Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1405-1435

GERÇEK ÖZGÜ SUÇA ŞERİK SIFATIYLA KATILANLARIN CEZASI: ALMAN CEZA KANUNU §28/1 HÜKMÜ KAPSAMINDA BİR DEĞERLENDİRME(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Yağız YAVUZ**(**)

Öz: Özgü faillik vasfını haiz olmadan gerçek özgü suça katılan şerikin cezai sorumluluğunun Türk Ceza Kanunu (TCK) madde 40/2 hükmünde öngörülen suretle belirlenmesi, birtakım adaletsiz hukuki sonuçları beraberinde getirebilmektedir. Zira bu düzenleme, hâkimin şerikin cezasının tayininde onun özgü faillik vasfını şahsında taşıyıp taşımadığını gereği gibi dikkate almasına olanak tanımamaktadır. Diğer bir ifadeyle, gerçek özgü suça özgü faillik vasfını şahsında taşıyarak şerik sıfatıyla iştirak eden kimse ile bu vasfı şahsında taşımadan iştirak eden kimse arasında cezai sorumluluk statüleri bakımından ayrım yapılmamıştır. Bu çalışmada gerçek özgü suça azmettiren ya da yardım eden olarak katılan, özgü faillik vasfına sahip olan ya da olmayan şeriklerin nasıl daha adil suretle cezalandırılabileceği irdelenmiştir. Bu doğrultuda Alman Ceza Kanunu (Alman CK) §28/1 hükmü inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Gerçek Özgü Suç, Suça İştirak, Bağlılık Kuralı, Azmettirme, Yardım Etme.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 26.07.2022. Makale Kabul Tarihi: 07.12.2022.

(**) Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0003-2214-3734; *yagizyavuz2@gmail.com*).

PUNISHMENT OF AN ACCOMPLICE WHO PARTICIPATES IN GENUINE CRIMES DEMANDING THE PERPETRATOR'S SPECIAL STATUS: AN ASSESSMENT UNDER §28/1 OF THE GERMAN PENAL CODE

Abstract: According to Article 40/2 of the Turkish Penal Code, an accomplice who participates in a genuine crime demanding the perpetrator's special status is held responsible for this crime as an instigator or aider even if he/she does not have the special qualifications required for being the perpetrator. In other words, no distinction is made in terms of the status of criminal responsibility between the person who participates in this kind of crime by carrying the qualification of specific perpetrator in his person and the person who participates without carrying this qualification in his person. This practice can lead to unjust punishment. This paper aims to present how an accomplice who participates in genuine crimes demanding the perpetrator's special status as an instigator or aider can be punished more fairly. The accomplice may or may not have the required characteristic of being a perpetrator. In this respect, the German Penal Code §28/1 provision has been examined.

Keywords: Genuine Crimes Demanding the Perpetrator's Special Status, Participation, Principle of Accessoriality, Instigation, Aiding and Abetting.

I. GİRİŞ

Türk öğretisinde gerçek özgü suça iştirak konusu bugüne dek genellikle TCK m.40/2 hükmünün kapsamı ile sınırlı kalacak şekilde inceleme konusu yapılmıştır. Bu hükme göre, gerçek özgü suçun işlenişine katılan özel faillik niteliğini haiz olmayan kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur[1]. Hüküm esasen, suç tipinde zikredilen özel faillik niteliğine sahip olmayan kimselerin gerçek özgü suça katılmaları halinde, gerçek özgü suç-

[1] Bu kişiler failin işlediği gerçek özgü suçtan bağlılık kuralı sayesinde sorumlu tutulabilmektedir. Diğer bir ifadeyle bağlılık kuralı özgü faillik niteliğini haiz olmayan kimselerin, gerçek özgü suçun şeriki olarak sorumlu tutulabilmelerine olanak tanımaktadır. Bkz. AKBULUT Berrin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.798; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.476, 483. Özgü faillik niteliğini taşımayan kimseler özgü suça katkı sunmama, özgü faillik niteliğini taşıyan kimselerle iş birliği yapmama (bundan kaçınma) yükümlülüğü altındadır. Bkz. ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75,** 8. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.588; ÖZKAN Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.279; KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL Tülay, **Özgü Suç**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.321.

tan şerik sıfatıyla sorumlu tutulabileceklerini[2] ve bu kimselerin fiil üzerinde hakimiyet kursalar, yani tipik icra hareketlerini gerçekleştirseler dahi, gerçek özgü suçun faili olamayacaklarını vurgulamak üzere kaleme alınmıştır[3]. Bu doğrultuda hükmün gerekçesinde, bir özgü suçun faili olabilmek için suç katılımcısının hem suç tipinde tarif edilen özel faillik vasfını haiz olması hem de fiil üzerinde hakimiyet kurması gereği açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte gerçek özgü suça iştirak konusunun arz ettiği özellik, sadece suç katılımcılarının suç tipinde zikredilen özel faillik niteliğini taşımamaları sebebiyle asla bu suçun faili olamayacakları hususu ile sınırlı değildir.

---

[2] Aksi kabulde bir özgü suçun işlenmesine katkıda bulunan, özgü faillik niteliğini taşımayan kimselerin cezasız kalması sorunu ortaya çıkar. Bkz. CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.511; EVİK Vesile Sonay, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.329; TOROSLU Nevzat/TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s.354.

[3] ZAFER, s.201. Karş. ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.408; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.549. Özel hükümler kitabında suç bazlı olarak TCK m.40/2'de zikredilen kuralın istisnasına yer verildiği görülmektedir. Örneğin işkence suçu (TCK m.94/4), bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bkz. HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.517. Bir görüşe göre, bizzat işlenebilen suç hüviyetindeki özgü suçların işlenişine iştirak eden diğer suç katılımcıları müşterek fail olamaz. Benzer şekilde, gerçek olmayan ihmali suç hüviyetindeki özgü suçların (ihmal suretiyle) işlenişine iştirak eden garantörlük yükümlülüğü altında bulunmayan suç katılımcıları da müşterek fail olamaz. Ancak bunlar dışında kalan özgü suçların tipe uygun hareketi özel faillik vasfını taşımayan kimselerce de gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, özel faillik vasfını taşımayan kimseler de bu türden suçların (müstakil faili olamasalar da) müşterek faili olabilir. Bkz. AYDIN Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.271-273; EVİK Ali Hakan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failinin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, S.33, 2017, s.35-36. Karş. TOROSLU/TOROSLU, s.355-356; V.S.EVİK, s.330 vd. Bu görüşteki yazarlara göre, örneğin zimmet suçunun icra hareketleri bir kamu görevlisi ile bu kişinin kamu görevlisi olduğunu bilen ancak kendisi kamu görevlisi olmayan bir kimse tarafından birlikte gerçekleştirilmişse, kamu görevlisi olmayan suç ortağının da zimmet suçundan fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Bkz. İÇEL Kayıhan/EVİK Ali Hakan, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, 4. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.272. Bunu engelleyen TCK m.40/2'nin adaletsiz bir cezalandırma neticesi meydana getirdiği hususunda bkz. A.H.EVİK, s.37. Kanımızca, kanunda aranan özgü faillik vasfını taşımayan kimselerin gerçekleştirdiği hareketler, onların gerçek özgü suçun faili olabilmelerine imkan tanımaz. Aynı yönde bkz. AKBULUT Berrin, "Bağlılık Kuralı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, S.1, 2010, s.194. Alman öğretisinde de gerçek özgü suçla korunan hukuki değerin özgü faillik vasfına sahip olmayan kimselerce ihlal edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. SCHÜNEMANN Bernd, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Erster Band Einleitung §§1 bis 31**, 12.Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2007, §28 kn.2.

Gerçek özgü suça iştirak aynı zamanda, suça şerik sıfatıyla katılan kişilerin suç tipinde zikredilen özel faillik niteliğini bünyelerinde taşıyor ya da taşımıyor olmalarına göre de bir özellik arz eder. Suç tipinde tasvir edilen özgü faillik niteliğini bünyesinde taşıyan bir kimsenin suça illaki fail sıfatıyla (yani tipik icra hareketlerini gerçekleştirerek) katılması şart değildir. Bu türden kimsenin suça yardım eden ya da azmettiren olarak iştirak etmesi de mümkündür. Diğer bir ifadeyle, gerçek özgü suça katkısının yardım etme ya da azmettirme düzeyinde kalması olanak dahilindedir. Benzer şekilde, gerçek özgü suça suç tipinde tasvir edilen özel faillik niteliğini bünyesinde taşımayan bir kimse de şerik sıfatıyla katılabilir. Yürürlükteki TCK'da bu iki tür (özgü faillik sıfatına sahip olan ve olmayan) şerikin alacağı cezayı zorunlu olarak birbirinden farklılaştıran bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususu ancak hâkim cezanın tayini aşamasında dikkate alarak belirli ölçüde bir ceza farklılaşması sağlayabilir. Ancak hâkimi buna zorlayan emredici bir düzenleme TCK'da yer almamaktadır. Alman CK'da ise bu konuda emredici bir düzenleme yapılmış olup, bu çalışma bu hükmün (Alman CK §28/1) irdelenmesi amacını taşımaktadır.

II. ŞERİKİN CEZASININ ALMAN CK §28/1'E GÖRE TAYİNİ

1. Hükmün Anlamı ve Amacı

Alman hukukunda şeriklerin sorumluluk statüleri belirlenirken, özel kişisel unsur (*besondere persönliche Merkmale*)[4] içeren bir suç söz konusu ise, sadece bağlılık kuralına tabi kalınmamaktadır. Bu gibi hallerde bağlılık kuralını belirli ölçüde sınırlayan Alman CK §28 hükmü doğrultusunda işlem yapılmaktadır. Gerçek özgü suçlar kural olarak özel kişisel unsurlu suçlar arasında bulunduğundan, bu türden suçlar bakımından §28/1 hükmü uygulama bulmakta ve şeriklerin cezai sorumluluğu alışıldık bağlılık kuralına göre yapılan uygulamadan bir ölçüde farklılaşarak tayin edilmektedir.

Alman CK §28/1 hükmolunacak ceza bakımından özel bir düzenleme içerir. Buna göre, failin cezalandırılabilirliğini tesis eden özel kişisel unsurların (*Strafbegründende besondere persönliche Merkmale*) şerikte bulunmaması halinde, şerikin cezası Alman CK §49/1 uyarınca indirilir. Zira bu unsurların şerikte bulunması şart olmadığından, bunların somut olayda şeri-

[4] Özgenç bu ifadeyi "özel kişisel hususiyetler" ve "özel kişisel özellikler" tabirleriyle Türkçe'ye çevirmiştir. Bkz. ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.643.

ke yüklenememesi gerekir[5]. Burada bahsedilen özel kişisel unsurlar, kural olarak özgü suçlardaki özel faillik vasfına karşılık gelmektedir[6]. Bu hükümle bağlılık kuralında bir değişiklik meydana getirilmiştir. Normalde bağlılık kuralı gereği şerikin, failin sorumlu tutulduğu gerçek özgü suçun cezası üzerinden azmettiren ya da yardım eden olarak (kendi şahsında özel kişisel unsur bulunmaması sebebiyle cezasında herhangi bir indirim yapılmaksızın) cezalandırılması gerekir. Zira bağlılık kuralı şerikin özel kişisel unsurları gerçekleştirmesini şart koşmaz[7]. Şerikin, failin böyle bir kişisel unsura sahip olduğunu bilmesini (kast) yeterli görür[8]. Bu durumda şerik, şahsında özel kişisel unsur bulunmadığı dikkate alınmaksızın cezalandırılmış olur. Oysa bu tip son derece kişisel karakteri haiz olan unsurlar hareketten ziyade suç katılımcıları hakkında belirlemede bulunur. Yani önemli ölçüde kişiyle bağlantılıdır. Ancak bağlılık kuralı şeriklerin cezalandırılması sırasında bu tür unsurların dikkate alınmasına imkân tanımamaktadır[9].

Alman CK §28 hükmünün ihdası ile amaçlanan, suça iştirakin bir kasıtlı, hukuka aykırı (ana) suça bağlılığının azmettirme ve yardım etmeye ilişkin hükümlerde öngörülenden daha fazla gevşetilmesidir. Bu düzenlemeyle, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel hükümlerde öngörülen iştirakin bağlılığının ölçüsü üzerinde değişiklik meydana getirilir. Buradaki bağlılık

---

5 HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019, kn.1349. Cezayı kurucu özel kişisel unsurlar bakımından bu düzenlemeye denk düşen bir hüküm Alman ceza hukukuna ilk olarak 1968 yılında düzene aykırılıklar kanununda girmiştir. O güne dek özel kişisel unsurun cezayı kurucu hüviyette olduğu bir suça şerik olarak katılan kimsenin, fail için öngörülmüş olan ceza çerçevesi üzerinden mahkûm edilmesi gerekmekteydi. Bkz. BAUMANN Jürgen/WEBER Ulrich/MITSCH Wolfgang/EISELE Jörg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2021, §26 kn.159.

6 ÖZGENÇ, s.643.

7 Gerçek özgü suça katılan, özgü faillik niteliğini taşımayan kimsenin gerçek özgü suça azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılması bağlılık kuralının gereğidir. Bkz. KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.369vd.

8 Diğer bir ifadeyle, özgü faillik niteliğine sahip olmayan şerikin, özgü suça iştirak etme iradesiyle hareket etmesi (failin özel faillik vasfını bilmesi) gerekir. Bkz. TOROSLU/TOROSLU, s.356; AYDIN, s.274. Şerik, özgü suç failinin özel faillik niteliğini bilmiyorsa, fail tarafından gerçekleştirilen hareket, herhangi bir kimse tarafından gerçekleştirildiğinde suç oluşturmuyorsa cezasız kalır. Bkz. ZAFER, s.588; ÖZKAN, s.279. Herkes tarafından işlenebilen genel bir suç oluşturuyorsa, bu suçtan sorumlu tutulur. Bkz. V.S.EVİK, s.334.

9 WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 49. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2019, kn.872. Bu itibarla bağlılık kuralına göre, suç teşkil eden hareketin yanı sıra failin özel yükümlülüklerinin ve suça ait amaçlarının da şerike prensip olarak isnat edilmesi mümkündür. Bkz. FRISTER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., C.H. Beck, München, 2020, §25 kn.29.

kuralı gevşemesi[10] (*Akzessorietätslockerung*) sadece özel kişisel unsurlara ilişkindir. Bu hüküm olmasaydı Alman ceza hukukunda da özel kişisel unsur içeren suç tiplerine iştirak mevzusunun mutlak suretle azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekecekti. Yani failin özel kişisel unsuru gerçekleştirmesi ve şerikin bunu bilmesi dikkate alınacaktı. Ayrıca şerikin kendisinin de özel kişisel unsuru yerine getirip getirmediğine bakılmayacaktı[11].

Alman kanun koyucusu §28/1 hükmünün ihdasını özellikle yükümlülük suçlarının (özgü suçlar) cezayı kurucu fail unsuruna dayandırmıştır[12]. Zikredilen düzenleme şerikin, failin şahsında taşıdığı özel kişisel unsura sahip olmadığı (yani gerçek özgü suçun faili olabilme niteliğini bünyesinde barındırmadığı) hallerde, cezasında indirim yapılacağını öngörmektedir[13]. Bu suretle bağlılık kuralından özel faillik niteliğini şahsında taşımayan şerikler bakımından belli ölçüde sapılmış olunmaktadır. İşte bağlılık kuralında meydana getirilen bu sapma Alman öğretisinde "bağlılık kuralı gevşemesi" ya da "bağlılık kuralının kısmen ihlali (delinmesi)" biçiminde adlandırılır[14].

---

10 Aynı anlamda kullanılan "bağlılık kuralı yumuşaması" ifadesi için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s.439.

11 HOYER Andreas, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 §§1-37 StGB**, 9. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017, §28 kn.1.

12 FRISTER, §25 kn.32.

13 Bu türden şeriki ifade etmek üzere Alman öğretisinde gerçek özgü suçlarda "*nichtqualifizierte Teilnehmer*" (özgü faillik niteliğine sahip olmayan şerik) terimi kullanılmaktadır. Bkz. ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, Verlag C.H.Beck, München, 2003, §27 kn.6; JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s.657. Ayrıca aynı anlamda Latince "*Extraneus*" terimi de kullanılır. Buna karşılık, özgü faillik niteliğine sahip olan suç katılımcısı ise Latince "*Intraneus*" terimiyle ifade edilir. Bkz. HAAS Volker, **Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2020, §28 kn.4; SCHÜNEMANN, §28 kn.1. Öte yandan Alman CK §28/2'ye göre, kanunda cezayı artıran, azaltan ya da kaldıran bir özel kişisel unsur öngörülmüşse, bu unsur hangi suç katılımcısının (fail veya şerik) şahsında mevcutsa sadece onun hakkında hüküm ifade eder. Cezayı kurucu özel kişisel unsurlar bakımından da bunları şahsında taşımayan şerike ceza hafiflemesi yerine §28/2 hükmünde öngörülen hukuki sonucun tatbiki, gerçek özgü suçlarda özgü faillik niteliğini bünyesinde taşımayan şerikin cezasız kalmasına yol açar. Bu tür bir çözüm suç siyaseti bakımından hatalı olur. Bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.160.

14 KINDHÄUSER Urs/ZIMMERMANN Till, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, §38 kn.22. "Bağlılık kuralı gevşemesi" isimlendirmesi için bkz. MURMANN Uwe, **Grundkurs Strafrecht**, 6. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2021, §27 kn.76; KREY Volker/ESSER Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2022, kn.1009. Ayrıca, "suça iştirakte bağlılık kuralının istisnaları" isimlendirmesi için bkz. FISCHER Thomas, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 67. Aufl., C.H.Beck, München, 2020, §28 kn.2.

Eklenmelidir ki, şerikin şahsında cezayı kurucu özel kişisel unsuru taşımıyor olması, bağlılık kuralının tatbiki olanağını bütünüyle ortadan kaldırmaz. Böyle bir uygulamaya müracaat edilmesi, şerikin cezasız kalmasına yol açar[15]. Alman CK §28/1 hükmü şerikin durumunu faile kıyasla kötüleştirmeye değil, aksine sadece iyileştirmeye hizmet eder[16]. Bununla birlikte, şerik de kanunda aranan anlamda özel kişisel unsuru şahsında taşıyorsa, §28/1'e göre ceza indiriminden istifade edemeyeceği açıktır.

Bu düzenlemenin arka planında özel kişisel unsur içeren suç tiplerinde, bu özel kişisel unsuru şahsında taşımayan suç katılımcılarına genel kuralların uygulanmasının meydana getireceği tatmin edici olmayan sonuçları engelleme düşüncesi bulunur. Bu düşünceyle §28/1 hükmü failin şahsında bulunan ve cezalandırılabilirliğini tesis eden bir özel kişisel unsuru, kendi şahsında taşımayan şerik lehine bağlılık kuralı gevşemesi meydana geleceğini düzenler. Bu bağlılık kuralı gevşemesi ceza çerçevesi değişikliği (kayması) yoluyla olur[17]. Failin gerçekleştirdiği özel kişisel unsur, sanki bu unsuru şerik de gerçekleştirmiş gibi, şerikin özel kişisel unsurlu suç üzerinden cezalandırılabilirliğini tesis eder. Ancak gerçekte şerikin şahsında böyle bir unsur bulunmadığından, şerik daha hafif ölçüde cezalandırılır[18]. Zira cezayı kurucu özel kişisel unsurun şerikin şahsında bulunmaması, onun haksızlığının ve kusurunun, failin haksızlığından ve kusurundan daha hafif olmasını sonuçlar[19]. Buna karşılık şerikin şahsında da özel kişisel unsur bulunuyorsa, kusur ve haksızlık bakımından böyle bir farklılık ortaya çıkmayacağından, bu türden şerikin cezası §28/1 hükmüne göre ayrıca hafifletilmez.

