

**AKİM KALMIŞ AZMETTİRMEDE
CEZAI SORUMLULUĞUN İLKE VE SINIRLARI
-AYNI ZAMANDA HAMM EYALET YÜKSEK
MAHKEMESİNİN KARARININ TARTIŞILMASI (OLG
HAMM V. 22.10.1991 - L WS 249/91*)-**

*Grund und Grenzen der Strafbarkeit der
mißlungenen Anstiftung
- Zugleich eine Besprechung des Beschlusses des
OLG Hamm v. 22.10.1991 - l Ws 249/91-*

Yazar: Professor Dr. René Bloy, Freiburg/Br**

Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR***

* Bkz aşağıda s. 521. (Bu dipnottaki sayfa numarası, künyesi verilen mahkeme kararının çalışmanın yayınlandığı *Juristisch Rundschau* isimli derginin 1992 tarihli 12'inci sayısında bulunduğu yerin sayfa numarasını ifade etmektedir.). Karar için ayrıca bkz. beck-online, erişim tarihi: 30.07.2019).

** Ceza hukuku profesörü olan *René Bloy* hakkında bkz https://de.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9_Bloy. Çalışmanın orijinal metni için bkz René Bloy, "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung", *JR/Heft 12*, 1992, 493-97. **Çalışma, yayımlamak amacıyla yazarın izni alınarak tercüme edilmiştir.** Çalışmanın orijinalinde bulunmayan Türkçe özet, genişletilmiş özet (*extended abstract*), kaynakça ve Almanca kısaltmaların Türkçe karşılıklarının olduğu başlıklar ile çevirenin notu şeklinde açıklamaların yapıldığı dipnotlar çeviren tarafından oluşturulmuştur.

*** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: sercantokdemir28@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9749-688X.

Makale Geliş Tarihi: 13.11.2023

Makale Kabul Tarihi: 15.06.2024

⇒ Atıf Şekli: René Bloy "Akım Kalmış Azmettirmede Cezai Sorumluluğun İlke Ve Sınırları - Aynı Zamanda Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesinin Kararının Tartışılması (OLG Hamm v. 22.10.1991 - L WS 249/91*)-", Çeviren: Sercan Tokdemir, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 1133-1155.

ÖZET

Suçta şerikliğin bir türü olan azmettirmenin cezalandırılabilmesi için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenen fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, teşebbüs aşamasında kalmış bir asıl fiilin varlığı şarttır. Aksi halde azmettirenin, sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Asıl fiilin işlenmediği, yani azmettirmenin kendisinin teşebbüs aşamasında kaldığı durum doktrinde akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) olarak ifade edilmektedir. Azmettirenin akim kalmış (zincirleme) azmettirmeden dolayı sorumlu tutulmasına ilişkin Alman Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında genel bir düzenleme yapılmıştır. Alman hukukunda akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmasının gerekçesi, hukuksal değerlerin tehlikeye girmesine yol açmak suretiyle olay üzerinde hâkimiyet kaybının tehlikeliliğine (*Kontrollverlust über das Geschehen*) dayandırılmaktadır. Buna göre bir kimseyi azmettirmekle; olay üzerinde hâkimiyet kaybı gerçekleşmekte, azmettiren ikna konusunda elinden geleni yaparak kriminal olayı elinden çıkarmakta ve artık hakimiyetini kuramayacağı nedensel bir süreci başlatmaktadır. Türk hukukunda ise bu fiilin cezalandırılmasına ilişkin kanunda genel bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak doktrinde azmettirmenin başlı başına bir haksızlık teşkil ettiğinden hareketle bu fiilin cezalandırılması gerektiği artık kabul edilmektedir. Çevirisi yapılan bu çalışmada mezkûr hükmün bir alt vakası olarak akim kalmış azmettirmede ceza sorumluluğunun prensipleri ve sınırları; Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 22.10.1991 tarih ve L WS 249/91 sayılı kararı çerçevesinde bu fiilin objektif ve sübjektif unsurları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Haksızlık, Akim kalmış (zincirleme) azmettirme, Azmettirmeye teşebbüs, Bağlılık Kuralı, Kontrol kaybı.

EXTENDED ABSTRACT

Instigation in criminal law means making someone, who does not yet have an idea about committing a certain crime, decide to commit the

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



crime. In order to hold the instigator responsible for participation, there must be an act that was committed intentionally and unlawfully and reached at least the stage of attempt. If the perpetrator does not begin the execution of the act directly, he/she cannot be held responsible for the participation since the quantitative element of the accessoriness rule is not yet fulfilled. In that case, where the main act was not committed and the instigation was attempted, a general provision regarding the punishment of the instigator has been regulated in the German Criminal Code (GCC). The first paragraph of Art. 30 of the GCC stipulates that a person who attempts to instigate someone else to commit a crime or to instigate a crime shall be liable according to provision regulating criminal attempts. The principles of criminal attempt are applied and the penalty of the instigator is determined by making a reduction under German Law. However, attempted instigation is punishable in crimes that require at least one year's imprisonment.

In this translation study, the decision of the The Hamm Higher Regional Court (*OLG Hamm*) dated 22.10.1991 and numbered L WS 249/91 is analyzed and the principles and limits of the criminal liability of the instigator in cases of unsuccessful (successive) instigation in criminal law are discussed. First of all, the place of the aforementioned provision of the GCC within the general systematics of the code is addressed. Under this title, the concepts of "attempted instigation" and "failed/unsuccessful instigation" are discussed in terms of terminology in terms of the doctrine of complicity. *Bloy* argues that although the concept of attempted instigation is technically incorrect, it is more preferred in doctrine and case law, that since the attempt and completion of the act are associated with participation and the rules concerning attempted instigation are applied, the concept of *versuchte Anstiftung*, meaning "attempted instigation", should not be preferred and thus, the concept of *mißlungene Anstiftung*, meaning "unsuccessful/failed instigation" is preferred in the study. However, in our opinion, it is clear that attempted instigation is inconclusive/resultless/unsuccessful instigation and it can be justified to use the concept "failed instigation" to express that the instigation was not completed for any reason. However, the concept of attempted instigation best explains the minimum criminal liability of the instigate both conceptually and in terms of the technique of criminal law. Moreover, attempted instigation is a more general concept that includes all types of attempted instigation. In

addition, it has been concluded that the aforementioned provision is neither in the field of participation nor in the field of attempt doctrine, on the contrary, it is a provision concerning the criminal liability of the instigator preliminary to participation.

Attempted instigation has been considered as a sub-title of Art. 30 of the GCC and explained as a situation in which the instigator fails to make the perpetrator decide to commit the act, and it has been stated that there is a failed case of chain instigation in the present case regarding the decision. It should be noted that in German law, both in practice and doctrine, the punishability of attempted successive instigation, which is considered worthy of punishment as a particular form of attempted instigation, has also been accepted at the normative scale. In this context, the difference between attempted chain instigation and instigation of attempted instigation is mentioned and the difference between the reference points of failure in both is indicated. In attempted chain instigation, this failure depends on whether the perpetrator (the main instigator) attempted to provide another instigator for his/her plan.

In the following part of the study, the formula in attempted instigation as “The instigator must have concretized the act in such a way that the other person can commit it if he wishes.” is explained and the ambiguity of such expression is mentioned. Then, the subjective and objective elements of criminal liability (*mens rea* and *actus reus*) in attempted instigation are explained in detail.

