Artuk, M. Emin : **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Ersoy, Uğur : “Alman Ceza Hukukunda Tam Sarhoşluk Suçunun Dogmatik Temelleri”, **İNÜHFD** 12(2), 2021, sa. 557-565.
- Ersoy, Uğur : “İntihara Yönlendirme Suçu”, **TBBD**, 2018, (136), sa. 75-140.
- Eschenbach, Jürgen : “Zurechnungsnormen im Strafrecht – BGH v. 11.7.1991 – 1 StR 357/91”, **JURA**, 1992, sa. 637-645.
- Eser, Albin/Sternberg-Lieben, Detlev : in **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 30. Bs., C.H.Beck, München, 2019.
- Exner, Franz : “Fahrlässiges Zusammenwirken”, in: **Festgabe für Reinhard von Frank**, Band 1, Tübingen, 1930.
- Frank, Reinhard : **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich**, 18. Bs., Mohr, Tübingen, 1931.
- Freund, George : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Bs., Springer, Berlin, 2009.
- Frisch, Wolfgang : “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs” in: **Festschrift für Claus Roxin**, De Gruyter, Berlin, 2001, sa. 213-238, (**Frisch**, FS-Roxin).
- Frisch, Wolfgang : “Objektive Zurechnung des Erfolgs”, **JuS**, 2011, sa. 116-123, (**Frisch**, JuS 2011).
- Frisch, Wolfgang : “Selbstgefährdung im Strafrecht Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten”, **NStZ**, 1992, sa. 1-7.
- Frisch, Wolfgang : “Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre”, **GA**, 2003, sa. 719-743, (**Frisch**, GA 2003).
- Frisch, Wolfgang : **Strafrecht, Examenswissen, Examenstraining**, Vahlen, 2022, (**Frisch**, Strafrecht).
- Frisch, Wolfgang : **Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs**, C.F. MÜLLER, Heidelberg, 1988, (**Frisch**, Verhalten).
- Frister, Helmut : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C.H.BECK, Münih, 2019.
- Gallas, Wilhelm : “Täterschaft und Teilnahme”, in: **Materialien zur Strafrechtsreform (I. Band)**, 1954, Bonn, sa. 121-153, (**Gallas**, TuT).
- Gallas, Wilhelm : “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, in: **Festschrift für Paul Bockelmann**, C.H.BECK, München, 1979, sa. 155-180, (**Gallas**, FS-Bockelmann).
- Goltdammer, Theodor: Ueber den Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung bei fahrlässiger Tödtung; in: **GA**, 15, 1867, sa. 15-21. (**Goltdammer**, GA 1987).
- Gökçen, Ahmet : “Taksirle Ölümüne Sebepiyet Verme”, **BÜHFD**, 2018, 4(7), sa. 21-66.

- Greco, Luis : "Fahrlässige Mittäterschaft? Eine Kritik", in: **Jahrbuch für Recht und Ethik**, 2019/27, (Greco, Kritik) s. 378.
- Greco, Luis : "Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten", **ZIS**, 8-9/2011, sa. 674-691, (Greco, Unterlassungsdelikten).
- Gropp, Walter : "Conduct that the Actor Should Realize Creates a Substantial and Unreasonable Risk - Anmerkungen aus der Ferne zum Unrecht des Fahrlässigkeitsdelikts", in: **Festschrift für Claus Roxin**, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2011.
- Gropp, Walter : "Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung – miteinander oder nebeneinander: Überlegungen zur so genannten „fahrlässigen Mittäterschaft“", in: **GA**, 2009, (Gropp, GA 2009)
- Gropp, Walter/
Sinn, Arndt : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Bs., Springer, Berlin, 2020.
- Günther, Hans-Ludwig: "Wer war der Täter", **JuS**, 1988/5, sa. 386-389.
- Haas, Volker : "Erscheinungsformen und Problematik der teilweisen Mittäterschaft" **JR**, 2014 (3), sa. 104-114 (Haas, Mittäterschaft).
- Haas, Volker : "Kritik der Tatherrschaftslehre", **ZStW**, 2007, 119/3, sa. 519-546, (Haas, Kritik).
- Haas, Volker : **Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen**, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, (Haas, Tatherrschaft).
- Hafizoğulları, Zeki/
Özen, Muharrem : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bs., US-A Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Bs., Adalet, Ankara, 2019, (Hakeri, Genel Hükümler).