---

15 KREY/ESSER, kn.1009.

16 WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.876.

17 RENGIER Rudolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2019, §46 kn.1; FRISTER, §25 kn.31. İştirakin bağımlılığı hem şerikin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususunda hem de şerikin nasıl cezalandırılacağı hususunda mevcuttur. Bkz. KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2017, §20 kn.147. Ancak Alman CK §28 hükmü ile getirilen bağlılık kuralı sınırlaması, şerikin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususuna etki etmez (iştirak edilebilir bir (ana) suç varsa ve şerik azmettirme ya da yardım etmeye ilişkin genel hükümlerde öngörülen koşullara uygun bir davranış gerçekleştirmişse her halükârda cezalandırılır). Sadece şerikin nasıl cezalandırılması gerektiği hususu üzerinde etki doğurur. Bkz. KREY/ESSER, kn.1009. Alman CK §28/1 hükmü haksızlığın isnadiyeti hususunda herhangi bir kısıtlama öngörmez. Bkz. HOYER, §28 kn.4. Fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık, şerike §28/1 anlamında cezayı kurucu özel kişisel unsurlardan ileri gelse de isnat edilir. Şerik tarafından gerçekleştirilen hukuki değer saldırısının daha hafif bir cezaya layık olması yalnızca ceza çerçevesi kayması yoluyla dikkate alınır. Bkz. HOYER, §28 kn.2.

18 FRISTER, §25 kn.31.

19 JESCHECK/WEIGEND, s.660.

Alman öğretisinde savunulan görüşe göre, gerçekleştirilmeleri son derece kişisel haksızlık meydana getiren unsurların, bu unsurları şahsında taşımayan suç katılımcılarına yüklenmesi adaletin temini mülahazasıyla mümkün olmamalıdır[20]. Alman CK §28 hükmü bu bakımdan bir istisna yapılmasını sağlar. Bu hükümle bünyesinde özel kişisel unsur bulunmayan suç katılımcıları bakımından meydana getirilen bağlılık kuralı sapması sayesinde, her suç katılımcısının farklı kişilik özelliklerine (karaktere) sahip olduğu olgusu dikkate alınır[21]. Böylelikle ceza adaleti sağlanır, adil olmayan bir ceza çerçevesinin tatbiki önlenir[22].

Cezayı kurucu hüviyetteki unsurlarda, hakkaniyete aykırı hukuki sonuçların ortaya çıkması §28/1'de öngörülen ceza hafiflemesiyle önlenir[23]. Bunun ilk görünüm şekli, failin şahsında bulunan özgü faillik niteliği *Extraneus* (özel kişisel unsuru şahsında taşımayan) şerikte mevcut olmadığından, bu şerikin ceza hafiflemesinden yararlandırılmasıdır[24]. İkinci görünüm şekli ise, suça katılan birden fazla şerikten biri özel faillik niteliğini haiz iken (*Intraneus*), diğeri haiz değilse (*Extraneus*), bu iki tür şerik arasında hükmolunacak ceza bakımından, *Extraneus* şerik lehine bir ceza hafiflemesi öngörülmesi suretiyle fark yaratılmasıdır[25]. Bu itibarla §28/1 hükmü cezanın belirlenmesi bakımından önem arz eder. Aynı suç tipi içerisinde daha hafif olan kusurun da dikkate alınmasını gerektirir[26].

---

[20] INGELFINGER Ralph, **Gesamtes Strafrecht StGB, StPO, Nebengesetze Handkommentar**, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017, §28 kn.4. Ana suçun haksızlığının yalnızca objektif durumlardan ileri gelmediği, aynı zamanda özel kişisel unsurlardan da kaynaklandığı hallerde (ana) suça mutlak bir bağlılığın gerekli görünmediği hususunda bkz. JOECKS Wolfgang, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 §§1-37**, 3. Aufl., C.H.Beck, München, 2017, §28 kn.1.

[21] GROPP Walter/SINN Arndt, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Springer-Verlag, Berlin, 2020, §10 kn.239.

[22] Ingelfinger'e göre bu hüküm ceza adaletini sağlama düşüncesinin ürünüdür. Alman CK §28 hükmü ile belirli bir ölçüde bireyi, onun kusurunu ya da birey tarafından gerçekleştirilen özel haksızlığı tasvir eden unsurların herhangi bir sınırlama olmaksızın isnadiyeti engellenir. Bkz. INGELFINGER, §28 kn.1.

[23] KREY/ESSER, kn.1010. Kanun koyucu §28/1 hükmünde zorunlu ceza indirimi öngörürken, failin son derece kişisel yükümlülükler altında olmasından ötürü, bağlılık kuralının adaletsizliklere yol açacağını dikkate almıştır. Bkz. HEINE Günter/WEIßER Bettina, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2019, §28 kn.17.

[24] ROXIN, §27 kn.20.

[25] KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.337-338.

[26] FISCHER, §28 kn.13.

Bu hükümden ayrıca, kendisi özel faillik vasfına sahip olmayan kişinin, özel faillik vasfına sahip olan bir kimsenin suçuna katılma suretiyle de fail olamayacağı anlaşılır. Bunun dışında bu düzenleme, özgü faillik niteliğine sahip olan kimseyi, kendisi özgü faillik koşullarına sahip olmaksızın azmettirme ya da yardım etme yoluyla destekleyen kimsenin (daha hafif de olsa) cezalandırılması gerektiğini ortaya koyar[27].

2. Hükmün Kapsamı

Alman CK §28/1 hükmünde öngörülen bağlılık kuralı gevşemesinin devreye girebilmesi için, suç tipinde bir özel kişisel unsurun zikredilmiş olması, bu özel kişisel unsurun failin cezasını kurucu etkiyi haiz olması ve failin bu unsuru şahsında taşırken şerikin taşımıyor olması (yani bu unsurun şerikin şahsında bulunmaması) şarttır[28]. Bazı suç tiplerinin gerçekleştirilmesi failin şahsında bir özel kişisel unsur taşıyor olmasına bağlanmıştır[29]. Özel kişisel unsurun cezayı kurucu etkiye sahip olduğundan söz edilebilmesi için, müstakil bir haksızlık tipi oluşturması ve nitelikli unsur hüviyetinde olmaması gerekir[30]. Diğer bir ifadeyle, suç tipinin metnine göre özel kişisel unsurun mevcudiyetinin, belirli bir suçtan ötürü cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için gerekli olduğu hallerde, bu özel kişisel unsurun cezalandırmayı tesis edici karakterde olduğundan söz edilir[31]. Bu halde özel kişisel unsur olmaksızın ilgili suç tipinin geri kalan unsurlarının kendi içinde tipe uygun bir fiil olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz[32].

Özel kişisel unsurlar son derece kişisel karakteri haiz olan unsurlardır. Alman CK §28'in kapsamına sadece suç tipinde bu tür unsurlar içeren suçlar girer[33]. Bu hükümde özel kişisel unsurlardan ne anlaşılması gerektiği husu-

---

27 JESCHECK/WEIGEND, s.657.

28 Karş. KREY/ESSER, kn.1012. Alman CK §28/1 hükmü sadece şeriklere ilişkin olduğundan, bir diğer şart olarak (ana) suçun en azından teşebbüs aşamasına erişmiş olması zikredilebilir. Bkz. HAAS, §28 kn.5. Suç tipinde özel kişisel unsurun bulunmadığı hallerde bağlılık kuralı ve azmettirme ile yardım etmeye ilişkin genel hükümler geçerliliğini korur. Bkz. JOECKS, §28 kn.47.

29 WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.872.

30 INGELFINGER, §28 kn.6. Suç tiplerinde yer alan, bir temel suçun üzerine eklenerek geliştirilmeyen unsurlar bu niteliktedir. Bkz. KÜHL, §20 kn.161.

31 HEINRICH, kn.1355.

32 HOYER, §28 kn.43.

33 GROPP/SINN, §10 kn.240; JESCHECK/WEIGEND, s.657. Bir görüşe göre, Alman CK §28 hükmü kusur unsurlarına ilişkin değildir. Sadece haksızlık unsurlarını kapsamına alır. Bkz.

sunda Alman CK §14'e atıfta bulunulmuştur. Alman CK §14'te yapılan tanıma göre özel kişisel unsurlar, suç tipinde tasvir edilen, özel kişisel ilişkilere, durumlara ya da niteliklere ilişkin olabilir. Bu itibarla, bir suç unsurunun bir özel kişisel nitelikle, özel kişisel ilişkiyle ya da özel kişisel durumla bağlantılandırılmış olup olmadığının her somut olayda normun anlamı ve amacı da dikkate alınarak saptanması gerekir[34]. