

ROSE- ROSAHL OLAYI (*)

Yazan : Dr. Günter BEMMANN

Çeviren : Prof. Dr. Ayhan ÖNDER

Bundan 100 seneden az olmayan bir zaman öne meydana gelen bir olay hakkında fikir açıklamak şaşırtıcı olabilir¹. Buna rağmen, olay bugün dahi devam eden önemini korumaktadır. Bir kimse diğerini bir cinayet işlemeye ikna etmesi ve ikna olan kişi suçu istenilen mevzudan başka bir mevzu üzerinde gerçekleştirmesi halinde, ikna edenin cezalandırılmasının kapsamı hakkında olan bu olay, aydınlatıcı niteliği sebebiyle kendisine çok atıf yapılan bir örnek olmuştur. Sorun genel önemini, eskiden olduğu gibi, günümüzde de korumakla beraber, nasıl cevaplandırılması gerekeceği bugün dahi aydınlığa kavuşmamıştır. Burada, soruna açıklık getirmesi için, haline yeniden teşebbüs edilebilir. Rose-Rosahl olayının aydınlatıcı niteliği sebebiyle daha önce olduğu gibi, bu defa da istifade edilmesinin rahatlığından vazgeçilemeyecektir².

Bilindiği gibi, olay özetle şöyledir³: Rosahl isimli bir şahıs, Rose isminde diğer bir şahsa Schliebe'yi silahla vurarak öldürdüğü takdirde yüklü

(*) "Zum Fall Rose-Rosahl" isimli olan bu makale, Monatsschrift für Deutsches Recht'in 1958/817 ve müteakip sayfelerinde yayınlanmıştır.

Tercüme edenin notu: Tercüme ettiğim bu makalenin yazarı "Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit" isimli, bizim de yararlandığımız tez ile Hukuk Doktoru ünvanını almış, daha sonra 1970'li yıllarda Göttingen Hukuk Fakültesinde Doçent, Heidelberg Hukuk Fakültesinde Profesör olmuştur. Makalede incelenen olay, 1858 yılından sonra hemen hemen her Alman Ceza Hukuku kitabında zikredilmiş ve incelenmiştir. Zamanımızda da en yeni Alman Ceza Hukuku kitaplarında Rose-Rosahl olayı tartışılmış ve tercüme ettiğimiz bu makaleye atıfta bulunulmuştur. Örnek olarak Jescheck (4/625), Roxin (331) gösterilebilir. Makalede özet olarak ve kısmen belirtildiği gibi, bir kereste işletmesinde işçi olarak çalışan Rose, işletmenin sahibi Rosahl tarafından yüklü bir para karşılığında marangoz Schliebe'yi öldürmesi için azmettirilir. Rose, 11.9.1858 günü akşam saat 21.00 de pusuya yatar ve daha önceden tanıdığı Schliebe'yi beklemeye başlar. Karanlıkta karşıdan gelen kişinin Schliebe olduğu zannı ile silahını ateşler, gerçekte vurulan ve ölen 17 yaşında bir lise öğrencisi olan Harnisch'tir. Biraz sonra Schliebe olay yerine gelir ve Harnisch'in cansız yatan cesedi ile karşılaşır; pusunun kendisine yönelik olarak yapıldığını tahmin eder ve bu tahmin üzerine yapılan soruşturmada öldürme olayı aydınlatılır.

1) 11. Eylül 1858 tarihli.

2) Binding, Norman III, 1918/211 not 3.

3) Geniş kapsamlı açıklamalar Goltd. Arch. Bd. 7/ 332 ve müt.

bir mükafat vereceğini söyler. Rose bu vaat üzerine, iyi tanıdığı Schliebe'yi öldürmek için pusuya yatar. Rose, alacakaranlıkta yoldan bir kişinin geldiğini görür. Bu kişiyi Schliebe zannederek öldürür. Ölen bu şahıs gerçekte Harnisch'tir.

Halle a.d. Saale Jürili Ceza Mahkemesi (Schwurgerichtshof) o zamanlar bu türde karşılaşılan yegane olay hakkında hüküm vermek görevi ile karşı karşıya kalarak, Rose'yi kasten adama öldürmekten ve Rosahl'ı kasten adam öldürmeye azmettirmekten mahkum eder⁴. Verilen bu hüküm Prusya Yüksek Mahkemesince (Obertribunal) tastik edilir⁵.

Hükmün Rose'ye ait olan kısmı hakkında herhangi bir muhalefet düşünülmez. Gerçekten, pusuda yatan Rose'nin yaklaşan kişiyi Harnisch yerine Schliebe zannetmesinin, Rose'nin cezalandırılış şekli üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Mevzuda hata (error in objecto) yapan Rose'nin bu hatası esaslı bir hata değildir. Buna karşı olan ve mevzuda hatanın önemli olduğunu savunan ve bu halde planlanan suç bakımından yalnız teşebbüs, gerçekleşen suç bakımından taksiri kabul eden, yani inceleme konumuz olan olayda, Rose'nin tek ve aynı hareket ile kasten adam öldürmeye teşebbüs ve taksirle adam öldürme suçlarını işlediği görüşü -bu görüş bundan 100 sene kadar önce bazı yazarlarca savunulmuştu- bugün artık terkedilmiştir⁶.

Ancak, buna karşı bugüne kadar tartışmalı olan husus, Rose'nin düşmüş olduğu hatanın ne sebeple esaslı olmadığıdır. Gerçekten bu mevzuda yapılan tartışmalar, Rosahl'ın durumuna ceza sorumluluğu bakımından etkili ise de, burada bu konuya girilmeyecektir.

Mahkeme⁷, Rose'nin hatasını değerlendirirken ve bu hatanın esaslı olmadığı sonucuna varırken şu gerekçeyi göstermiştir: Hukuk genel olarak bir insanın öldürülmesini yasaklamıştır. Rose, Schliebe'yi yani bir insanı öldürmek istemektedir. Bir insan öldürmeyi isteyen iradesi doğrultusunda Harnisch'in ölümünü gerçekleştirmiştir. Harnisch te bir insan olduğuna göre, Rose onu iradi olarak öldürmüştür.

Ancak, diğer yazarlar yanında, Hälschner⁸, Beling⁹, Lobe¹⁰, Graf zu

4) Rosahl, Rose'ye olayda kullanmak üzere bir silah temin ettiği ve böylece - instrumante sceleris - adam öldürme suçunda fer'i fail durumuna da girmiş olması incelememiz dışında tutulmuştur.

5) Preuss. Obertribunal, Goltd. Arch. Bd. 7/332 ve müt.

6) O zamanlar bu fikrin savunuculuğunu yalnız Geib yapmıştır. Arch. d. Criminalrechts, 1838/46 ve müt. Ancak, Rose-Rosahl olayı hakkında verilen hükümden sonra yazar genel kaniya uygun olarak fikrini değiştirmiştir. Geib, Lehrbuch II, 1862/273. ; v. Liszt, Lehrbuch 1908/ 176 ve müt. ; Rothkugel, Der Irrtum über das Objekt der Straftat, Diss. Heidelberg 1909/28 ve müt. buna karşı idiler.

7) Schwurgerichtshof in Halle a. d. Saale, Goltd. Arch. Bd. 7/325.

8) Hälschner, Goltd. Arch. Bd. 7/440 ve 445.

9) Beling, Schuld 1910/49.

Dohna¹¹, Mezger¹² de bu gerekçeyi kabul ederlerse de¹³, tutarlı bir gerekçe değildir. Gerçekte failin böyle bir kastı yoksa da, bu gerekçe faili genel kast (genereller dolus) içine sokmaktadır¹⁴. Rose'nin Schliebe'yi öldürmek istediği zaman, herhangi bir insanı öldürmek *kastı* bulunduğunu kabul etmek yerinde değildir.

Bu husus aşağıda verilen örnek ile açıklanabilir: Berlin'e gitmek isteyen bir kişi yanlış bir trene binerek Köln'e gitmiştir. Bu kişiye şöyle söylenece ne cevap verirdi; "Senin kastın Berlin'e gitmektir; hattâ bu seyahati trenle yapmayı düşünüyorsun. Böylece senin kastın genel olarak trenle seyahat etmektir. Köln'e de trenle gittiğine göre, sen Köln'e yaptığın bu seyahati kasten mi gerçekleştirdin?"

Bu örnek¹⁵, açıkça gösteriyor ki, kast belirli bir şeyi özel olarak ihtiva ettiği zaman vardır ve bu özelliği ihtiva etse dahi genel nitelikte olan bir husus, bu özel hali de ifade ettiği şekilde yorumlanamaz. Herhangi bir kimseyi öldürme kastı, belirli bir kimseyi öldürme kastından daha geniş bir kapsama sahiptir. Elbette, genel olarak insan cinsine yönelik kast mevcut olabilir. Böyle bir kasta herhangi bir kimsenin sahip olması da mümkündür; örneğin bir kişi insan topluluğuna ateş ederek, isabetin kim üzerinde meydana gelirse gelsin arada fark görmemesi hali düşünülebilir. Ancak, kişi fiilinin yönelik olduğu mevzuyu açıkça belirlemiş ise, böyle bir kastın varlığından sözedilemez.

Aksi halde sapmanın (aberratio ictus) mevzuda hatayı (error in objecto)

-
- 10) Lobe, Leipz. Kommentar 1927/67.
 11) Graf zur Dohana, Aufbau 1947/26.
 12) Mezger, Lehrbuch 1931/313; Grundriss 1943/107; Studienbuch I - 1957/172.
 13) Aynı görüş; Ibach, Die Anstiftung (Strf. Abh. Heft. 148) 1912/80. ; Josef Kohler, Leitfaden 1956/71. ; Welzel, Strafrecht, 1956/60. ; Diğer kanıda olanlar; yalnız failin doğrudan doğruya neticeyi meydana getirdiği mevzu ile neticenin meydana gelmesini istediği mevzuların suç tipinde aynı nitelikte olması halinde mevzuda hatanın esaslı hata olmadığını kabul eden yazarlar olarak; v. Olshausen, Kommentar 1916, StGB. md. 59 not 26. ; Max Ernst Mayer, Lehrbuch, 1923/318 ve müt. ; Kohlrausch, Kommentar 1927, StGB. md. 59. not 41. ; Niethammer in v. Olshausen, Kommentar 1927, StGB md. 59. not 26. ; v. Hippel, Strafrecht 1930 II/333 ve müt. Lehrbuch 1932/137. ; Frank, Kommentar 1931 StGB. md. 59 not III 2,c. 1; Eberhart Schmidt, in v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch 1932/269. ; Nagler, Leipz. Kommentar 1944 StGB. md. 59 not II, 3 A. d ; v. Weber, Grundriss, 1948/75. ; Schönke, Kommentar 1952 StGB. md. 59 not III,3a. ; Maurach, Lehrbuch, I 1954/254. ; Sauer, All. Strafrechtslehre 1955/167.; Schäfer, in Dalcke, Kommentar 1955 StGB. md. 59 not 4. ; Lange, in Kohlrausch-Lange, Kommentar 1956 StGB. md. 59 not V,4 a. ; Schröder, in Schönke-Schröder Kommentar 1957 StGB. md. 59 not III,3.
 14) Böhlau da bu kanıdadır. Der Kriminalprozess Rose und Rosahl, 1859/12 ve müt. Gold. Arch. Bd. 8/158.; Verron, Verwechslung von Anstiftervorsatz und Täterhandlung. Diss. Breslau 1912/17 ve müt. Buna karşı Walter, Gerichtssaal 1866/410.
 15) Hälschner bu örneği daha başka bir anlamda kullanmıştır. Karşılaştır Hälschner Gold. Arch. Bd.7/440.; Buna karşı yerinde olan fikir için Böhlau, Gold. Arch. Bd. 8/160 ve müt.

düzenleyen kaidelere göre halledilmesi hususunda ileri sürülen sebepleri kabul etmek kaçınılmaz olur. Rose, gerçekte Schliebe'yi hedef alıp silahını tevcih etmiş, ateşlemiş ve mermi Schliebe'ye değil de bunun yerine Harnisch'e isabet ettiğini kabul edersek, bu halde tutarlı olmak için, şu söylenecektir; Rose, Schliebe'yi yani bir insanı öldürmek istemiştir. Failin iradi hareketinin sonucu Harnisch'in ölümüdür. Harnisch te bir insan olduğuna göre, Rose onu iradi olarak öldürmüştür. -Ancak bu sonuca katılmak imkansızdır-. Sapmada fail hareketi, neticeyi gerçekleştirmek istediği, mevzua yönelik yaptığı için, bu mevzu bakımından teşebbüs, buna karşı hareket başka bir mevzu üzerinde etkili olduğu için de bu mevzu bakımından taksirli suç mevcuttur.

Bununla beraber, belirtilen bu görüş te tartışmalıdır. Hälschner¹⁶, Beling¹⁷, M. E. Mayer¹⁸, Frank¹⁹, Eberhard Schmidt²⁰, v. Weber²¹ ve Welzel²², kaide olarak sapmanın önemsiz olduğunu kabul ederler²³. Bunlara göre, failin gerçekleştirdiği neticedeki suç mevzuu ile gerçekleştirmek istediği suç mevzuunu belirten suç tipleri, aynı nitelikte olan mevzuları himaye etmekte ise, bu halde sapmanın (aberratio ictus) herhangi bir etkisi yoktur²⁴.

Buna karşı Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi²⁵ haklı olarak, eskiden olduğu gibi, bu fikre karşıdır ve sapmada gerçekleşen neticenin aynı kasıtlı fiil içinde mütalâa edilmesinin bir fiksiyondan hareket edilmek sure-

16) Hälschner Goltd. Arch. Bd. 7/439. Ancak Hälschner'in diğer fikri için bak. Strafrecht, I 1881/268 ve müt.

17) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906/325.; Unschuld, 1910/49 ve müt.; Grundzüge, 1930/47.

18) Max Ernst Mayer, Lehrbuch 1923/330 ve müt.

19) Frank, Kommentar 1931 StGB. md. 59 not III, 2c.

20) Eberhart Schmidt in v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch 1932/270.

21) v. Weber, Aufbau 1935/16.; Grundriss 1948/75.

22) Welzel, Strafrecht, 1956/59.

23) Aynı doğrultuda; Henke, Handbuch der Criminalrechts, II 1826/38.; Köstlin, Neu Revision 1845/279 ve müt.; System, 1855/199.; Walter, Gerichtssaal 1866/406 ve 418 ve 424 ve müt. ve 430.; v. Buri, Über Causalität und deren Verantwortung 1873/82 ve müt.; Ortman Gerichtssaal, 1877/262.; v. Wächter, Strafrecht, 1881/237.; Josef Kohler, Studien, I, 1890/142.; Leitfaden, 1912/64.; Finger, Lehrbuch, I, 1904/254.; Festschrift für Binding, I, 1911/268.; Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, 1909/119 ve müt.; Asch, Abweichung von Anstiftervorsatz und Täterhandlung, Diss. Breslau, 1912/32 ve müt.; Hegler, ZStRW. Bd. 36/204 not 91.; Sauer, Grundlagen 1921/592.; All. Strafrechtslehre 1955/168 ve müt.; v. Zelewski, Die Beurteilung der Abweichung des wirklichen Kausalverlaufs von dem vom Täter vorgestellt, Diss. Frankfurt/Main 1954/3.; Aynı kanıda olarak v. Gemmingen, Die Rechtswidrigkeit der Versuch, (Strfr. Abh. Heft 306, 1932/156)

24) Welzel'e göre bundan başka "gerçekleşen illi serideki değişikliğin uygun illiyet prensibi içinde mümkün olması da" aranır. Ancak bu mutlaka şart değildir. Karşılaştır. Not. 40.

25) RGSt. 2/335 ve müt. (337).; 3/384.; 19/179 ve müt.; 54/349 ve müt (350).; 58/27 ve müt (28).; RG. Goltd. Arch. Bd. 46/132 ve müt.; Federal Yüksek Mahkeme bu durum hakkında fikrini açıklamamıştır. BGHSt. 9/240 ve müt. (242).

tiyle kabul edildiğini ileri sürmektedir. Berner²⁶, v. Hippel²⁷, Binding²⁸, Kohlrausch²⁹, Engisch³⁰, Mezger³¹, Gerland³², Nagler³³, Graf zu Dohna³⁴, Schönke³⁵, Helmut Mayer³⁶, Maurach³⁷, Dreher³⁸ ve daha pek çok yazar³⁹ da fikirlerini bu doğrultuda açıklaymışlardır. Ancak, failin gerçekleşmesini istediği tasavvuru ile dış alamedeki fiili durum birbirine uyduğu takdirde failin kasten hareket ettiğinden sözedilebilir. Gerçekleşen istenmiş olmalıdır; yani failin yapmak istediği ile yaptığının birbirine uygun olması gerekir. Elbette failin tasavvuru ile fiilin gerçekleşmesi arasında meydana gelen önemsiz sapmalar failin kastının mevcudiyetine engel değildir. Eğer fail belirli bir mevzuyu gözönünde bulundurmuş ve hareketini bu mevzu üzerine yöneltmiş ise, hareket yön değiştirerek başka bir mevzu üzerinde gerçekleşmiş olması halinde, sapma herhalde önemlidir⁴⁰. Zira burda meydana gelen netice

26) Berner, Lehrbuch, 1898/122.

27) v. Hippel, Vergl. Darst. All. Teil II/544.; Strafrecht, II, 1930/334.; Lehrbuch, 1932/37 ve müt.

28) Binding, Normen III, 1918/220 ve müt.

29) Kohlrausch, Kommentar 1927 StGB. md. 59 not 2, I.

30) Engisch, Untersuchungen, 1930/70 ve müt.

31) Mezger, Lehrbuch, 1931/314.; Grundriss 1943/107 ve müt.; Studienbuch, I, 1957/172.; Leipzig. Kommentar StGB. md. 59 not II, 10c, bb.

32) Gerland, Lehrbuch, 1932/137.

33) Nagler, Leipz. Kommentar 1944 StGB. md. 59 not II, 3 B b.

34) Graf zu Dohne, Aufbau 1947/25.

35) Schönke, Kommentar 1952 StGB. md. 59 not III, 3 b.

36) Helmut Mayer, Strafrecht, 1953/248.

37) Maurach, Lehrbuch, I, 1954/255 ve müt.

38) Dreher, in Dreher-Maassen, Kommentar StGB. md. 59 not 2.

39) Bu görüşte olan diğer yazarlar olarak şunlar gösterilebilir; Gesterding, Arch. d. Criminalrechts 1819/490.; Heffter, Arch. d. Criminalrechts 1832/285. ve müt.; Zachariä, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, I, 1836/272 ve müt.; Bierer, Gerichtssaal, 1860/458.; Gessler, Über den Begriff und die Arten des Dolus, 1860/3240.; Gerichtssaal, 1860/384.; Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1869/267.; Lehrbuch, 1874/131.; Hassenstein, Goldt. Arch. Bd. 19/156.; Hugo Meyer, Lehrbuch, 1888/215 ve müt.; Adolf Merkel, Lehrbuch, 1889/83.; Oppenhoff, Kommentar 1901 StGB. md. 59 not 3 ve md. 211 not 10.; Verron, Verwechslung und Abirrung, Diss. Rostock 1903/62.; v. Bar, Gesetz und Schuld, II, 1907/371 ve müt.; Rothkugel, Der Irrtum über das Objekt der Straftat, Diss. Heidelberg 1909/13.; Ernst Schwartz, Kommentar 1914 StGB. md. 59 not. 14 b.; Wachunfeld, Lehrbuch 1914/161.; v. Olshausen, Kommentar 1916 StGB. md. 59 not 27.; August Köhler, Strafrecht, 1917/307 ve müt.; Paul Merkel, Grundriss, 1927/121.; Lobe, Leipzig. Kommentar 1929/68.; Richard Schmidt, Grundriss 1931/110.; Allfeld in Meyer-Allfeld, Lehrbuch 1934/178 ve müt.; Niethammer in v. Olshausen, Kommentar 1942 StGB. md. 51 not 8 d.; Mittelbach, Leitfaden 1944/77.; Wegner, Festschrift für Raape 1948/420.; Strafrecht 1951/175.; Moser, All. Teil des Strafgesetzbuches 1953/131.; Lekschas, Die Schuld als subjektive Seite Der verbrecherischen Handlung, 1955/33.; Schäfer in Dalcke, Kommentar 1956 StGB. md. 59 not V, 4a.; Storz, Leitfaden 1956/71.; Petters, Strafgesetzbuch 1957/22.; Schönke in Schönke-Schröder, 1957 Kommentar StGB. md. 59 not III, 2 a.

40) Kastı "illi seriye hakim olan irade" ve bu sebeple yalnız bu biçimde gerçekleşeni kasti olarak kabul eden "gayeye yönelik şuru ve bu şekilde gerçekleşeni iradi" olarak kabul eden "hareketin gayri telakkisi teorisinde" bu hal reddedilemez. Ancak bununla mutlaka sapmadan bahsedildiği de zannedilmemelidir. Özellikle "farklı bir şekilde meydana gelen eğer uygun illiyet içinde mütalaa" edilebiliyorsa söylenenler bu halin varlığı baki-

fail tarafından kesinlikle istenmeyen bir neticedir. Kast, belirli ve yalnız bu belirli şey üzerinde etkili olduğu takdirde kabul edileceğine göre, bu etki başka bir şey üzerinde gerçekleşmiş olursa, zorunlu olarak kastı bertaraf eder. Bu itibarla, failin kasten adam öldürme hareketinden bahsedebilmek için, hareketin öldürdüğü kişi ile failin neticenin gerçekleşmesini istediği kişinin aynı olması gerekir.

Şu husus belirtilmelidir; Sapma (abberatio ictus) önemlidir; belirtilen nedenle mevzuda hatadan (error in objecto) farklı bir işleme tabi tutulması gerekir. Bu sebeple mevzuda yanılmanın önemsizliğinin gerekçesi hiç bir zaman sapmanın da önemsizliği neticesini doğuran bir sebep olarak gösterilmemelidir. O zaman mahkemenin bu gerekçe ile Rose'nin düştüğü hatanın esassız olduğunu kabul etmesi, belirtilen bu sebeplerle doğru olamaz.

Problem hakkında daha başka bir gerekçe Böhlau⁴¹, Schütze⁴², Korn⁴³, Binding⁴⁴, Gerland⁴⁵ ve Hellmut Mayer⁴⁶ tarafından ileri sürülmüştür⁴⁷. Bu gerekçe şöyledir; Rose adam öldürme hareketini yaptığı anda adam öldürme iradesine sahip olduğuna göre, Rose'nin mevzuda yaptığı hata esaslı değildir. Zira, Rose Schliebe'yi öldürmek için pusuya yatıp beklerken bir insanın yaklaştığını görmekte ve yaklaşan bu insanı öldürmeye karar vermektedir. Netice üzerinde önemli olan, silahın tetiğinin çekilmesi anında Rose'nin yoldan gelmekte olan adamı öldürmek istemesidir. Rose, bu insan ile karşı karşıyadır, bu insana nişan almaktadır ve mermiyi bu insana isabet ettirmektedir. Rose tasavvurunda olayın nasıl gerçekleşmesini arzulamakta ise, olay fiilen aynen bu istenen şekilde gerçekleşmiştir. Sonuç olarak Rose kasten hareket etmiştir.

mından kabul edilir. Failin tasavvurunda gerçekleşmesini istediği mevzudan farklı bir mevzu üzerinde dış alemde netice meydana gelmiş olursa, bu gerçekleşen netice, belirli bir gayeye yönelik suç içinde olmadığından sapma sonucu meydana gelen netice, irade tarafından belirli bir gayeye yönelik netice olarak kabul edilemez.

- 41) Böhlau, Der Kriminal-Prozess Rose und Rosahl, 1859/11 ve müt.; Goltd. Arch. Bd. 8/156 ve müt.
- 42) Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1869/267.; Lehrbuch, 1874/130.
- 43) Korn, Der Vorsatz des Anstifters, Diss. Göttingen 1902/35 ve müt.
- 44) Binding, Normen III, 1918/193 ve müt.
- 45) Gerland, Lehrbuch, 1932/138.
- 46) Hellmut Mayer, Strafrecht, 1953/248.
- 47) Aynı kanaat; RG St. 18/337 ve müt (338).; 19/179.; Hassenstein, Goltd. Arch. Bd. 19/157.; v. Wächter, , Strafrecht 1881/171.; Hugo Meyer, Lehrbuch 1888/214 ve müt.; Adolf Merkel, Lehrbuch 1889/83.; Oppenhoff, Kommentar 1901, StGB. md. 59 not 2 ve md. 211 not 9.; Finger, Lehrbuch, I, 1904/254.; v. Bar, Gesetz und Schuld. II, 1907/368.; Ernst Schwartz, Kommentar 1914 StGB. md. 59 not 14 a.; Wachenfeld, Lehrbuch, 1914/160.; August Köhler, Strafrecht 1917/306.; Allfeld in Meyer-Allfeld, Lehrbuch 1934/178.; Moser; All. Teil des Strafgesetzbuches 1953/130 ve müt.; Petters, Strafgesetzbuch 1952/22.; Otto Schwarz, Kommentar 1957 StGB. md. 59 not 2 b aa.; Engisch, Untersuchungen 1930/68'de aynı kanıdadır.

Bu görüşe iştirak etmek gerekir. Rose'nin, fiili işlediği anda önünde bulunan insanı öldürmek istediği hususunda herhangi bir şüphe yoktur.

Bununla beraber Hälschner⁴⁸ başka bir fikirdedir. Bu fikre göre, Rose suç teşkil eden hareketlerini başından sonuna kadar daima ve yalnız Schliebe'yi öldürmek isteği ile yapmaktadır. Rose'nin gözünün önüne gelen insanın Schliebe'den başkası olduğu ve bu itibarla "fikri faaliyetinin bu kapsamın dışında" başka bir irade meydana getirdiği söylenemez. Daha önce gerçekleşmeyen bir fikri faaliyet olmadan bir iradenin belirebilmesi imkansızdır.

İradi bir davranış için daha önce fikri bir faaliyetin mevcudiyetinin zorunluluğunu belirten Hälschner'e tamamen hak vermek gerekir. Ancak, bahis konusu olayda gerekli olan fikri faaliyetin mevcut olduğu bir gerçektir. Bu fikri faaliyeti, Rose yaklaşmakta olan Harnisch için kendi kendine şunu söyleyerek yapmaktadır; şu gelmekte olan kişi Schliebe'dir; işte bu kişiyi öldürmeliyim. Bunun dışında, Rose'nin tüm faaliyetlerinin devamı sırasında Schliebe'yi öldürmekten başka hiç bir şey istemediğini iddia etmek yanlıştır. Meydana gelen olayda Schliebe'nin ölümü, Rose'nin gerçekleştirmek istediğinin sadece son kısmını teşkil eder. Ve Rose'nin tasavvuru bakımından olayın bu son kısmının gerçekleşmesi için zorunlu diğer hallerin gerçekleşmesi yine Rose tarafından istenmiştir. Örneğin, Rose silahı ateşe hazır hale getirmiştir ve yoldan gelmekte olan kişiyi de vurmak istemiştir. Rose, Schliebe'nin ölmesini isterken, yaklaşmakta olan Harnisch'in bir insan olarak vücudunu ortadan kaldırma kararına sahiptir. Yaklaşmakta olan insanın Schliebe olarak tasavvur edilmesi, onun öldürülmesi kararında yalnız bir saiktir. Diğer ifade ile; Harnisch'in öldürülmesi bakımından Rose'nin hatası bir saik hatasıdır⁴⁹. Bu itibarla fiile esas olan saikteki hata failin kastını etkilemez⁵⁰; ve bu nedenle bahis konusu olayda Rose nin hatası, önünde gördüğü kişiyi öldürdüğü için, kastına etkili değildir.

Böylece şu husus tesbit edilmiş oluyor; Rose'nin hatasının esaslı hata olmadığı baştan itibaren Rose'nin Schliebe'yi öldürmek istediği ve bu irade içinde Harnisch'i , yani gerek Schliebe gerek Harnisch'in insan olmaları sebebiyle bu hatanın esasız olduğu görüşü yerinde olmayıp, doğrusu Rose'nin fiili ika ederken sahip olduğu iradenin karşıdan yaklaşan insanı öldürmek olması ve bunu da gerçekleştirmiş bulunması sebebine dayanır. İşte bu sebepten dolayı Rose tamamlanmış adam öldürmeden sorumludur.

48) Hälschner, Goltd. Arch. Bd. 7/440 ve 447.

49) Bu kanaat Böhlau, Der Kriminal-Prozess Rose-und Rosahl, 1859/29.; Goltd. Arch. Bd. 8/159 ve müt.; Korn, Der Vorsatz des Anstifters, Diss. Göttingen 1902/36.

50) Verilen bu örnekte öldürme kastının failin düşmanlığı veya kurduğu hayale dayanmış olması arasında gerçekleşen netice bakımından fark yoktur.

Ancak burada Rosahl'ın durumunun ceza sorumluluğu bakımından nasıl değerlendirileceği bahis konusu olabilir.

Prusya Yüksek Mahkemesi (Obertribunal)⁵¹, Rose tarafından gerçekleştirilen adam öldürme suçunda Rosahl'ı azmettiren olarak görerek, bu görüşünü aşağıda belirtilen gerekçeye dayandırmaktadır; azmettirme işlenen esas suça bağlıdır. Azmettirme esas suça bağımlı olduğuna göre, asli maddi failin mevzudaki hatası nasıl esassız ise, bu hal azmettirenin de cezalandırılmasında herhangi bir etki göstermez. Aynı fikre Birkmeyer⁵² ve Löwenheim⁵³ da katılırlar. Bunlara göre, azmettirmede bağıllık prensibi geçerli olduğuna göre, Rose bakımından bahis konusu olan hatanın önemsizliği Rosahl'ın ceza sorumluluğunda da herhangi bir etki yapmayacağı “kendiliğinden” ve “herhangi bir tereddüte yer olmadan” kabul edilmelidir. Ve Coenders⁵⁴ te “asli maddi failin düştüğü hatanın azmettiren bakımından ayrı ve müstakil prensipler içinde araştırma konusu yapılabilmesinin nasıl mümkün olabileceğinin anlaşılamadığını” belirtir.

Bu düşünce daha ziyade o zamanlar azmettirenin asli maddi fiile bağlı olduğu -genellikle iştirak te aynı bağıllık prensibi içinde görülmüştür- şeklinde kabul edilen yanlış anlamının sonucu olması ile açıklanabilir⁵⁵. O zamanlar iştirak çok dar bir şekilde asli fiile bağlı olarak telakki edilir ve asli fiilin bütün özellikleri cezalandırma bakımından iştirakte etkili olurdu. Örneğin, iştirakte suçun işlendiği yer ve zaman asli fiilin işlendiği yer ve zamana bağlı olduğu gibi, iştirak halinde işlenen suçların adedi de asli suçun adedine göre tesbit edilirdi⁵⁶. Bu görüş tarzı çoktan terkedildi. Bugün için iştirakte bağıllık prensibinden, asli fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olması gerektiğinden ne daha fazlası ne de daha azının şart olmadığı anlaşılmaktadır⁵⁷.

İştirakin cezalandırılabilmesi için bulunması gereken diğer bütün haller, asli fiilden tamamen bağımsızdır. Bu itibarla asli maddi fail bakımından mevzuda mevcut esassız hatanın suça iştirak eden kişiler bakımından bağıllık prensibi dışında tutularak, herhangi bir etkisi olmaması sonucuna varılır.

Bu sebeple Rose'nin hatasının Rosahl'ı kurtarmaya yeterli olmayacağı fikri diğerlerince daha değişik bir biçimde gerekçelendirilmiştir. Örneğin

51) Preuss. Obertribunal, Goltd. Arch. Bd. 7/337.

52) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, 1890/165.

53) Löwenheim, Der Vorsatz des Anstifters (Strfr. Abn. Heft 9 1897/52 ve müt).

54) Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, 1909/245 ve müt.

55) Karşılaştır. Dahm, Deutsches Recht, 1951/159.

56) Birkmeyer de aynı kanıdadır. Die Lehre von der Teilnahme; 1890/171 ve 175 ve 180 ve müt.

57) Asıl suç tipinin kasten işlenebilen bir suç tipi olması gerekmektedir.

Geyer⁵⁸ bunu şöyle gerekçelendirir; Rosahl fiilin işlendiği zaman orada olsaydı ve Harnisch'in yaklaştığını gördüğünde Rose'ye bağırarak "işte rezil geliyor ateş et" demiş olsa idi ve Rose bunun üzerine Harnisch'e ateş etseydi, Rosahl, Harnisch yerine Schliebe'nin ölmesini istediğine göre, ceza hukuku sorumluluğunda herhangi bir değişiklik olmayacağı hususunda tereddüt edilemezdi.⁵⁹ Bahis konusu olayda ise, durumun ne sebeple değişik olması gerektiği anlaşılamamaktadır.

Ancak bunun anlaşılması o kadar zor değildir. Zira, eğer Rosahl yaklaşmakta olan Harnisch'i kendisi bakımından Schliebe zannetmiş olsa idi, bu halde bizzat kendisi mevzuda hataya düşmüş olurdu. Eğer Rosahl, Schliebe'nin öldürülmesini Rose'ya teklif ettiğinde doğrudan doğruya Schliebe'den bahsetmemiş ve bahsetmeden yalnız "darbenin vurulacağı mağdurdan"⁶⁰ bahsetmiş ve açıklık ifade etmeyen bu beyanlar Harnisch'in özelliklerine uygun bulunmuş olsa idi, yine aynı şey olurdu⁶¹. Örneğin, Rosahl, Rose'ye yoldan yaklaşmakta ve deri bir palto giymiş olan insana ateş edeceksin demiş olsa idi -Rosahl'ın fikrine göre bu kişi Schliebe olmakla beraber gerçekte Harnisch'tir- Rosahl bakımından meydana gelen mevzuda hatanın varlığından sözedilebilirdi. Zira, bu halde Rosahl, öldürülmesi hususunda Rose'ye görev verdiği ile yaklaşmakta olan insanı birbirine karıştırmıştır⁶². Ancak, bahis konusu olayda ise böyle bir mevzuda hatadan söz etmeye imkan yoktur. Böyle olmadığı gibi, Rosahl, Rose'nin de iyi tanıdığı Schliebe'yi ortadan kaldırmasını açıkça belirtmiştir⁶³. Böylece Rosahl bakımından mevzuda hata olmadığına göre, Geyer'in gerekçesi doyurucu değildir⁶⁴.

Berner'in gerekçesi değişiktir ve aşağıda belirtilen biçimdedir⁶⁵; Rosahl mevzuda hata etmemiş olsa dahi, onun tarafından suçu işletilende bu hata mevcuttur. Bu itibarla Rosahl'ın fiili kendi eli ve gözü ile yapmayıp, başkasının elinden ve gözünden yararlanmış olması arasında onun bakımından fark yoktur. Zira her kim başkasının el ve gözünden istifade ederse, bunların hata yapmayacağını talep edebilmesi imkansızdır. Nasıl ki asli maddi fail kullandığı hatalı mekanik bir vasıtanın bu sebeple meydana getirdiği so-

58) Gayer, Holtzendorffs Handbuch, II, 1871/361.

59) Aynı kanıda Finger, Lehrbuch I, 1904/348.

60) Preuss. Obertribunal, Goltd. Arch. Bd. 7/333.

61) Olayı bu şekilde açıklayan Maurach'a bakınız. Maurach, Lehrbuch I, 1954/554.

62) Buna benzer bir biçimde gerçekleşen olay Schiller'in Gedicht'inin "Der Gang nach Eisenhammer"inde de mevcuttur. Savern Kontu halkına şu emri verir; "ilk gönderdiğimi cehenneme yollayın.."; bu emri verirken Frodolin'in ölmesini istemektedir, halbuki gerçekte mevzuda yaptığı hata sebebiyle, Robert'in ölüm emrini vermiştir.

63) Olayın açıklanış şekli bakımından karşılaştır; Goltd. Arch. Bd. 7/322 ve müt.

64) Korn da Geyer'in fikrine karşıdır. Korn, Der Vorsatz des Anstifters Diss. Göttingen 1902/42 ve müt.; Binding de bu fikirdedir. Binding, Normen III, 1918/213 not 5.

65) Berner, Grundsätze des Preussischen Strafrechts, 1861/31.; Lehrbuch, 1898/165.

nuçlardan sorumlu ise, aynı şekilde bir insanın vasıta olarak kullanılması halinde de, bu insanın becereksizliğinin sonucuna da katlanmalıdır.

Ancak, Rose, Rosahl için bir “vasıta” olmadığına göre gösterilen bu gerekçe bu haliyle düşündürücüdür. Gerçekte, Rose olay üzerinde mutlâk bir hakimiyete sahipti. Rose fiilin nasıl gerçekleştirileceği hususunda karar verecek yegane insan olduğu gibi, bu tamamen kendi iradesine göre biçimlendirilmişti. Bundan başka, failin fiilin icrasında kullandığı vasıtanın bütün eksikliğinden meydana gelecek olan sonuçlardan sorumlu olduğu fikri de yerinde değildir. Bunu, saptamanın inceleniş şekli göstermektedir. Örneğin, fail öldürme vasıtası olarak mermi yolunu yanlış düzenleyen bir silah ile hedefe ateş ederse, silahın bu hatası sebebiyle, hedef alınan insan yerine yakında bulunan diğer bir kimseye isabet vaki oldukça, silahın bu hatası sebebiyle meydana gelen netice faile kast değil belki yalnız olmamakla beraber taksir sorumluluğu da yükler. Fail bir insanı “vasıta” olarak kullanırsa aynı şey uygun biçimde geçerlidir. Berner’in, Rose bakımından önemsiz olan mevzuda hatasının, Rosahl’ı aynı sorumluluktan kurtaramayacağı görüşü için ilerisürdüğü gerekçe bu itibarla kabul edilemez.

Allfeld⁶⁶ ve Welzel⁶⁷ de aşağıdaki tesbitlerle değişik bir gerekçe ile bunu tekrarlamaktadırlar⁶⁸; Rose’nin düştüğü hata Rosahl’ın ceza sorumluluğuna etkili değildir; hattâ Rose kendisini tahrik eden Rosahl’ın bu tahrikine göre fiili kasten işlediği için, Rosahl azmettiren olarak sorumludur.

Ancak, bu gerekçe, Rose’nin yoldan gelen insanın öldürülmesine dair verdiği kararda, Rosahl’ın illi bir değer taşımakta olduğundan başka bir şey söylemez. Bu durumda ise henüz azmettirmeden sözedilemez. Aksi halde, örneğin Rose, Harnisch’i öldürdükten sonra hatasını anlayıp yine pusuda bekleyerek gerçek Schliebe’yi de öldürürse, Rosahl’ın her iki fiil bakımından azmettiren olarak kabul edilmesi gerekir⁶⁹. Zira, Rose ikinci fiili de Rosahl’ın yapmış olduğu tahrik sebebiyle ve kasten icra etmiştir. Rose önce gerçek Schliebe’yi öldürdükten sonra cesedin Schliebe’ye ait olmadığı kanısı ile bu kez yeniden Schliebe zannı ile Harnisch’i de öldürmüş olsa idi durum farklı olmayacaktı. Zira Rose her iki fiili de Rosahl’ın kendisi üzerinde meydana getirdiği tahrik sebebiyle ve kasten işlemiştir. Ancak, birinci fiil ile Rosahl’ın arzuladığı esasen gerçekleşmiş olduğuna göre, ikinci fiil bakımından Rosahl’ın azmettiren olarak kabul edilmesi istenmeyecektir⁷⁰. Veyahut

66) Allfeld in Meyer-Allfeld, Lehrbuch 1934/225.

67) Welzel, Strafrecht, 1956/61.

68) Oppenhoff da aynı kanıdadır. Oppenhoff, Kommentar 1901 StGB. md. 48 not 44.

69) Bu doğrultuda bak; Siegel, Verwechslungsfälle bei Anstiftung, Diss. Göttingen 1895/39.; Bu fikre karşılık bak. v. Bar, Gesetz und Schuld, II. 1907/680.; Rothkugel, Der Irrtum über das Objekt der Straftat, Diss. Heidelberg 1909/59.; Binding, Normen III, 1918/213 not. 8.; Mezger, Lehrbuch 1931/438.

70) Aksi fikir için bak; Siegel, Verwechslungsfälle bei Anstiftung, Diss. Göttingen 1895/41.

Rose “düzinelerce yanlış Schliebe’yi” öldürmüş düşüncesi ile – bu halde Binding’in⁷¹ ifadesi ile belirtmek gerekirse, Rosahl, Rose’nin gerçekleştirdiği “bütün bu insan kıyımının” azmettirenini olacak mıydı⁷²? Allfeld ve Welzel’in yaptıkları tesbitler, Rose tarafından gerçekleştirilen adam öldürmede, Rosahl’ın azmettiren olarak değerlendirilmesine yeterli olmadığı açıklığa kavuşmuştur⁷³. Azmettirmenin kabul edilebilmesi için, asli maddi fail tarafından fiilin işlenmesi kararının verilmesine sebebiyetten daha fazlasının gerçekleşmesi gerekir. Azmettirmenin kabulü için azmettirme kastının da bulunması gereklidir.

Rosahl’da bu kastın bulunduğunu Hälschner⁷⁴, Josef Kohler⁷⁵, Frank⁷⁶, ve Mezger⁷⁷ aşağıdaki gerekçe ile kabul ederler⁷⁸; Rosahl’ın istediği, Rose’nin Schliebe’yi, yani bir insanı öldürmesidir, Rose tarafından öldürülen Harnisch’te bir insan olduğuna göre, Rose’nin fiili; yani bir insanı öldürmüş olması, Rosahl’ın iradesine uygundur.

Eğer Rosahl, Rose’yi herhangi bir insanı öldürmesi için tahrik etmiş olsaydı, bu istidlal metodu⁷⁹ ancak bir halde doğru olabilirdi. Halbuki Rosahl bunu istememiştir. Aynı şekilde Rose de kast herhangi bir insana yönelik değildir. Rosahl’ın iradesi, Schliebe olan belli bir insanın Rose tarafından öldürülmesine yöneliktir. Schliebe’nin öldürülmesi halinde Rosahl, Rose’yi büyük bir meblağ ile mükafatlandırmayı arzulamaktadır. Bu itibarla fiili ve riler dikkate alınmadan Rosahl’ın genel kast (genereller dolus) içinde bu-

71) Binding, Normen III, 1918/214 not 9.

72) Bu fikir hayret edilecek şekilde Siegel tarafından ileri sürülmüştür. Siegel, Verwechslungsfälle bei Anstiftung, Diss. Göttingen 1895/40.

73) Welzel tarafından belirtilen bu kararda RgSt. 70/293 (295-296) gerçekte onun fikri desteklenmektedir. Zira bu karara konu olan olayda fail kendisinden istenilen fiili azmettirenin belirttiği mevzu üzerinde gerçekleştirmiştir. Yalnız fiilin icra ediliş biçimi azmettirenin tasavvur ettiği kadar farklıdır. Yüksek mahkeme bu olayda meydana gelen değişikliğin önemli olmadığını kabul ederek şu hususu saklı tutmuştur. – Yüksek mahkemenin daha önce vermiş olduğu ve Welzel tarafından belirtilmemiş olan kararlarında RGSt. 34/327 ve müt (328). “Suçun yönelik olduğu kişi yerine diğer bir kişinin hedef alınmış olması daima azmettiren için önemli olmadığını kabul edilmesi anlamına gelmez” dedikten sonra, karardan anlaşıldığına göre eğer azmettirenin mağdur kişinin şahsı bakımından belirli herhangi bir kastının bulunmaması halinde durum böyledir. Bu karara esas olan olayda azmettirenin kastı bütün “kadın cinsinden olanlara yöneliktir” – OGHSt. 2/23 ve müt (32) de aynı doğrultuda karar vermiştir.

74) Hälschner, Goltd. Arch. Bd. 7/445 ve müt.; Strafrecht, I, 1881/418.

75) Josef Kohler, Studien I, 1890/142.

76) Frank, Kommentar 1931 StGB. md. 48 not. III, 4d.

77) Mezger, Lehrbuch 1931/437 ve müt.; Mezger’in Leipziger Kommentar’ındaki fikri bırak değildir. Leipziger Kommentar 1957 StGB. md. 48 not 3c.

78) Aynı fikir için bak: Pfothenauer, Gerichtssaal 1861/293 ve müt.; Paul Merkel, Grundriss 1927/182.; Sauer, All. Strafrechtslehre 1955/168 ve 222.; Storz, Leitfaden, 1956/71.; Schäfer de aynı kanıdadır. Schäfer in Dalcke, Kommentar 1955 StGB. md. 48 not 2.

79) Gerekçeler Halle a. d. Saale Schwurgericht’inin Rose’nin düştüğü hatanın ne sebeple önemsiz olduğunu belirten gerekçelerinin aynıdır. Bu hususta Rose’nin cezalandırılması bakımından yapılan açıklamalara bakınız.

lunduğu ve Rose tarafından işlenen fiili tüm olarak kapsayan bir azmettirme kastına sahip olduğu tezi böylece gerekçelendirilemez.

Rosahl'ın gerekli olan azmettirme kastına sahip olduğu hususu Ibach⁸⁰ tarafından da gerekçelendirilmeye gayret edilmiştir; Gerekçe şöyledir; Rosahl, Rose'nin herhangi bir insanı öldürmesini istememektedir. Tam aksine Rose belirli bir insanı dünyadan kaldırmalıdır. Ancak bu insan Rose'nin, Schliebe olarak kabul ettiği insan da olabilir.

Böyle bir düşünce tarzı ise gerçekte meydana gelen olayda tamamen mesnetsiz, keyfi bir iddia olur. Rose'nin, Schliebe zannı ile öldürdüğü herhangi bir kimsenin Rosahl tarafından da öldürülmesinin istendiği gerçeğe uymaz. Böyle bir iradenin varlığının kabul edilebilmesi için, Rosahl'ın, Rose bakımından bahis konusu olabilecek mevzudaki hata ihtimalini hesaba katmış olması şartına bağlıdır. Halbuki Rose'nin Schliebe yerine başka bir insanı öldürmesini Rosahl değil istemek, buna temas dahi etmemiştir. Rosahl, gerçek Schliebe'nin öldürülmesi dışında hiç kimsenin öldürülmesini istememektedir⁸¹. Bu sebeple, Ibach'ın görüşünün gerekçesinin mesnedi yoktur.

Rosahl'ın, Rose tarafından gerçekleştirilen kasten adam öldürme fiilinde azmettiren kastına sahip olduğunun açıklanmasına yönelik -görüldüğü kadarı ile- başka bir teşebbüs yapılmamıştır. Bununla beraber, Böhlau⁸², Schütze⁸³, Loening⁸⁴, Korn⁸⁵, v.Olshausen⁸⁶, Binding⁸⁷ ve diğer⁸⁸ bazıları Rosahl'ın azmettiren olarak sorumluluğuna aşağıdaki gerekçe ile karşıdirlar; Rose hata sebebiyle Schliebe'yi değil Harnisch'i öldürdüğüne göre, Rosahl'ın kendisinin yapmasını istediği fiilden başka bir fiil işlemiştir. Böylece, Rose tarafından gerçekleştirilen fiil Rosahl'ın kastı dışındadır. Bu sebeple Rosahl, Harnisch'e karşı işlenen adam öldürmede yalnız, az-

80) Ibach, Die Anstiftung, (Strfl. Abh. Heft 148) 1912/81.

81) Aynı görüşte olarak; Korn, Der Vorsatz des Anstifters, Diss. Göttingen 1902/41 ve müt.; Rothkugel, Der Irrtum über das Objekt der Straftat, Diss. Heidelberg 1909/56.; Binding, Normen III, 1918/214.

82) Böhlau, Der Kriminal-Prozess Rose und Rosahl 1859/25 ve 29.

83) Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen 1869/267.

84) Loening, Grudriss 1885/96.

85) Korn, Der Vorsatz des Anstifters, Diss. Göttingen 1902/39 ve müt.

86) v. Olshausen, Kommentar 1916 StGB. md. 48 not 15b. v. Olshausen'in daha sonra Niethammer tarafından devam ettirilen komentarımda Niethammer'in fikri değişiktir. Kommentar 1942 StGB. md. 48 not 7.; Aynı kommentarın 1927 basısında md. 48 not 15.

87) Binding, Normen III, 1918/213.

88) Bu görüşte olanlar; Gessler, Über den Begriff und die Arten des Dolus. 1860/240 not 3.; Borchert, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter 1888/64.; Berolzheimer, Die akzessorische Natur der Teilnahme 1909/35.; Ernst Schwartz, Kommentar 1914 StGB. md. 48 not 10d.; Rothkugel, Der Irrtum über das Objekt der Straftat, Diss. Heidelberg 1909/56.

mettiren olmayan sebep olandır (nicht anstiftender Veranlasser) fakat azmettiren değildir.

Bu fikre katılmak gerekir. Zira azmettirmenin kabulü için, asli maddi failin hareketinin kendisi üzerinde yapılan etki sebebiyle yaratılan tasavvura uygun olması gerekir⁸⁹. Yani, asli maddi failin yaptığı ile yapması gerekli olanın aynı olması lazımdır⁹⁰. Bahis konusu olayda ise bu aynıyet yoktur. Zira, Rose'nin yaklaşmakta olan insanı, yani Harnisch'i öldürmeye karar verdiği ana kadar yapmış olduğu hareket, Rosahl tarafından yaratılan tasavvura uygundur. Bu andan itibaren meydana gelenler Rosahl'ın kastının kapsamının dışındadır. Rose, Harnisch'i gördüğü an karşıdan gelen insanı zevk için öldürmeye karar verdiğinde nasıllı Rosahl azmettiren olarak kabul edilmezse, aynı şekilde Rose'nin hareketine sebep olan saik, yani zevk için adam öldürme yerine, hatta dışında, bahis konusu olan olay aynıdır ve Rosahl'ın azmettiren olarak kabulü imkansızdır⁹¹.

Bu itibarla Rose'nin içinde bulunduğu mevzuda hata, Rosahl'ın ceza sorumluluğu bakımından aynı etkiyi göstermez. Bahis konusu olay biraz değiştirilirse, bu hal daha da belirgin olarak görülebilir⁹². Rosa'yı kontrol etmek için Rosahl'ın onu takip ettiğini, olay mahalline geldiğini ve Rose kendisine yaklaşan Rosahl'ın Schliebe olduğunu zannettiğini ve ona ateş ettiğini, onu yalnız yaraladığını kabul edelim. Bu halde Rosahl kendisine karşı işlenen kasten adam öldürme suçuna teşebbüsün azmettireni olacak mıdır⁹³? Görülüyor ki, sonuç mantık dışındadır.

Bu yapılan açıklamalar ile aydınlığa çıkan husus şudur; Rosahl, Rose'yi işlemiş olduğu bu fiile azmettirmemiştir. Rose, Rosahl tarafından azmettirilmiş olduğu fiili işlememiştir. Rosahl, adam öldürme suçunun tamamlanmış değil, teşebbüs derecesinde kalmış olan adam öldürme suçunun azmettirenidir⁹⁴. Ancak, mevcut şartlar bakımından Rose'nin mevzuda hata yapabileceği ihtimali Rosahl tarafından öngörülebilir veya öngörülmesi zorunlu ise, bu halde Rosahl'a aynı zamanda taksirle adam öldürme suçu da yükletilebilir.

89) Bu sebeple azmettiren asli maddi failin yaptığı azmettirme dışındaki fiilleri sebebiyle sorumlu değildir.

90) Elbette azmettirenin kastının dışında bulunan ve fevkalade önemsiz olan tasavvur ile gerçekleşenler arasındaki fark, azmettirenin kastı bakımından önemsizdir. Ancak asli maddi failin yapmış olduğu hareket azmettirenin tasavvurunda tesbit etmiş bulunduğu mevzudan başka bir mevzu üzerinde netice meydana getirmiş ise, bu halde değişiklik önemlidir. Bu hususta aberratio ictus bahsinde açıklamalar yapılmıştır.

91) Bu kanı için bak. Böhlau, Der Kriminal-Prozess Rose-Rosahl, 1859/29.

92) O zaman Rosahl'ın müdafii tarafından verilen temyiz dilekçesinde bu husus belirtilmişti.

93) Bu hali kabul edenler olarak; Hälschner, Goltd. Arch. Bd. 7/448.; Siegel, Verwechslungsfälle bei Anstiftung, Diss. Göttingen 1895/42.

94) Ancak onun bakımından cezalandırılabilme imkanı yoktu. Zira Ceza kanununun 49a maddesine benzer bir hüküm o zaman Prusya Ceza Kanununda mevcut değildi.

Varılmış olan bu sonuç şöyle bir düşünce tarzının belirmesine sebep olabilir; Eğer Rose kendisine Rosahl tarafından Schliebe'nin yerine Harnisch'in öldürülmesi görevinin verildiği kanısına, yanlış anlama sebebiyle, varmış ve şahsi niteliklerini bildiği Harnisch'i öldürmüş olsa idi, bu halde Rosahl'ın sapma içinde bulunduğu (aberratio ictus) kolaylıkla görülürdü. Zira, Rosahl tarafından harekete getirilen illi seri, Rose'nin, Rosahl'ı yanlış anladığı ve Harnisch'in öldürülmesine karar verdiği an, kendisine verilen yönü terk edip önemli olan diğer bir istikamete yönelmiş olmaktadır. Böylece Rosahl tarafından planlanan azmettirme asli maddi failin kastında yön değiştirmiş olacaktır. Ve bu da Rosahl için -aynen inceleme konusu olan olayda olduğu gibi- adam öldürmeye azmettirmeye teşebbüs olup, şartlar mevcut olduğu takdirde taksirle adam öldürme suçunun varlığını da sonuçlayacaktır. Böyle olunca, bahis konusu olayda Rosahl için sapmanın bahis konusu olabileceği şeklinde bir soru ortaya çıkmaktadır. Bu soruyu olumlu kabul etmek gerekir⁹⁵. Hatta buradaki sapma daha sonraki bir zamanda, yani ilk olarak Rose hataya düştüğü ve karşıdan yaklaşmakta olan insanı öldürme kararını verdiğiinde meydana gelmektedir. Ancak, tespit edilen gayenin gerçekleşmemiş olması hali, Rosahl için öngörülen ve Schliebe'nin ölümü gayesine yönelik olarak gerçekleştirdiği azmettirmenin berterafına sebep olmaz.

Buna karşı asli maddi failin suç işlemeye yönelik karar vermiş olması ile azmettirmenin tamamlandığı görüşü kabul edilince, bazı itirazlar yapılabilecektir⁹⁶. Ancak durum böyle değildir⁹⁷. Asli maddi fail suç bakımından kararın icrasına henüz başlamadıkça, azmettirme bu zamana kadar henüz teşebbüs halindedir. Azmettirmenin tamamlanmış olabilmesi için, asli maddi failin fiili icra etmesi gerekir⁹⁸. Bu zamana kadar sapma da mümkün-

95) Aynı nitelikte; Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen 1869/267.; v. Hippel, Strafrecht II, 1930/464 de aynı kanıdadır. Bundan başka Hellmut Mayer, Strafrecht 1953/323 de aynı kanıdadır.

96) Bu fikirde olarak; Loewenheim, Der Vorsatz des Anstifters (Strfl. Abh. Heft 9) 1897/27 ve müt.; Sauer, All. Strafrechtslehre 1955/220.

97) Bu ne o zamanın ne de bugünkü hukukun kabul ettiği şeklidir.

98) Bu görüş için bak; RGSt. 64/223 ve müt (224).; Schütze, Lehrbuch 1874/153.; Borchert, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, 1888/53 ve müt.; Korn, Der Vorsatz des Anstifters, Diss. Göttingen 1902/13 ve müt ve 40.; Finger, Lehrbuch, I, 1904/346.; Röhrich, Die rechtliche Natur der Anstiftung (Strfl. Abh. Heft 163) 1913/3 ve 12 ve müt.; v. Olshausen, Kommentar 1916 StGB. md. 48 not 2.; v. Liszt, Lehrbuch 1919/218.; Max Ernst Mayer, Lehrbuch 1923/393.; Niethammer in v. Olshausen Kommentar 1927 StGB. md. 48 not 2.; Lobe, Leipz. Kommentar 1929 StGB. md. 48 not 2b.; Beling, Grundzüge 1930/60.; Frank, Kommentar 1931 StGB. md. 48 not II.; Mezger, Lehrbuch 1931/434.; Studienbuch I, 1957/231.; Leipz. Kommentar 1957 StGB. md. 48 not 2.; Gerland, Lehrbuch 1932/198.; Eberhard Schmidt, in v. Listz-Schmidt, Lehrbuch 1932/334.; v. Weber, Grundriss 1948/71.; Hellmut Mayer, Strafrecht 1953/191.; Moser, All. Teil des Strafgesetzbuches, 1953/191.; Maurach, Lehrbuch I, 1954/552.; Storz, Leitfaden 1956/34.; Welzel, Strafrecht 1956/93.; Petters, Strafgesetzbuch, 1957/53.

dür. Bu hal daima asli maddi failin kendisini harekete getiren iradesinde belirtilmiş olan mevzudan başka bir mevzuyu etkilemesi durumunda ortaya çıkar. Buna göre, bahis konusu olayda Rose bakımından mevcut mevzuda hata, Rosahl için sapma olarak ortaya çıkmaktadır.

Prusya Yüksek Mahkemesinin Rosahl'ı adam öldürmeye tamamlanmış azmettirmeden suçlu bulan hükmüne bu sebeple bir dereceye kadar katılmak mümkün değildir. Ancak şunu da kabul etmek gerekir ki, Prusya Yüksek Mahkemesi o zaman, bugün mevcut olmayan -aradan 100 sene geçmiştir- zorluklarla karşılaşmıştır. Binding'in⁹⁹ haklı olarak belirttiği gibi "fevkalade dikkat çeken olaylar üzerine ceza hukuku doğmatığının ortaya çıkması ekseri halde bir yarar sağlamamaktadır", "Hassas olan doğmatik , olay hakkında karar vermek isteyen hırslı ilgililerce kolaylıkla bozulmaktadır. Rose-Rosahl olayı için suça sebep olan şeririn, en az asli maddi şerir ile aynı sorumluluğa tabi olması arzu edilmiştir. Olay doğmatik meselelerin daima canlı kalmasına sebep olmuş ise de, bu etki olumsuzdur".

99) Binding, Normen III, 1918/210 ve müt.