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin, Ankara, 2003, (Hakeri, İhmal).
- Hakeri, Hakan : **Tıp Ceza Hukuku**, 2. Bs., Seçkin, Ankara, 2022, (Hakeri, Tıp Ceza).
- Hanrath, Johannes : **Mittäterschaft und Teilnahme bei fahrlässig begangenen strafbaren Handlungen (§§ 47-49 StGB)**, Doktora Tezi, Köln, Üniversitesi, 1941.
- Häring, Daniel : "Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht", **Sui-Generis**, 2018, sa. 1-19.
- Heine, Günter/Weißer, Bettina: **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 30. Auflage, C.H.Beck, München, 2019, (Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder-StGB).
- Heinrich, Bernd : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Bs., Kohlhammerkn, Stuttgart, 2022, (Heinrich, AT).
- Heinrich, Manfred : "Körpervletzung mit Todesfolge bei Exzess des Mittäters; Durchentscheidung in der Revisionsinstanz" **NStZ** 2005, (Heinrich, NStZ 2005).
- Heinrich, Manfred : **Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft**, C.H.Beck, München, 2002, (Heinrich, Rechtsgutszugriff).
- Herzberg,
Rolf Dietrich : "Eigenhändige Delikte" **ZsTW**, 82/4, 1970, sa. 896-947, (Herzberg, Eigenhändige).
- Herzberg,

- Rolf Dietrich : “Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt” **JuS**, 36/5, 1996, 377-384, (**Herzberg**, JuS 1996).
- Herzberg,
Rolf Dietrich : “Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot”, **ZIS**, 5/2011, (**Herzberg**, ZIS 2011) 444-452.
- Herzberg,
Rolf Dietrich : “Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? - Eine Skizze und Kritik der überkommenen Auslegungsmethodik”, **JuS**, 2005/1, sa. 1-8, (**Herzberg**, Ratio Legis).
- Herzberg,
Rolf Dietrich : “Grundprobleme der deliktischen Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch”, **NStZ**, 2004, sa. 593-600, (**Herzberg**, NStZ 2004).
- Herzberg,
Rolf Dietrich : “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme”, **ZsTW**, 1987, 99 (1), (**Herzberg**, Akzessorietät).
- Herzberg,
Rolf Dietrich : **Täterschaft und Teilnahme**, C.H.Beck, München, 1977, (**Herzberg**, TuT).
- Hilgendorf, Eric : “Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils”, **NStZ**, 1994/12, sa. 561-566.
- Honig, Richard : “Kausalität und Objektive Zurechnung”, in: **Festgabe für Reinhard von Frank**, Scientia, Aalen, 1930, sa. 174-201.
- Hoven, Elisa : “Bagatelldelikte Zum Umgang mit „geringfügigen Straftaten“ im materiellen und prozessualen Recht”, **JuS**, 2014.
- Hoyer, Andreas : “Wozu brauchen wir eine fahrlässige Mittäterschaft?”, in: **Festschrift für Ingeborg Puppe**, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, sa. 515-530.
- Hoyer, Andreas : in: **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 9. Bs., Carl Heymanns Verlag, 2017, (**Hoyer**, in: SK-StGB).
- İçel, Kayıhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, (**İçel**, Genel Hükümler).
- İçel, Kayıhan : **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, (**İçel**, Taksir).
- İçel, Kayıhan/
Sokullu-Akıncı, Füsun/
Özgenç, İzzet/
Sözüer, Adem/
Mahmutoğlu, Fatih Selami/
Ünver, Yener : **Suç Teorisi**, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- İçer, Zafer : “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m.84)”, **SÜHFD**, 2020, 28 (1), sa. 295-347, (**İçer**, İntihar).
- İçer, Zafer : “Yalan Tanıklık Suçu (TCK. m. 272)”, **MÜHFD**, 2012, 18/1, sa. 181-228, (**İçer**, Yalan Tanıklık).
- İsfen, Osman : “Der Exzess beim erfolgsqualifizierten Delikt”, **JURA**, 2014, sa. 1087–1093.
- Jakobs, Günther : “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt”, **ZStW**, (89), 1977, sa. 1-35, (**Jakobs**, Regreßverbot).

- Jakobs, Günther : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Bs., De Gruyter, Berlin, 1991, (Jakobs, AT).
- Jescheck, Hans-Heinrich/
Weigend, Thomas : **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Bs., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Kamm, Simone : **Die fahrlässige Mittäterschaft**, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- Kantarıcı, Nurullah : “*Müşterek Faillikte İcra Hareketlerine Başlama Sorunu*”, **DEÜHFD**, 25(1), 2023, sa. 195-227.
- Kaplan, Mahmut : **Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Kaplan, Mahmut/
Atladı, Barış : “Gürültüye Neden Olma Suçu”, **DEÜHFD**, (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan), 2019 (21), sa. 627-654.
- Karaaslan, Reşit : **Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları- Kurul Hâlinde Alınan Kararlarda Nedensellik Bağı ve Faillik**, Seçkin, Ankara, 2022.
- Kartal, Melik : “Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”, **CHD**, Aralık 2020, (44) sa. 913-948.
- Kaspar, Johannes : “Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte”, **JuS**, 2012/1-2, sa. 16-21/112-117.
- Katoğlu, Tuğrul : “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, **TBBD**, 2007, 19 (68), sa. 29-42.
- Kaufmann, Armin : “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, in: **Festschrift für Hans Welzel**, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1974, sa. 393-414, (Kaufmann, FS-Welzel).
- Keçelioğlu, Elvan : **Alman Ceza Hukukunda Faillik**, TBBD, (65), 2006, sa. 73-88, (Keçelioğlu, Faillik).
- Keçelioğlu, Elvan : **Taksirli Suçun Dogmatığı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, (Keçelioğlu, Taksirli).
- Kıdıl, Fahrettin : “Yükümlülük Suçlarının Kasıtlı Extraneus Aracılığıyla İşlenmesi”, **TAÜHFD**, 2024, 6(2), sa. 513-541.
- Kindhäuser, Urs : “Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft”, **Festschrift für Alexander Hollerbach**, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, sa. 627-656.
- Kindhäuser, Urs/
Zimmerman, Till : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Bs., Nomos, Baden-Baden, 2022.
- Kirschbaum, Klaus : **Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.
- Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay : **Özgü Suç**, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- Knauer, Christoph : **Die Kollegialentscheidung im Strafrecht**, Beck, München, 2001.
- Ko, Myoungsu : **Fahrlässige Mittäterschaft und Schuldprinzip**, Doktora Tezi, Humboldt Üniversitesi, 2020.
- Koca, Mahmut/
Üzülmez, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bs., Seçkin, Ankara, 2024, (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler).

- Koca, Mahmut : “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)”, **CHD**, 5/12, Nisan 2010, sa. 19-40, (**Koca**, İntihar).
- Koca, Mahmut/
Üzülmez, İlhan : “Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler”, **Adalet Dergisi**, (64), Temmuz 2020, (**Koca/Üzülmez**, İş Kazaları)
- Koca, Mahmut/
Üzülmez, İlhan : **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bs., Adalet, Ankara, 2020, (**Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler).
- Kraatz, Erik : **Die fahrlässige Mittäterschaft**, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- Kretschmer, Joachim : “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, **JURA**, 2000/5, sa. 267-276.
- Krey, Volker/
Esser, Robert : **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil** 7. Bs., Kohlhammer, Stuttgart, 2022.
- Krey, Volker : **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil Band 2**, 2. Bs., Kohlhammer, Stuttgart, 2005.
- Kröger, Thomas : **Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat**, Duncker & Humblo, Berlin, 2016.
- Kulhanek, Tobias : “Kategorisierung einer Verbandsstrafbarkeit nach verschiedenen Deliktstypen und -formen – Überlegungen zu eigenhändigen Delikten, Täterschaft und Teilnahme, Amtsdelikten und subjektiven Tatbestandsmerkmalen”, **ZsTW**, 2015, 127(2).
- Kühl, Kristian : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Bs., Vahlen, München, 2017.
- Küpper, Georg : “Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen”, **GA**, 1998, sa. 519-529.
- Lampe,
Ernst-Joachim : “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, **ZsTW**, 106/4, 1994, sa. 683-745 (**Lampe**, Systemunrecht).
- Lampe,
Ernst-Joachim : “Täterschaft bei fahrlässiger Straftat”, **ZStW** (71), 1959, (**Lampe**, Täterschaft).
- Larenz, Karl : **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Ein beitrag zur rechtsphilosophie des kritischen idealismus und zur lehre von der "juristischen Kausalität**, A. Deichert, Leipzig, 1927, s. 60 vd.
- Larenz, Karl : “Tatzurechnung und „Unterbrechung des Kausalzusammenhanges“, **NJW**, 1955, sa. 1009-113, (**Larenz**, NJW).
- Lenckner, Theodor : “Technische Normen und Fahrlässigkeit”, in: **Festschrift für Karl Engisch**, Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, sa. 490-508, (**Lenckner**, Fahrlässigkeit).
- Lenckner, Theodor : in: **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 23. Bs., C.H.Beck, München, 1988, (**Lenckner**, in Schönke/Schröder-StGB).
- Leupold, Henning : **Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der »actio libera in causa« im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken**, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- Manfred Hake : **Beteiligtenstrafbarkeit und "besondere persönliche Merkmale"**, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994.
- Mayer, Hellmuth : **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, W. Kohlhammer, Stuttgart-Köln, 1953, (**Mayer**, AT).

- Mayer, Max Ernst : **Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht**, Heitz & Mündel, Strassburg, 1899.
- Meraklı, Serkan : “TCK m. 89 Işığında Taksirli Suçlarda Nitelikli Hallere Yer Verilmesinin Hareketin ve Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi”, **GÜHFD**, 2019/2, sa. 317-352.
- Mezger, Edmund : **Strafrecht-Ein Lehrbuch**, Duncker & Humblot, Berlin-München, 1949.
- Mitsch, Wolfgang : “Fahrlässige Tötung oder fahrlässige Beihilfe zum Totschlag?”, **ZJS**, 2/2011, (Mitsch, ZJS 2011).
- Mitsch, Wolfgang : “Fahrlässigkeit und Straftatsystem”, **JuS**, 2001, sa. 105-112, (Mitsch, JuS 2001) s. 109.
- Murmann, Uwe : **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**, Springer, 2005, (Murmann, Selbstverantwortung).
- Murmann, Uwe : **Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Bs., C. H. Beck, München, (Murmann, Grundkurs), 2021.
- Naucke, Wolfgang : “Über das Regreßverbot im Strafrecht”, **ZStW** 76 (1964).
- Otto, Harro : “Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt”, **JURA**, 1990, sa. 47-50, (Otto, JURA 1990).
- Otto, Harro : “Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht”, **JURA**, 1992/2, sa. 90-99, (Otto, Objektive Zurechnung).
- Otto, Harro : “Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht - OLG Hamm, NJW 1973, 1422”, **JuS**, 1974, sa. 702-710, (Otto, JuS 1974).
- Otto, Harro : “Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht”, in: **Festschrift Reinhart Maurach**, Müller, Karlsruhe, 1972, sa. 91-105, (Otto, Kausaldiagnose).
- Otto, Harro : “Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich”, in: **Festschrift für Günter Spendel**, De Gruyter, Berlin, 1992, sa. 271-288, (Otto, TuT).
- Otto, Harro : “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, **JURA**, 27 (5), 1987, sa. 246-258, (Otto, JURA 1987).
- Otto, Harro : **Grundkurs Strafrecht- Allgemeine Strafrechtslehre**, 7. Bs., De Gruyter, Berlin, 2004, (Otto, AT).
- Önder, Ayhan : **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Özbek, Veli Özer/
Doğan, Koray/
Bacaksız, Pınar : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 19. Bs., Seçkin, Ankara, 2024, (Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler).
- Özbek, Veli Özer/
Doğan, Koray/
Meraklı, Serkan/
Bacaksız, Pınar/
Başbüyük, İsa
Özen, Mustafa : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bs., Seçkin, Ankara 2024.
- Özen, Mustafa : “İntihara Yönlendirme Suçu”, **CHD**, 6/16, Ağustos 2011, sa. 32-67, (Özen, İntihar).
- Özen, Mustafa : “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Hileli ve Taksirli İflas Suçları (TCK m. 161, 162)”, **AÜHFD**, 65 (4), 2016, (Özen, İflas).
- Özen, Mustafa : **Ceza Hukukunda Taksir**, Adalet, Ankara, 2011, (Özen, Taksir), s. 277.
- Özgenç, İzzet : “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, **SÜHFD**, 1994, C.4, S.1-2, sa. 159-190, (Özgenç, Müşterek Faillik).

- Özgenç, İzzet : "Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)", **SÜHFD**, 1994, C.4, 1-2, sa. 329-348 (**Özgenç**, Yükümlülük Suçları).
- Özgenç, İzzet : "Bilinçli Taksir", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, sa. 697-722.
- Özgenç, İzzet : **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, 1996, (**Özgenç**, Suça İştirak).
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bs., Seçkin, Ankara, 2024, (**Özgenç**, Genel Hükümler)
- Öztürk, Nurten : **Şirket Faaliyeti Sırasında İşlenen Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- Özyüksel, Özgün : **Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik**, Seçkin, Ankara, 2021.
- Pariona Arana, Raúl : "Täterschaft und Pflichtverletzung – Grundlagen der Pflichtdelikte", **Festschrift für Claus Roxin**, De Gruyter, Berlin-New York, 2011, sa. 853-866, (**Pariona Arana**, FS-Roxin).
- Pariona Arana, Raúl : "Mittelbare Täterschaft bei Pflichtdelikten", **Festschrift für Bernd Schünemann**, De Gruyter, Berlin, München, Boston, 2015, sa. 469-482. (**Pariona Arana**, FS- Schünemann).
- Pariona Arana, Raúl : **Täterschaft und Pflichtverletzung**, Nomos, Baden-Baden, 2010, (**Pariona Arana**, TuP).
- Pastor Muñoz, Nuria : "Erlaubtes Risiko und Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht: Zugleich Ein Beitrag zur Bestimmung des Inhalts des erlaubten Risikos", **GA**, 2021, sa. 16-33.
- Pfeiffer, Stefan : "Notwendigkeit und Legitimität der fahrlässigen Mittäterschaft", **JURA**, 2004, sa. 519-526.
- Puppe, Ingeborg : "Der Aufbau des Verbrechens", in: **Festschrift für Harro Otto**, Carl Heymanns, Köln, 2007, sa. 389-402, (**Puppe**, FS-Otto).
- Puppe, Ingeborg : "Der gemeinsame Tatplan der Mittäter", **ZIS**, 2007/6, sa. 234-246, (**Puppe**, Tatplan).
- Puppe, Ingeborg : "Die Lehre von der objektiven Zurechnung", **JURA**, 1998/1, sa. 21-31, (**Puppe**, Objektive Zurechnung).
- Puppe, Ingeborg : "Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt" **ZIS**, 2007/6, (**Puppe**, Selbstgefährdung).
- Puppe, Ingeborg : "Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht", **ZsTW**, 1980, 92/4, sa. 863-911, (**Puppe**, Erfolg).
- Puppe, Ingeborg : "Wider die fahrlässige Mittäterschaft", **GA**, 2004, ss. 129- 146, (**Puppe**, Fahrlässige Mittäterschaft).
- Puppe, Ingeborg : **Kleine Schule des juristischen Denkens**, 5. Bs., Utb, (**Puppe**, Denkens).
- Puppe, Ingeborg : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Bs., Nomos, Baden-Baden, 2019, (**Puppe**, AT).
- Puppe, Ingeborg/
Grosse-Wilde,
Thomas : in: **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, 6. Bs., Baden-Baden, Nomos, vor §§ 13–15, (**Puppe/Grosse-Wilde**, in: NK-StGB).
- Putzke, Holm : "Pflichtdelikte und objektive Zurechnung", **Festschrift für Claus Roxin**, De Gruyter, Berlin-New York, 2011, sa. 425-438.
- Radbruch, Gustav : **Rechtsphilosophie**, 4. Bs., Koehler, Stuttgart, 1950.
- Rengier, Rudolf : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Bs., C.H.Beck, München, 2020.
- Renzikowski,

- Joachim : "Die fahrlässige Mittäterschaft", in: **Festschrift für Harro Otto**, Carl Heymanns, Köln, 2007, sa. 423-439, (**Renzikowski**, FS-Otto).
- Renzikowski, Joachim : "Die fahrlässige Mittäterschaft", **ZIS** 2021/2, sa. 92-99, (**Renzikowski**, ZIS 2021).
- Renzikowski, Joachim : "Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?", in: **Festschrift für Ingeborg Puppe**, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, sa. 201-216, (**Renzikowski**, FS-Puppe).
- Renzikowski, Joachim : **Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, (**Renzikowski**, Restriktiver).
- Ritscher, Christian : in: **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 4. Auflage 2021.
- Roeder, Hermann : "Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt", **ZStW**, 69, 1957.
- Rostalski, Frauke : "Normentheorie und Fahrlässigkeit zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes", **GA**, 2016, sa. 73-89.
- Rotsch, Thomas : "„Gemeinsames Versagen“ Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft" in: **Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag**, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, (**Rotsch**, Gemeinsames).
- Rotsch, Thomas : "„Lederspray“ redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen", **ZIS**, 2018/1, sa. 1-13, (**Rotsch**, Lederspray).
- Roxin, Claus : **Strafrecht AT**, I. Cilt, 4. Bs., C. H. Beck, Münih, 2006 (**Roxin**, AT I).
- Roxin, Claus : "Die Mittäterschaft im Strafrecht", **JA**, 1979, sa. 519-526, (**Roxin**, JA 1979).
- Roxin, Claus : "Bemerkungen zum Regreßverbot", in: **Festschrift für Herbert Tröndle**, De Gruyter, Berlin/New York, 1989, (**Roxin**, Regreßverbot).
- Roxin, Claus : "Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen", **NStZ**, 7(8), 1987, (**Roxin**, Sterbehilfe).
- Roxin, Claus : "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht" in: **Festschrift für Richard M. Honig**, Schwartz, 1970, sa. 133-15.
- Roxin, Claus : "Pflichtdelikte und Tatherrschaft", in: **Festschrift für Bernd Schünemann**, De Gruyter, Berlin, München, Boston, 2015, sa. 509-532, (**Roxin**, Pflichtdelikte).
- Roxin, Claus : "Streitfragen bei der objektiven Zurechnung", **Festschrift für Manfred Maiwald**, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, sa. 715-734, (**Roxin**, Streitfragen).
- Roxin, Claus : "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten" in: **Festschrift für Wilhelm Gallas**, De Gruyter, Berlin, 1973, sa. 241-260, (**Roxin**, Schutzzweck).
- Roxin, Claus : in: **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 1**, 11. Bs., De Gruyter, Berlin, 2003, (**Roxin**, in: LK).
- Roxin, Claus : **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**, 2. Bs., De Gruyter, Berlin, 1973, (**Roxin**, Kriminalpolitik).
- Roxin, Claus : **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II**, C.H.Beck, München, 2003, (**Roxin**, AT II).
- Roxin, Claus : **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1. Bs., Berlin, De Gruyter, 1963, (**Roxin**, TuT-1).

- Roxin, Claus : **Täterschaft und Tatherrschaft**, 11. Bs., De Gruyter, Berlin, 2022, (Roxin, TuT).
- Roxin, Claus/
Greco, Luis : **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, 5. Bs., C.H.Beck, Münih, 2020.
- Rudolphi,
Hans-Joachim : “Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft”, in: **Festschrift für Paul Bockelmann**, C.H.BECK, München, 1979, sa. 369-387, (Rudolphi, Mittäterschaft).
- Rüthers, Bernd/
Fischer, Christian/
Birk, Axel : **Rechtstheorie**, 11. Bs., C.H.BECK, 2024.
- Sánchez-Lázaro,
Fernando Guanarteme : **Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt**, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.
- Sanchez-Vera, Javier : **Pflichtdelikt und Beteiligung**, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- Satzger, Helmut : “Die eigenhändigen Delikte”, **JURA**, 2011/2, (Satzger, Eigenhändig), s.103.
- Satzger, Helmut : “Kausalität und Gremienentscheidungen”, **JURA**, 2014(2), sa. 186-195, (Satzger, Gremienentscheidungen).
- Schaal, Alexander : **Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen**, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.
- Schild, Wolfgang/
Kretschmer, Bernhard: in: **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, 6. Bs., Nomos, Baden-Baden, 2023.
- Schlehofer, Horst : “Juristische Methodologie und Methodik der Fallbearbeitung”, **JuS**, 1992.
- Schmidt, Rolf : **Strafrecht AT**, 22. Bs., Softcover, 2021.
- Schmitt, Carl : **Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens**. 4. Bs., Duncker & Humblot, Berlin, 2023.
- Schmoller, Kurt : “Das „tatbestandsmäßige Verhalten“ im Strafrecht”, in: **Festschrift für Wolfgang Frisch**, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, sa. 237-258, (Schmoller, FS-Frisch).
- Schmoller, Kurt : “Fahrlässigkeit als „subjektive Erkennbarkeit“ der Tatbestandsverwirklichung – Das Pendant zum Vorsatz”, in: **Festschrift für Urs Kindhäuser**, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- Schneider, Steffen : **Das Täterschaftsattribut der Risikoherrschaft und die Beteiligungsformen der fahrlässigen Erfolgsdelikte**, Diktora Tezi, Jena Friedrich Schiller Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2002.
- Schumann, Heribert : “Rezension zu Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Band I: Strafrecht, 2. Auflage Heidelberg 1988”, **StV**, 1994.
- Schumann, Heribert : **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, J.C.B Mohr, Tübingen, 1986, (Schumann, Selbstverantwortung).
- Schumann, Heribert : **Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG**, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, (Schumann, Einheitstätersystem).
- Schünemann Bernd : “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, **Juristische Arbeitsblätter**, 1975, (Schünemann, JA 1975).

- Schünemann, Bernd : “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?”, **Festschrift für Schaffstein**, Schwartz, Göttingen, 1975, s. 171 (**Schünemann**, FS-Schaffstein).
- Schünemann, Bernd : “Vom kriminalpolitischen Nutzen und Nachteil eigenhändiger Delikte – Ein Rehabilitierungsversuch”, **Festschrift für Heike Jung**, Nomos, 2007, (**Schünemann**, FS-Jung).
- Schünemann, Bernd/
Greco, Luís, : in: **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 2** (§§ 19-31), 13. Bs., De Gruyter, Berlin, 2021, (**Schünemann/Greco**, in; LK).
- Schweiger, Theresa/
Ünver, Yener (Çeviri): “Büyük Ölçekli İnşaat Projelerinde İş bölümü Halinde Çalışmak Suretiyle Birlikte Etkili Olma Durumunda Güven İlkesinin Kapsamına İlişkin”, **Hukuk Köprüsü**, 12(24), 2003, sa. 211-230.
- Seelmann, Kurt : “Mittäterschaft im Strafrecht” **JuS**, 1980, sa. 571-574.
- Seher, Gerhard : “Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen”, in: **Festschrift für Wolfgang Frisch**, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.
- Seiler, Stefan : **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, 5. Bs., Facultas, Wien, 2024.
- Spendel, Günter : “Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung”, **JuS**, 1974 (12), sa. 749-756, (**Spendel**, JuS 1974).
- Steckermeier,
Kristina : **Der Tatentschluss von Mittätern**, Nomos, Baden-Baden, 2015.
- Stein, Henrike : **Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, Österreichs und Englands**. Centaurus Verlag & Media UG, 2002, (**Stein**, Die Regelung), s. 205.
- Stein, Ulrich : **Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre**, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.
- Sternberg-Lieben, Detlev/
Schuster, Frank : in: **Strafgesetzbuch Kommentar** (Schönke, Adolf/ Schröder, Horst), 30. Bs., C.H.Beck, München 2019, (**Sternberg-Lieben/Schuster**, in: Schönke/Schröder-StGB).
- Stratenwerth, Günter : “Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht”, in: **Festschrift für Eberhard Schmidt**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, sa. 383-400, (**Stratenwerth**, FS-Schmidt).
- Stratenwerth, Günter : “Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung”, in: **Festschrift für Wilhelm Gallas**, De Gruyter, Berlin, 1973, sa.227-240, (**Stratenwerth**, FS-Gallas).
- Talay, Osman : “5237 Sayılı TCK’nın 87/4. Maddesinde Düzenlenen Kasten Yaralama Sonucu Ölüm (Kastı Aşan Adam Öldürme)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 11 (117), Mayıs 2016, sa. 58-68.
- Taner, Tahir : **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Bs., İstanbul, 1953.
- Teresa Pizarro Beleza : “Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten”, **Bausteine des europäischen Strafrechts-Coimbra-Symposium für Claus Roxin**, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, sa. 267-282.
- Tezcan, Durmuş/
Erdem, Mustafa Ruhan/
Önok, Murat : **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 22. Bs., Seçkin, Ankara, 2024.
- Tulay,
Muhammed Emre : “Türk Cez Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu”, 2020, 26(2), **MÜHFD**, sa. 814-837.

- Türay, Aras : “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, **YÜHFD**, 2020, 17(3), sa. 115-154.
- Utsumi, Tomoko : “Fahrlässige Mittäterschaft”, **JURA**, 2001, sa. 538-540.
- Ünver, Yener : **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996.
- v. Atens, Rebecca : **Objektive Zurechnung und Tatherrschaft**, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- v. Liszt, Franz : **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, 10. Bs., J. Guttentag, Berlin 1900, (**Liszt**, Lehrbuch)
- van Weezel, Alex : **Beteiligung bei Fahrlässigkeit**, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- Vogel, Joachim/
Bülte, Jens : in **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band 1**, (§§ 1- 18) 13. Bs., De Gruyter, Berlin, 2020) (**Vogel/Bülte**, in LK).
- Walder, Hans : “Bewußte Beteiligung, ungewollte Folgen”, in: **Festschrift für Günter Spandel**, De Gruyter, Berlin, 1992, sa. 363-370.
- Walther, Susanne : **Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung**, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1991.
- Walz, Christian : “Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien”, **ZJS** 4/2010, sa. 482-490.
- Wegner, Arthur, : **Strafrecht. Allgemeiner Teil**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1951.
- Wehrle, Stefan : **Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regressverbot?**, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1986.
- Weißer, Bettina : “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, **JZ**, 1998/5, sa. 230-239, (**Weißer**, JZ 1998).
- Weißer, Bettina : **Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, (**Weißer**, Kollegialentscheidungen).
- Welp, Jürgen : in ‘Entscheidungen’ **JR**, 1972 (10), sa. 426-429.
- Welp, Jürgen : **Vorausgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung**, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, (**Welp**, Vorausgegangenes).
- Welzel Hans : “Studien zum System des Strafrechts”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1939, 58/1, (**Welzel**, System).
- Welzel Hans : **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Bs., Walter De Gruyter, Berlin 1969, (**Welzel**, Strafrecht).
- Welzel Hans : **Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte**, C.F. Müller, Karlsruhe, 1961, (**Welzel**, Verkehrsdelikte).
- Wessels, Johannes/
Beulke, Werner/
Satzger, Helmut
Witteck, Lars : **Strafrecht AT**, 50. Bs., C. F. Müller, Heidelberg, 2020.
- Witteck, Lars : **Der Betreiber im Umweltstrafrecht**, Nomos Baden-Baden, 2005, s. 119, 120.
- Wolter, Jürgen : **Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem**, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.
- Wuttig,
Heinrich Ernst : **Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen**, Breslau, 1902.

- Yılmaz, Zekeriya : **Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu**, Seçkin, Ankara, 2004.
- Yurtlu, Fatih : **İhmalî Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.



ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Fahrettin KIDIL
EĞİTİM DURUMU	
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2011-2015)
Yüksek Lisans	Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli YL (2017-2019)
Tez Konusu	Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m. 188)
Yabancı Dil / Diller	İngilizce (YÖKDİL: 97,5), Almanca (YDS: 98,75)
İŞ DENEYİMİ	
2016-...	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, Arş. Gör.
2015-2016	İstanbul Barosu
YAYINLAR	
Eğer varsa; akademik yayınlar en güncelden en eskiye olacak şekilde, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kılavuzu'nda yer alan kaynakça sistemine göre sıralanır. Akademik yayınlar istenirse “Makale”, “Kitap Bölümü”, “Kongre Bildirisi” vb. gibi başlıklarda kategorize edilebilir ya da tek bir liste halinde sunulabilir. Makale “Cezalandırmanın Amacı ve “Umut Hakkı” Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları”, TBBD, 2018, (138), sa. 39-78. “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2019, C. 21, sa. 1141-1177. (İki yazarlı) “Yükümlülük Suçlarının Kasıtlı Extraneus Aracılığıyla İşlenmesi”, TAÜHFD, 2024, 6 (2), sa. 513-541.	

Kitap

Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları,
Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Not: Eğitim bilgilerinin eskiden yeniye; iş deneyiminin yeniden eskiye; yayınların yeniden eskiye sıralanması tavsiye edilmektedir. Lütfen ad-soyad dışında cep telefonu, e-mail adresi, ev-iş adresi gibi açık adres bilgileri ve danışman iletişim bilgileri gibi KVKK kapsamına giren bilgileri özgeçmişe eklemeyiniz. Bu tarz bilgiler, ek olarak sunulan (EK 1, EK 2 vb. gibi) anket formu, veri toplama formu gibi dokümanlarda da yer alıyorsa, ilgili yerlerden kaldırınız ya da sansürleyiniz.