The intent of the instigator (*Anstifervorsatz*), which is an element of instigation is also a subjective condition in attempted instigation. However, the intent concerning instigative explanation must be serious. The seriousness of the intent means that the addressee takes the explanation seriously and at least the presumptive intent (*bedingter Vorsatz*) regarding the main act within the scope of the intent should be realized. Besides, the act of instigation, which is meant to be serious, requires that the instigator foresee that another person may eventually commit the act because he/she invited it. The aforementioned formula is allocated the subjective aspect of the act. However, the formula is also expressed as an explanation of the objective wrongdoing of the act. The ambiguity as to whether the formula relates to the objective or the subjective aspect of the act has also been the subject

of jurisprudence. *OLG Hamm* does not regard the formula as a criterion for determining the minimum concretization of the act plan in the person of the perpetrator, but rather as a criterion for determining the external (objective) stage of the act's realization, at least in the case of an attempted chain instigation. The reasons for punishing this act within the scope of the objective conditions of criminal liability in attempted instigation are discussed and the opinions put forward upon this subject are argued.

The justification for the punishment of this act within the scope of the objective conditions of criminal liability in the case of attempted instigation are discussed and the views put forward on this issue are given. The first of these views is based on the conspirative danger of the wills of the participants, the other on the instigator's activation of an independent causal process that will continue and the loss of dominance (influence/control) over this process being attributed to a certain moment of danger. Basically, the first view is not suitable for explaining the justification for the punishment of attempted instigation. However, *OLG Hamm* directly relies on this reason. In our opinion, by instigating another, the instigator initiated the criminal causality process, which is independent and over which his/her dominance can not be established anymore, and has lost dominance over the event. Loss of influence requires that the instigator, who decides to commit the act of instigation, already contribute to the main act and thus dispose of the case. Therefore, in a punishable attempted instigation, it is not necessary for the message to reach the addressee (whether the potential main perpetrator or the potential second instigation) in a sufficiently clear manner for the act to be committed. Because the punishment for attempted instigation depends on the person who decided to instigate realizing his contribution to the crime, or rather, getting rid of his contribution. However, *OLG Hamm* in its decision is of the opinion that the message must reach the addressee. In the paper, within the scope of objective typicality (*actus reus*), on the basis of the distinction between preparation for the act and attempt, the issue of when the direct execution of the instigation should have started in attempted instigation and, here, whether the message containing the instigative explanation should reach the addressee has been discussed. In addition, on the basis of the distinction between establishment and loss of dominance, a discus-

sion has been given regarding the beginning of the attempt in indirect perpetration and attempted instigation.

Keywords: Wrongdoing, Failed (chain) instigation, Attempted instigation, Accessoriness rule, Loss of dominance.

—

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (Strafprozessordnung, **StPO**) 210. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, davanın açılmaması kararına (Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 204. maddesi) karşı savcılığın derhal şikâyetle bulunmasına ilişkin kararın bir parçası olarak, Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, suçun infazının muhtemel faili için daha fazla olgusal açıklama gerektirmesi nedeniyle mümkün olmaması halinde, cezai açıdan başarısız/akim kalmış¹ (zincirleme) bir azmettirmenin hali hazırda mevcut olup olamayacağı sorusunu ele almıştır. Bu, Ceza Kanunu'nun (Strafgesetzbuch, **StGB**) 30. maddesinin 1. fıkrasının temel anlayışını etkilemektedir. Bu nedenle Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, bu hükümün daha ayrıntılı olarak incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.

¹ **Çevirenin notu:** *Bloy*, azmettirmeye teşebbüs kavramının teknik olarak hatalı bir kullanım olmasına rağmen doktrinde ve içtihatlarda daha çok tercih edildiğini, fiile ilişkin teşebbüs ve tamamlanmanın iştirak ile ilişkilendirildiğini ve fiile teşebbüse ilişkin kurallara müracaat edildiğinden “azmettirmeye teşebbüs” anlamına gelen *versuchte Anstiftung* kavramının tercih edilmemesi gerektiğini ileri sürmüş ve bundan hareketle çalışmada “başarısız/akim kalmış azmettirme” anlamına gelen *mißlungene Anstiftung* kavramını tercih etmiştir (bkz Bloy, “Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung”, 494, dn 7). Azmettirmeye teşebbüsün sonuçsuz/neticesiz/başarısız azmettirme olduğu açıktır ve azmettirmenin herhangi bir sebeple tamamlanmadığını ifade etmek için akim kalmış azmettirme kavramının kullanılması haklı görülebilir. Ancak azmettirenin asgari ceza sorumluluğunu hem kavramsal hem de ceza hukukunun tekniği bakımından en iyi anlatan azmettirmeye teşebbüs kavramıdır. Bunun yanında, azmettirmeye teşebbüs, azmettirmeye teşebbüsün tüm türlerini ihtiva eden daha genel bir kavramdır. Başarısız, akim kalmış ve neticesiz kavramları azmettirmeye teşebbüsün türleri için kullanılır. *Bloy*'un çalışmada kullandığı *mißlungene Anstiftung*, failin fiili işleme kararını almadığı ve fakat azmettirme fiilinin işlendiği azmettirmeye teşebbüs türüdür. Azmettirmeye teşebbüsün bu türünde azmettiren failin fiili işleme kararını almasında başarılı olamaz. Bir diğer ifadeyle, azmettirenin tüm ikna çabalarına rağmen fail suç davetine olumsuz yanıt verir. Bu yüzden, yazarın çalışmada kullandığı *mißlungene* kavramı azmettirmeye teşebbüsün tüm türlerini değil, sadece bir türüne karşılık gelmektedir. Sonuç itibarıyla azmettirmeye teşebbüs; daha açık, anlaşılır ve bütün türlerini kapsayıcı bir kavramdır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Sercan Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 187 vd, 213-18.

I. CEZA KANUNUNUN 30. MADDESİNİN 1. FIKRASININ, GENEL HÜKÜMLER SİSTEMATİĞİNDEKİ YERİ

Kanun koyucu, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde cezalandırdığı davranış biçimlerini "iştirake teşebbüs" başlığı altında düzenlemiştir. Buna uygun olarak azmettirme bakış açısıyla Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında azmettirenin bir başkasını bir cürüm işlemeye azmettirmeye teşebbüs etmesinden bahsedilir. Bu formülasyon, fiile teşebbüsün iştirak üzerinde bir rol üstlenebileceğini düşündürmektedir. Bundan dolayı literatürde ve içtihatlarda olsa olsa teknik olmayan anlamda kabul edilebilir ve meseleye ilişkin olarak kafa karıştırıcı olmasına rağmen her yerde haklı olarak tabiatı gereği azmettirmeye teşebbüsten bahsedilmektedir. Fiile teşebbüs ve fiilin tamamlanması kategorileri fiile iştirak etmeye ilişkin bir yapıya değil, aksine fiilin bizatihi kendisine dayanır. Ceza Kanunu'nun 22. maddesi faillğe teşebbüsü değil, faillik şeklinde işlenen teşebbüsü ifade eder. Şeriklik dikkate alındığında azmettirenin hatta yardım edenin fiile teşebbüsten dolayı sorumluluğu, yani teşebbüse şerikliği (teşebbüs aşamasında kalmış şerikliği) söz konusu olabilir.

Kelimenin gerçek anlamıyla azmettirmeye teşebbüs ancak azmettirme ile yardımın birbirinden bağımsız suç tipleri olarak anlaşılması durumunda mümkün olabilir. Genellikle iştirak suçu doktrini olarak adlandırılan bu görüş, iştirakçinin münhasıran kendi işlediği haksızlıktan sorumlu olduğu ve bu haksızlığın asıl fiilin haksızlığından (ana suçtan) kaynaklanmadığı fikrine dayanmaktadır.²

Dolayısıyla, iştirakin, bağımsız olduğu anlaşılanlar için cezai sorumluluk üzerinde sınırlayıcı bir etkisi olduğu kabul edilir ve her koşul altında cezai sorumluluk tesis etme işlevi reddedilir; bu da iştirak etmeyen bir iştirake (şerikliğe) teşebbüsü düşünülebilir kılar, ancak öte yandan tek tip olma eğiliminde olan bir haksızlık yapısı anlamına gelir ki bu da, yasal hükmün dayandığı bir suç işleme (faillik) ve suçta iştirak sistemi modeline ters düşer.³

² Şeriklik suçu görüşünü savunan Schmidhäuser Eberhard, *AT*, 2. Aufl, 1975, 14/1 vd; onu takip eden örneğin M.-K. Meyer, *GA*, 1979, 252 vd; şeriklik suçu görüşü farklı şekillerde savunulmaktadır. Örnek olarak ayrıca krş Klaus Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, özellikle 117 vd; Walter Sax, *ZStW* 90, 1978, 927 vd, özellikle 956 vd (zum „Teilnehmerdelikt der versuchten Anstiftung"); Rolf Dietrich Herzberg, *GA*, 1971, 1 vd.

³ Şeriklik suçu öğretisi hakkında daha detaylı tartışma için bkz René Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, 172 vd.

Şu halde “şerikliğin teşebbüsü”, yani şerikliğe teşebbüs en azından mevcut kanun hükmü bağlamında bağlılık kuralı aracılığıyla iştirak formlarının şekillendirildiği bir hüküm olarak tanımlanırsa kavramsal olarak bir başarısızlık durumunun oluşturulması, Ceza Kanunu’nun 30. maddesinde gerçekten şerikliğin dışında sadece iştirakin ön aşamasında duran şerikliği ifade eder.⁴ Bundan hareketle Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrasında teşebbüse ilişkin hareket biçimleri, Ceza Kanunu’nun 22. maddesindeki ölçütlerle bağdaştırılmaz-tam aksine bağımsız olarak tanımlanır.⁵ Somut terimlerle bunun ne anlama geldiği ayrıca gösterilecektir. Bu noktada, bunun doğrudan kanun metniyle uyuşmadığı⁶ vurgulanmış olsa bile aynı kavramın farklı olgusal bağlamlarda kullanılması kavramın farklı şekillerde yorumlanmasını hiçbir şekilde yasaklamaz. Aksine bu, amaçsal yorumun bir gereğidir.⁷

Her şeyden önce, Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrasının ne iştirak öğretisi ne de fiile teşebbüs öğretisi alanında yer alan bir hüküm olduğu belirtilmelidir, aksine ön alanda cezai sorumluluğa dayanan bir hükümdür, daha doğrusu burada haksızlık içeriği bağlılık kuralıyla açıklanamayan özel nitelikte bir hazırlık hareketinin ceza hukukunun koruma fonksiyonu ile öne çekilmesi durumu vardır. Terminolojik olarak iştirak formuna ilişkin bir fiile teşebbüs durumu olduğundan bahsetmeksizin hükmün dikkate alınması gerekir.

⁴ Detaylı bkz Bloy, 185, 191, 255. Burada olduğu gibi ayrıca örneğin Claus Roxin, *LK*, 10. Baskı, 1985, §30, kn 2; ve (detaylı bkz) Klaus Letzgos, *Vorstufen der Beteiligung*, 1. Aufl (Berlin: Duncker & Humblot, 1972), 211 vd, özellikle 219 vd.

⁵ Aynı şekilde örneğin Günter Stratenwerth, *AT I*, 3. Baskı, 1981, kn 917; Eser, *Strafrecht II*, 3. Aufl (München: C. H. Beck, 1980), Num 47 A 19; Erich Samson, *SK StGB*, 5. Baskı, t.y., §30, kn 14; Letzgos, *Vorstufen der Beteiligung*, 41, açıklama 89; Rolf Brose, “Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§49 a StGB)” (Diss., Köln, 1970), 116 E; ayrıca Horst Schröder, “Grundprobleme des §49a StGB”, *JuS/Heft 7*, 1967, 289 vd; bununla birlikte daha eski bir görüşe atıf yapılmaktadır ki bu da, konu ile ilgili biraz farklı formüle edilmiş önceki kurallara değinmektedir. Jost-Dietrich Busch, “Die Strafbarkeit der Erfolglosen Teilnahme und die Gesischte des 49a StGB” (Marburg, Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Marburg, 1964), 172 vd.

⁶ Fakat bkz Roxin, *LK*, § 30 kn 15.

⁷ Alm CK md 274/f 1 Num 1’de yer alan ve dilin olağan kullanımının aksine, mülkiyet yapısına değil, delil sunma yetkisine atıfta bulunan aidiyet (ait olma) kavramı tartışmasız bir örnektir.

II. CEZA KANUNUNUN 30. MADDESİNİN 1. FIKRASININ BİR ALT VAKASI OLARAK AKİM KALMIŞ AZMETTİRME

Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde, akim kalmış azmettirmenin (*missglückten Anstiftung*)⁸ görünüş şekilleri arasında farklı ayırımlar yapılmaktadır. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, bu kararında somut olayın yasal olarak nitelendirilmesinde başarısız azmettirme olarak bilinen akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) türünü dikkate almıştır. Akim kalmış azmettirme, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası hükmünün alt başlığı olarak azmettirenin failde fiili işleme kararının aldırılmasında başarılı olamadığı bir durum demektir.⁹ Bu, akim kalmış azmettirmenin ilginç bir durumudur ki, burada azmettirme erken bir aşamada sıkışıp kalmaktadır.

Bu, başarısız bir suç işlemeye (zincirleme) azmettirme vakası olduğundan, başarısızlık, ikinci azmettirici olarak hareket etmesi beklenen özel dedektif B'nin işe alınmasıyla ilgili olmalıdır. Ancak B, S'nin karısı için bir katil bulma talebini sadece bir bahane olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte, B tarafından yürütülen faaliyetler başarısız olmamıştır, çünkü bunlar S tarafından amaçlanan başarıya ulaşmayı hedeflememişlerdir ve B tarafından başka bir kişiyi cinayet işlemeye (öldürmeye) azmettirme kararına dayanmamaktadırlar.

III. AKİM KALMIŞ ZİNCİRLEME AZMETTİRME VE AKİM KALMIŞ AZMETTİRMENİN AZMETTİRİLMESİ

S'nin neden olduğu olaylar nihayetinde–burada gerçekleşmeyen–akim kalmış azmettirmeye azmettirmeden ayrılan akim kalmış zincirleme azmettirmeden dolayı cezalandırılabilir.¹⁰ Bu durum iki neden-

⁸ Fiile teşebbüs terminolojisine dayanmayan bu kavramın, -bu alanda çok kullanılmayan, fakat kullanılmaması objektif olarak yanlış olan- kullanılmasını öneriyorum. Akim kalmış azmettirmenin görünüm şekilleri ve alışlagelmiş tanımlamaları hakkında bkz Roxin, *LK*, §30 kn 11. **Çevirenin notu:** Kavrama yönelik eleştiriler hakkında bkz Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*, 187-94.

⁹ Akim kalmış azmettirme (*misslungene Anstiftung*) Dreher tarafından oluşturulan bir kavramdır. Eduard Dreher, "Grundsätze und Probleme des §49a StGB", *GA*, 1954, 14.

¹⁰ **Çevirenin notu:** Akim kalmış zincirleme azmettirme; akim kalmış, azmettirmeye azmettirme (*misslungene Kettenanstiftung*) veya akim kalmış azmettirmeye, azmettirme (*Anstiftung zur misslungenen Anstiftung*). Kavram karışıklığını önlemek için azmettirmeye teşebbüs kavramının kullanılması daha yerinde bir tercih olur. Bu ayırım şu şekilde ifade edilebilir: Azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs (ver-

den dolayı önemlidir. Bu nedenlerden biri, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası hükmünün sistematik bağlamından hareketle akim kalmış azmettirmeye, azmettirmenin cezalandırılabilir olduğu sonucunun çıkarılması mümkünken¹¹, hükmün açık lafzıyla akim kalmış zincirlemeye azmettirmenin de cezalandırılabilmesidir.¹² Bir diğer neden, başarısızlığın referans noktasının farklı olmasıdır. Akim kalmış zincirleme azmettirmede bu başarısızlık, failin (asıl azmettirenin) kendi planı için bir (başka) azmettireni temin etmeye teşebbüs edip etmediğine bağlıdır.

Akim kalmış zincirleme azmettirme hareketinin haksızlığı, daha ziyade gelecekte ilk azmettirenin talimatlarına gerek kalmaksızın faili azmettiren ikinci azmettirenin ilk azmettiren tarafından harekete geçirilmesine dayanır. Failin, ikinci azmettiren tarafından Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin tipikliğine uygun olarak azmettirilmesi imkânı (ihtimali), ikinci azmettirme faaliyeti sonucunda asıl failin en azından teşebbüs aşamasında kalmasını gerektirir; bu kavrama göre bu, artık ilk azmettirenin failin işlenmesine yönelik bundan sonraki (gelecekteki) katkısına dayandırılmaz.

suchte Anstiftung zur Anstiftung) ve azmettirmeye teşebbüse azmettirme (*Anstiftung zur versuchten Anstiftung*). Bkz Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*, 112. Birincisinde zincirin ilk basamağında başarısızlık gerçekleşir, yani failin azmettirilmesi aşamasına geçilmeden aracı azmettirmede süreç biter. Bkz Richard Busch, "Zur Teilnahme an den Handlungen des §49a StGB", içinde *Festschrift für Reinhart Maurach*, ed. Friedrich-Christian Schröder ve Heinz Zipf (Karlsruhe: C. F. Müller, 1972), 249. İkincisinde bir kimse önce bir başkasını suç işlemeye azmettirmesi için azmettirir. Yani aracı azmettireni azmettirmeye ikna eder ve azmettirme tamamlanır. Ancak faili azmettirecek olanın (aracı azmettirenin) azmettirmesi teşebbüs aşamasında kalır, yani başarısız olur. Azmettirmeye teşebbüse azmettirmede azmettirmenin başarısız olması azmettirme zincirindeki aracı azmettirenin kaynaklanır. Zincirdeki asıl azmettirenin talimatları üzerine harekete geçirilen aracı azmettiren faili azmettirmeye teşebbüs eder. Ancak failin fiili en azından teşebbüs aşamasına varmadığından azmettirme başarısız olur. Bkz. Klaus Geppert, "Die versuchte Anstiftung (§30 Abs 1 StGB)", *JURA/Heft 10*, 1997, 551.

¹¹ Bu, eski Ceza Kanunu'nun 49a hükmünün kapsamı bakımından da geçerliydi. Durum henüz böyle olmayıp bu nedenle tartışmalıdır, bkz Letzgas, *Vorstufen der Beteiligung*, 147; Roxin, *LK*, §30 kn 45, diğer kaynaklar.

¹² Adolf Schönke, Horst Schröder, ve Peter Cramer, *StGB*, 24. Baskı, 1991, §30, kn 35; bu problem için Roxin, *LK*, §30, kn 46.

IV. “AZMETTİREN, FİİLİ DİĞER KİŞİNİN İSTEDİĞİ TAKDİRDE İŞLEYEBİLECEĞİ ŞEKİLDE SOMUTLAŞTIRMIS OLMALIDIR” FORMÜLÜNÜN BELİRSİZLİĞİ

Akim kalmış zincirleme azmettirmenin haksızlığı için Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından ileri sürülen hipotez, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasına göre cezai sorumluluğun asgari koşullarıyla ilgili ortaya çıkan soruna karşılık gelmektedir.-çünkü genel olarak akim kalmış “temel” azmettirme için cezai sorumluluk bu şekilde tespit edilir.- buna kıyasla başından beri, “asıl fail olarak tasarlanan kişinin ne zaman isterse fiili işleyebileceği” formülünün akim kalmış azmettirme için bir koşul olup olmadığı muhafaza edilmektedir.-görüldüğü üzere- akim kalmış zincirleme azmettirme için de *mutatis mutandis*¹³ gerçekleşmektedir.

İçtihatların¹⁴ ve doktrinin¹⁵ şimdiye kadar bu formülü kullandığı kadarıyla davranışın tamamen veya en azından sadece dışsal yönünün kastedilmediğine dikkat edilmelidir. Bununla birlikte, öncelikle bir başkasının, fiil planının tamamını bildiği zaman fiili işleyebilmesi için bu fiilin, azmettirme fiilini icra edenin tasavvurunda somutlaştırılmış olması gerektiği önemlidir ve azmettirenin, muhatabın (failin) onun açıklamaları temelinde hareket edeceğini öngörmesi gerekir. Bu, fiilin sübjektif yönüne ilişkindir. Ölçütün birden fazla anlama gelmesi (belirsizliği), elbette daha fazla anlaşılmasına müsaade etmemektedir. Bu yüzden, sübjektif unsurların objektif unsurlardan ayrılması gerekir.

¹³ Diğer bir ifadeyle, muhtemel ikinci azmettirenin birinci azmettiren tarafından kendisi için belirlenen rolü devralmasının ayrıca varsayımsal olarak kabul edilmesi gerekir. Elbette ki, muhtemel asıl failin ilk azmettirenin teklifi hakkında gerçek bir bilgi edinme ihtimaline sahip olması gerekmez; çünkü akim kalmış zincirleme azmettirme durumunda eksik olarak tanımlanan muhtemel ikinci azmettirenin fiili gerekir.

¹⁴ Bu, yayınlanmamış BGH-Urteil v 2.9.1969 - I StR 280/69 kararından gelmektedir; ancak bu formülle ortaya konulan düşüncenin (içtihatlarda) önceden kabul edildiği BGHSt 18, 161 kararı ile krş.

¹⁵ Maurach ve Karl Heinz Gössel, *AT 2*, 7. Baskı, 1989, §53, kn 20; Roxin, *LK*, §30, kn 24; Eduard Dreher ve Herbert Tröndle, *StGB*, 45. Baskı, 1991, §30, kn 7; Karl Lackner, *StGB*, 19. Baskı, 1991, §30, kn 3.

V. CEZAI SORUMLULUK İÇİN FORMÜL VE SÜBJEKTİF KOŞULLAR

Genel prensip olarak denilebilir ki, Ceza Kanunu'nun 26. maddesine göre azmettirme için aranan azmettirenin kastı akim kalmış azmettirme için de aranan bir koşuldur.¹⁶ Bu bağlamda, geleneksel olarak (kabul edildiği üzere) azmettirme açıklamasına ciddi bir şekilde (*ernst*) kastedilmiş olunması gerekir.¹⁷ Günümüzde bunun salt anlamda bir kast problemi olduğu genel olarak kabul edilmektedir.¹⁸ Sonuç olarak "ciddilik" ölçütü, muhatabın açıklamayı ciddiye alması ve ardından kastedilen fiili işlemesi bakımından en azından olası kastın mevcut olması gerektiği anlamına gelir. Bununla birlikte, bu anlamda ciddi olması gerektiği kastedilen azmettirme davranışı (fiili), azmettirenin fiile davet etmesi nedeniyle bir başkasının nihayetinde fiili işleyebileceğini öngörmesini gerektirir. Suça davet eden kişinin bakış açısıyla durum, başkasının ne zaman isterse fiili işleyebileceği şekilde olmalıdır. Aksi halde kast unsuru (daha doğrusu aynı şekilde ciddiyet unsuru) eksik kalır. Bunu izah eden, "azmettiren, fiili diğer kişinin istediği takdirde işleyebileceği şekilde somutlaştırmış olmalıdır." formülü, fiilin sübjektif yönüne özgülümlenmektedir.¹⁹ Burada, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasındaki fiilden dolayı cezai sorumluluğa ilişkin koşul anlatılmaktadır.

¹⁶ Aynı yönde Roxin, *LK*, §30, kn 17; Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn 5; bir başka görüş için bkz Sax, 959.

¹⁷ Örneğin, Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn 26; Schröder, "Grundprobleme des §49a StGB", 294; RGSt 15, 360; BGHSt 7, 238.

¹⁸ Aksi yönde Roxin, *LK*, §30, kn. 18; Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn. 26; Schröder, "Grundprobleme des §49a StGB", 294.

¹⁹ Bu anlamda açıklık için Roxin, *LK*, §30, kn 24; ayrıca krş Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB* Schönke, Schröder and Cramer (n 13), §30, kn 28 (ancak burada formül açık bir şekilde görünmemektedir.); daha fazlası için BGHSt 18, 161, (azmettirilenin katılımı olmaksızın fiilin uygulanmazlığı ciddiyet sorunuyla ve dolayısıyla fiilin sübjektif yönüyle de bağlantılandığı yer, bunun için Roxin, *LK*, §30, kn 19; Dreher ve Tröndle, *StGB*, §30, kn 9; ayrıca daima bilginin muhataba ulaşması gerektiğini düşünen söz konusu yazarlar sübjektif anlayışı kabul etmektedirler: Maurach ve Gössel, *AT 2*, §53, kn 16; Lackner, *StGB*, §30, kn 4.

VI. CEZAI SORUMLULUĞA İLİŞKİN OBJEKTİF KOŞULLAR

1. Hareketin Objektif Haksızlığının Açıklaması Olarak Formül

Bununla birlikte formül, kuşkusuz “objektifleştirme” olarak da anlaşılabilir. Bu yüzden, literatürde bu husus sıklıkla işlenmekte ve fiilin objektif kısmının işlenmesiyle bağlantılı olarak buna atıf yapılmaktadır.²⁰

Bu belirsizlik içtihatlarda da tespit edilebilir. 1969 yılında yayımlanmamış metninde BGHSt 18, 161sayılı kararında ciddilik meselesini ele alan Federal Mahkeme (BGH), çok yaygın bir şekilde kendisine atıfların yapıldığı bu formülü şekillendirerek fiilin objektif yönüne ilişkin söz konusu prensibi genişletmiştir, yani cezalandırılabilir fiil alanına girilmediğine göre henüz bir sınırlandırma ölçütü bulunamamıştır; işlenmesi istenilen fiile ilişkin azmettirilene kısmen doğru olmayan kısmen de belirsiz bir tablo çizildiği sürece azmettirilen kişi fiili istediği zaman işleyemez.²¹ Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, buradan hareket etmekte ve aynı zamanda formülü; fiil planının failin şahsında asgari somutlaştırılmasıyla bağlantılı olarak değil, aksine bunu en azından akim kalmış zincirleme azmettirmede fiilin dışsal (objektif olarak) gerçekleşme aşamasının belirlenmesi için bir ölçüt olarak görmektedir. Bu yüzden Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasına göre, tartışmanın cezai sorumluluk için gerekli olan hareketin objektif haksızlığını kapsamaması gerekir.

2. Standardın Somutlaştırılması: Akim Kalmış Azmettirme Fiilinin Suç Sayılması

Burada makul bir sınır çizmek için Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde cezalandırma sebebi üzerine düşünmek gerekir. Bunun gerçekte daha çok iki nedenden oluşan bir kombinasyon olduğu kabul edilmektedir: Birincisi iştirak edenlerin iradelerinin konspiratif tehlikeliğine, diğeri devam edecek bağımsız bir nedensellik sürecini harekete geçirmesi ve bu süreç üzerindeki hakimiyet kaybının belirli bir tehli-

²⁰ Bu şekilde özellikle *Maurach/Gössel* und *Dreher/Tröndle*'de (dn 13 gibi). Bu yazarların aynı zamanda bilginin muhataba ulaştığını ileri sürmekten kaçındıkları nispette (dn 17'de son kelime), bir çelişki ortaya çıkmaktadır.

²¹ Urteil v 2.9.1969 - I StR 280/69.

kelilik anına bağlanmasına dayanır.²² Her ne kadar bağların tehlikeliği düşüncesi akim kalmış azmettirmeye uygun düşmüyor olsa da,²³ Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi doğrudan bu sebebe dayanmaktadır.²⁴ Öte taraftan Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında hareketin soyut olarak tehlikeli olması koşulunun belirtisinden başka bir şey olmayan etki kaybı (*Einflussverlust*) ikna edici görülebilir.

3. Objektif Olarak Hareketin Haksızlığının Tespitine İlişkin Sonuçlar

Etki kaybı, azmettirme fiilinin icrasına karar veren azmettirenin hâlihazırda asıl fiile katkıda bulunmasını (sadece doğrudan icraya başlamasını değil) ve böylece olayı elinden çıkarmasını gerektirir.²⁵ Öte taraftan, şayet azmettiren fiile olan katkısını devam ettirirse, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası için gerekli olan hareketin haksızlığı gerçekleşmemiş olur,²⁶ çünkü bu durumda hareketin tipik tehlikeliği gerçekleşmemiştir. Bu nedenle, fiili işleme kararını aldirmaya yönelik her hareket hukuki anlamda kesin surette akim kalmış azmettirme değildir. Özellikle, fiilin işlenmesine gerekli katkılar yerine getirilmeksizin Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası anlamında “azmettirmenin teşebbüsü” mümkün değildir.

²² Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl (Berlin: De Gruyter, 1991), 27/2; Roxin, *LK*, §30, kn 3; Kristian Kühl, “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, *JuS/Heft 12*, 1979, 875; aynı şekilde Claus Roxin, “Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)”, *JA/Heft 4*, 1979, 169, 170.

²³ Ayrıntılı bkz Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 27/1; ayrıca krş Roxin, *LK*, §30, kn 3; anlamlı olarak tek başına bağlanma tehlikesinin esas olduğu düşünen yazarlar, genellikle akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilirliğini isabetli olarak belirlemezler (örneğin Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, 145); resmi gerekçe, akim kalmış azmettirmeden hiç bahsetmemekle birlikte bağlanma tehlikeliğine atıf yapmaktadır. §35 E 62 [BT-Drucks IV/650, s 154].

²⁴ Muhtemelen mahkeme, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasının kapsamı bir yorumuna varmak istemiş ve bunun sadece hâkimiyet kaybına dayanılarak meşrulaştırılmayacağını kabul etmiştir.

²⁵ Stratenwerth, *AT I*, kn 917 ile bağlantılı 910; *LK*, §30, kn 16; aynı yönde Roxin, “Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)”, 171; Kühl, “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, 877. Bu düşünce ayrıca kısmen Schäfer'da, Büyük Ceza Hukuku Komisyonu toplantılarının tutanakları II, 1958, s 206 ve Albrecht Lüthke, *Wesen und Bedeutung des §49a StGB im Rahmen der Teilnahmelehre (Dissertation)* (Hamburg, 1963), 52; Brose, “Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§49 a StGB)”, 117'de daha açıklar.

²⁶ Aynı şekilde Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 27/3; ayrıca krş Rolf Weber, *ZStW (Beiheft)*, 1987, 16.

Dolayısıyla, cezalandırılabilir bir akim kalmış azmettirmede fiilin işlenmesi için yeterli bir şekilde açıklık içeren mesajın muhatabına (isterse muhtemel asıl fail isterse muhtemel ikinci azmettiren olsun) ulaşması şart değildir,²⁷ çünkü akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilmesi azmettirmeye karar veren kişinin suça olan katkısını gerçekleştirmesine (katkısından kurtulmasına) dayanır. Bu, suçun işlenmesi için cezalandırılabilir hareketin gerekli tüm bilgileri içermesinin yeterli olmadığı ve ancak mesajın muhataba ulaşması gerektiğinden vazgeçilirse bunun çok az kabul gördüğü, Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin yaptığı gibi²⁸, azmettirme hareketinin muhataba ulaşmasının şart olduğu kabul edilirse bu şekilde failin ne zaman isterse fiili işleyebilecek duruma getirmiş olması gerektiği ve bunun çok fazla kabul gördüğü sonucunu beraberinde getirir.

Bu genel kural, iki farklı olay grubunda ortaya konulmalıdır. Belli bir uzaklıktaki (mesafeli) azmettirme çabalarında (örneğin yazılı olarak) suça davet eden kişi bunları tamamen elden çıkarmış olmasına rağmen, bilgilerin muhataba ulaşmış olması gerekmemektedir. Mefhumu muhalifinden, mesafesiz azmettirme durumlarında (örneğin sözlü konuşma yoluyla) azmettiren mesajını elden çıkarmadan muhatab üzerindeki etkinin başlamış olmasından bahsedilemez. Bu, hiçbir zaman bilginin muhatabın alanına girip girmediğine bağlı değildir, aksine sadece azmettirenin alanını terk edip etmemesine bağlıdır. Federal Mahkeme'nin formülünün zayıflığı, Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında hareketin objektif haksızlığı davet edenin (azmettirenin) perspektifinden belirleniyorken, muhatabın (failin) perspektifinden formüle edilmesine dayanır. Bu, sübjektifleştirmeyle

²⁷ Aynı şekilde örneğin Maurach ve Gössel, *AT 2*, §53 kn 16; Roxin, *LK*, §53 kn 16; Dreher ve Tröndle, *StGB*, §30, kn 9; Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn 19; Lackner, *StGB*, §30, kn 4; Kühn, "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollen dung und Beendigung", 877; BGHSt 8, 262.

²⁸ Aşağı yukarı aynı şekilde bir başkasının azmettirilmek suretiyle (azmettirme) konuşmasının başlamış olmasını arayan Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn 19; gerçi neredeyse kelimesi kelimesine bunu kabul eden, diğer taraftan azmettirme açıklamasının azmettirenin hâkimiyet alanını terk edip etmediğini doğru bir şekilde ortaya koyan Roxin, *LK*, §30, kn 16. Roxin'in, bunun maddi olarak etki kaybının meydana geldiği zamana dayandığı gerçeğini ortaya koyduğunu yani talepte bulunan kişinin (azmettirenin) suçu işlemek için gerekli tüm bilgileri elden çıkarmış olması gerekliyse bir azmettirme konuşmasının başlangıcı için bunun yeterli olduğunu ileri sürdüğünü eklemek gerekir.

bağlantılı değildir. Sadece medeni hukuktaki hazırda olmayanlar arasında varması gerekli irade beyanının icap ve kabulü arasında olması gereken bir farktır.

4. Ceza Kanununun 22. Maddesine Göre Fiile Hazırlık ve Teşebbüs Arasındaki Ayırımı Karşılaştırma

a) Ceza Kanununun 30. Maddesinin 1. Fıkrası ve Fiile Teşebbüsün Genel İlkeleri

Ceza Kanunu'nun 22. maddesinde fiile teşebbüsün başlangıcıyla mukayese edildiğinde cezalandırılmaz ve cezalandırılabilir fiil arasındaki sınırın her iki dururumda farklı olduğu görülür. Bu, hukuken haklı görünmektedir; çünkü fiile teşebbüsün genel ilkeleri burada uygulanırsa baskın görüş tarafından savunulduğu gibi,²⁹ Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasının uygulama alanı (kapsamı) sınırsız bir şekilde genişlemiş olur, çünkü azmettirmenin doğrudan doğruya icrasına başlanması artık tamamlanmış azmettirme açıklamasının muhataba ulaşmasını gerektirmez.

Belirtilen fark, azmettirmenin her doğrudan doğruya icrasının bundan sonraki olay üzerinde hâkimiyetin kaybedilmesine dayandırılmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, gerçi azmettirmenin başladığı ve fakat azmettirme çabalarının erken bir aşamada kesintiye uğradığı, aynı şekilde fiilin işlenmesi için gerekli bilgilerin henüz bildirilmediği söylenebilir. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından da ele alındığı gibi gerekli bilgiler burada eksik kalmış, kesin surette ortaya konulamamıştır.

Literatürde Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında azmettirmede cezai sorumluluk sınırının fiile teşebbüsün genel ilkeleri üzerinden bağımsız olarak belirlenebilmesi kabul edildiğinden bu, genellikle mesajın muhataba ulaşmış olmasının gerekip gerekmediği tezine göre yapılır; öyle ki fail azmettirenenden mesaj hakkında bilgi edinebilsin.³⁰ Fakat suça davet edecek kadar ileri gitmese bile mesafeli suç da-

²⁹ Örneğin Maurach ve Gössel, *AT 2*, §53, kn 15; Schönke, Schröder, ve Cramer, *StGB*, §30, kn 19; Lackner, *StGB*, §30, kn 4; BGHSt 8, 262; ayrıca başlangıç noktası için Hans-Heinrich Jescheck, *AT*, 4. Baskı, 1988, 637.

³⁰ Daha öncesi için bkz Schröder, "Grundprobleme des §49a StGB", 289 vd; daha sonrası için ayrıca bkz Stratenwerth, *AT I*, kn 917; Eser, *Strafrecht II*, Num 47, A 19; Samson, *SK StGB*, §30, kn 14; Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, 41, açıklama 89.

vetlerinde bilginin elden çıkarılması yeterlidir; dediğimiz gibi Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde cezalandırılabilir alanın başlangıcı doğrudan doğruya icra formülüne göre daha sonra gerçekleşmelidir, çünkü buna göre davranışın (fiilin) tamamlanmasının sınırı olmamalıdır.

b) Ceza Kanunu'nun 30. Maddesinin 1. Fıkrası ve Dolaylı Failin Fiile Teşebbüs Başlangıcı

Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında fiile teşebbüs başlangıcı için geçerli olan kurullarla uyumlu hale getirmek için *Herzberg*, dolaylı faillikte fiile teşebbüs başlangıcı için tekçi çözüm (*Einzel-lösung*) olarak adlandırılan prensibin burada uygulanmasına ilişkin ilginç bir öneri ortaya koymuştur.³¹ Bu düşünce³² nihayetinde ölçütlerin aynı şekilde uygulanmasına neden olsa bile bu, arkadaki kişi "olayı elden çıkardığında" dolaylı faillikte fiile teşebbüsten kaynaklı cezai sorumluluk ile akim kalmış azmettirmede fiile teşebbüsten kaynaklı cezai sorumluluğun aynı nedenlere dayandığı anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle, her birinin farklı-evet tamamen zıt- arka planı vardır: Dolaylı faillikte olay üzerinde hâkimiyetin³³ kurulması, akim kalmış azmettirmede sonraki muhtemel olaylar üzerinde hâkimiyetin kaybı söz konusudur. Sonraki (akim kalmış azmettirme), öncekinden tamamen farklı bir anlamda daha tehlikelidir. Ancak fiile teşebbüs kavramı, sadece hâkimiyetin elde bulundurulmasıyla ilişkilendirilir. Buna karşılık hâkimiyet kaybının tehlikeliliği başlı başına bir haksızlık niteliğine sahiptir. Fiilin icrası aşamasında fiili hâkimiyetin kurulma-

³¹ Rolf Dietrich Herzberg, *ZStW* 99, 1987, 78 vd; ayrıca aynı şekilde krş MDR 1973, 95; ; aynı yönde -eski örneklere göre-Georg Schilling, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, 102 vd'daki diğer kaynaklarda bulunmaktadır.

³² Tartışmalı olan tekçi çözümün kabul edilip edilmeyeceğine ve eğer kabul edilecekse ne ölçüde kabul edileceğine ilişkin en önemli temel sorun burada açık bir şekilde ortaya konulmalıdır (karşı görüş için bkz. Stratenwerth, *AT I* kn. 838; Kadel, *GA*, 1983, 307 vd; Georg Küpper, *GA*, 1986, 447; Kristian Kühl, *JuS*, 1983, 182; kural olarak bütüncü çözüm diye adlandırılan prensip için Wilfried Küper, *JZ*, 1983, 366 vd, tekçi çözümden oldukça farklı olan tartışma durumuna genel bir bakış için bkz s 364 vd). Aşağıdaki düşüncelerde, tekçi çözümün kendi içindeki mantığına göre, dolaylı failin fiile teşebbüs başlangıcının düşünülebilir daha erken zaman noktasının belirliliği söz konusudur.

³³ Bu yüzden kimi zaman, dolaylı failin fiile teşebbüs başlangıcında (tekçi çözüme göre), arkadaki kişinin hâkimiyeti elden çıkardığından bahsedilmektedir (bkz Jescheck, *AT*, 609; ayrıca krş Ingeborg Puppe, *JuS*, 1980, 348 vd; burada olduğu gibi Kadel, 307-Burada kastedilen hareketin hâkimiyetidir; fakat bu, arka plandaki kişinin faili kazanmak için onun üzerinde kurduğu iradenin hâkimiyetine dayanır.

sının haksızlığı, kanunun özel hükümlerindeki her bir tipiklikteki failin haksızlığının bir parçasıdır. Fiilin icrasından önceki (ön) alanda hâkimiyet kaybının haksızlığı, sadece bir başkası tarafından böyle bir haksızlığın koşullarının gerçekleşmesiyle oluşur. Bu, ne şeriklik ne de fiile teşebbüsün haksızlığıdır-ikisinin birleşiminden doğan haksızlık da değildir, aksine şerikliğin daha doğrusu azmettirmenin ön alanındaki haksızlığıdır.

Sonuç itibariyle, ortak payda olarak geriye kalan tek nokta mesajın terk edilmesiyle cezai sorumluluk sınırının aşılmış olmasıdır.³⁴ Ancak, kesin olarak söylemek gerekirse bu bile doğru değildir, çünkü dolaylı failin fiile teşebbüs başlangıcı en erken, (mesajın) kazanılan aracının arkasındaki kişinin (hareket-) hâkimiyet alanından çıkarılmasıyla tespit edilebilir,³⁵ çünkü arkadaki kişi vasıtasıyla irade üzerinde hakimiyetin kurulması için aracı kişinin kazanılmasında başarılı olunması gerekir. Şayet aracı kişinin kazanılması başarısız olursa, daha doğrusu iyi niyetli/saf muhtemel aracı kişi, kendisinden istenilen davranışı herhangi bir nedenle kabul etmediği için suçun işlenmesinde kendisine biçilen rolü üstelenmiyorsa, dolaylı fail olsa olsa aracı kişi üzerinde hâkimiyet kurmaya teşebbüs etmiş olur. Bununla birlikte, Ceza Kanunu'nun 22. maddesi anlamında gerçekleşen fiile teşebbüse dolaylı faillik (dolaylı faillikte aracı kişinin fiilinin teşebbüs aşamasında kalması) söz konusu olabiliyorken, dolaylı faillik durumunda fiile teşebbüs dolaylı failliğe "teşebbüs" (dolaylı failliğin teşebbüsü) şeklinde yanlış anlaşılmaktadır.³⁶

Bu, dolaylı failin fiile teşebbüsünün akim kalmış azmettirmenin³⁷ teşebbüsünden daha geç başladığını göstermektedir, çünkü bir kere dolaylı faillikte fiile teşebbüs başlangıcına tamamlanmış teşebbüse

³⁴ Bazıları dolaylı faillikte fiile teşebbüsün daha erken başladığını kabul eder: Jürgen Baumann ve Ulrich Weber, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl (Bielefeld: Giesecking, 1985), 542 vd; Jürgen Baumann, *JuS*, 1963, 93; Schilling, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 101 vd'da eski literatürden diğer kaynaklar.

³⁵ Bu aynı zanda, Ceza Kanunu'nun 30. Maddesinin 1. fıkrasında cezai sorumluluk alanının başlamasına ilişkin BGH tarafından geliştirilen formülün dolaylı faillikte fiile teşebbüs başlangıcı için elverişli olmadığı anlamına gelir. Ancak, bu temelde standartlaştırılmış bir ölçüt için bkz. BGH-Urteil v 2.9.1969 - I StR 280/69.

³⁶ Bu anlamda ayrıca Kadel, 309.

³⁷ Ortaya çıkan uyum sağlama görevi üzerinde bkz Küper, 372.

ilişkin geçerli ilkelerin uygulanması hâlihazırda yeterli değildir. Sonraki savunulduğu müddetçe,³⁸ bununla birlikte, failin “mesajını” elden çıkarmada başarısız olması hiçbir zaman kabul edilemez; çünkü muhtemel aracı kişi (fiili işleme bakımından) kendisine biçilen rolü kabul etmemiştir. Burada detaylı olarak yapılan açıklamalar lafzi olarak kabul edilse bile;³⁹ yine de, daima aracıdan daha doğrusu araçtan bahsedilir; kabullenmesi öngörülen kişinin rolü üstlenmemesinde olduğu gibi durum bu şekilde değildir. Ancak aracı kişi olmaksızın dolaylı faillik ve ayrıca dolaylı faillikte fiile teşebbüs söz konusu olamaz! Buna göre, burada fiile elverişsiz teşebbüsü de kabul etmek mümkün değildir:⁴⁰ “Elverişsiz” bir aracı, tamamen de *bir aracı değildir*.

5. Ceza Kanunu’nun 30. Maddesinin 1. Fıkrası ve Tamamlanmış Teşebbüs

Akim kalmış azmettirmenin objektif hareket haksızlığı sonuçta tamamlanmış teşebbüsle belli bir paralellik gösterir.⁴¹ Ancak tamamlanmış teşebbüste, fiile teşebbüsten kaynaklı cezai sorumluluğun alt sınırını belirleme görevi bulunmamaktadır. Fonksiyonel olarak bunun gerçek bir iştirak olmadığı temelinde Ceza Kanunu’nda fail bakış açısıyla fiile teşebbüs aşamasına karar veriliyorken, Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrasında icra aşamasının *objektif olarak* belirlenmesi gerektiğine açıklık getirilmelidir.⁴² Akim kalmış azmettirme ile kast edilen sanki “objektif teşebbüstür”,⁴³ fakat fiile teşebbüs doktri-

³⁸ Öncelikle Claus Roxin, *Maurach-Festschrift*, 1972, 227 vd; aynı şekilde Roxin, “Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)”, 11; Jescheck, *AT*, 609; öneren örneğin Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 21/105; Johannes Wessels, *AT*, 21. Baskı, 1991, 185; Hans Joachim Rudolphi, *SK StGB*, t.y., §22, kn 20a; Rolf Dietrich Herzberg, *JuS*, 1985, 6.

³⁹ Ancak Küper, 364 tamamen yanlış olmamakla birlikte, bu öğretiyi “elden çıkarma” formülünün sübjektifleştirilmesini kast etmektedir.

⁴⁰ Fakat krş BGHSt 30, 366; RGSt 53, 45.

⁴¹ Akim kalmış azmettirmeye tamamlanmış teşebbüse ilişkin geçerli tanımın aktarılabileceği hakkında bkz Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, 40; ayrıca bkz. haklı olarak bu olayları fiile teşebbüs kapsamında telakki etmenin yanlışlığını vurgulayan Heinrich Luden, *Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes I*, 1847, 463 vd, açıklama 5.

⁴² Bkz Manfred Maiwald, *ZStW 88*, 1976, 714.

⁴³ Bununla birlikte Roxin’ in, *LK§30* kn 16’de cezalandırılabilir bir “tamamlanmamış teşebbüsün” hiçbir durumda kategorik olarak kapsam dışı bırakılmadığı yönündeki görüşünü belirten Roxin, *JA* 1979, 170 ile krş; elbette, önemsiz detaylar hak-

ninde bu şekilde yeni bir fiile teşebbüs kategorisinin oluşturulmasının bu doktrini verimli kılabilecek herhangi bir bilgi değeri bulunmamaktadır.

VII. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasının cezai sorumluluk sınırına varmak için azmettirme planının objektif olarak gerçekleştirilmesinin asgari ölçütü konusundaki görüşü kabul edilemez. Bu, her halükarda kamu davasının açılmış olmasıyla açıklanabilir. Bu da mahkemenin (yerel mahkemenin) doğru yolda olduğunu gösterir. Kararın tereddütlü olması, çözümün kanunun şüpheli bir şekilde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Savcılık tarafından yürütülen soruşturmanın sonuçlarına göre, suçun işlenmesi için S'nin artık iştirak fiillerini gerçekleştirilmesinin gerekli olmayacağından tek başına bu noktayı nihayetinde açıklığa kavuşturmak için duruşmanın bu temelde yürütülmesi gerekmiştir. Böylece, somut olayda Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası gereğinden fazla geniş yorumlanmamalıdır ve bu maddeyle sadece gelecekte muhtemel bir zararın gerçekleşebileceği ortaya konulmalıdır.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/ Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından çevirilmiştir.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

kinda en iyisi bu farklılıkların muhtemelen uygun bir "objektif olarak tamamlama" tanımıyla ortadan kaldırılmasıdır.

KAYNAKÇA

Baumann, Jürgen. *JuS*, 1963.

Baumann, Jürgen, ve Ulrich Weber. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 9. Aufl. Bielefeld: Gieseking, 1985.

Bloy, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985.

———. “Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung”. *JR/Heft 12*, 1992, 493-97.

Brose, Rolf. “Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§49 a StGB)”. Diss., 1970.

Busch, Jost-Dietrich. “Die Strafbarkeit der Erfolglosen Teilnahme und die Gesichte des 49a StGB”. Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Marburg, 1964.

Busch, Richard. “Zur Teilnahme an den Handlungen des §49a StGB”. İçinde *Festschrift für Reinhart Maurach*, editör Friedrich-Christian Schröder ve Heinz Zipf. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972.

Dreher, Eduard. “Grundsätze und Probleme des §49a StGB”. *GA*, 1954, 11-22.

Dreher, Eduard, ve Herbert Tröndle. *StGB*. 45. Baskı., 1991.

Eberhard, Schmidhäuser. *AT*. 2. Aufl., 1975.

Eser. *Strafrecht II*. 3. Aufl. München: C. H. Beck, 1980.

Geppert, Klaus. “Die versuchte Anstiftung (§30 Abs 1 StGB)”. *JURA/Heft 10*, 1997, 546-53.

Herzberg, Rolf Dietrich. *GA*, 1971.

———. *JuS*, 1985.

———. *ZStW 99*, 1987.

Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1991.

Jescheck, Hans-Heinrich. *AT*. 4. Baskı., 1988.

Kadel. *GA*, 1983.

Kühl, Kristian. “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”. *JuS/Heft 12*, 1979, 874-77.

- . *JuS*, 1983.
- Küper, Wilfried. *JZ*, 1983.
- Küpper, Georg. *GA*, 1986.
- Lackner, Karl. *StGB*. 19. Baskı., 1991.
- Letzguş, Klaus. *Vorstufen der Beteiligung*. 1. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.
- Luden, Heinrich. *Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes I*, 1847.
- Lüderssen, Klaus. *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967.
- Lüthke, Albrecht. *Wesen und Bedeutung des §49a StGB im Rahmen der Teilnahmelehre (Dissertation)*. Hamburg, 1963.
- Maiwald, Manfred. *ZStW 88*, 1976.
- Maurach, ve Karl Heinz Gössel. *AT 2*. 7. Baskı., 1989.
- Meyer, M.-K. *GA*, 1979.
- Puppe, Ingeborg. *JuS*, 1980.
- Roxin, Claus. “Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)”. *JA/Heft 4*, 1979, 169-75.
- . *LK*. 10. Baskı., 1985.
- . *Maurach-Festschrift*, 1972.
- Rudolphi, Hans Joachim. *SK StGB*, t.y.
- Samson, Erich. *SK StGB*. 5. Baskı., t.y.
- Sax, Walter. *ZStW 90*, 1978.
- Schilling, Georg. *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975.
- Schönke, Adolf, Horst Schröder, ve Peter Cramer. *StGB*. 24. Baskı., 1991.
- Schröder, Horst. “Grundprobleme des §49a StGB”. *JuS/Heft 7*, 1967, 289-95.
- Stratenwerth, Günter. *ATI*. 3. Baskı., 1981.
- Tokdemir, Sercan, çev. “22.10.1991 Tarihli Ve 1 Ws 249/91 Sayılı Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararı (Zincirleme Azmettirmeye

Teşebbüste Azmettirilen Fiilin Yeterince Somutlaştırılması)". İçinde YBHD- (Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı), 7:1777-85, 2022.

Tokdemir, Sercan. *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Weber, Rolf. *ZStW (Beiheft)*, 1987.

Wessels, Johannes. *AT*. 21. Baskı., 1991.

ÇALIŞMADA KULLANILAN ALMANCA KISALTMALARIN TÜRKÇE KARŞILIKLARI

Allgemeiner Teil (AT): Genel Hüküm; **alte Fassung (aF)**: eski kanun metni; **andere Ansicht (aA)**: başka bir fikir, görüş; **Anmerkung (Anm)**: Açıklama; **Auflage (Auf)**: Baskı, bası, basım; **Besonderer Teil (BT)**: Özel Hüküm; **Bundesgerichtshof (BGH)**: Federal Mahkeme; **dersselbe (ders)**: Aynı şekilde, aynı yönde, benzer; **Dissertation (Diss)**: Tez; **Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Strafsachen (BGHSt)**: Federal Mahkeme'nin ceza hukukuna ilişkin kararı; **Fußnote (Fn.)**: dipnot (dn); **gegebenfalls (ggf)**: icabında; **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)**: Dergi ismi; **im Sinne (i.)**: anlamında; **insbesondere (insbes)**: özellikle; **in Verbindung mit (iVm)**: ile bağlantılı; **Leipziger Kommentar (LK)**: Leipzig Şerhi; **Juristische Arbeitsblätter (JA)**: Dergi ismi; **Juristische Rundschau (JR)**: Dergi ismi; **Juristische Schulung (JuS)**: Dergi ismi; **JuristenZeitung (JZ)**: Dergi ismi; **Monatsschrift für Deutsche Recht (MDR)**: Dergi ismi; **mit weiteren Nachweise (mwNachw)**: diğer kaynaklar için; **Nummer (Nr)**: Numara (Num); **Oberlandesgericht (OLG)**: Eyalet Yüksek Mahkemesi; **Reichsgericht in Strafsachen (RGSt)**: İmparatorluk Mahkemesi'nin ceza hukukuna ilişkin kararı; **Rundnummer (Rdn)**: kenar numarası (kn); **Seite (S)**: sayfa (s); **Strafrecht (StR)**: Ceza hukuku; **Strafgesetzbuch (StGB)**: Alman Ceza Kanunu; **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)**: Sistematik Alman Ceza Kanunu Şerhi; **und die folgende Seiten (ff)**: ve devamı (vd); **von (v)**: nın, nin; **vergleich (vgl)**: karşılaştır (krş); **Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (ZStW)**: Dergi ismi; **Zum Beispiel (zB)**: Örneğin.

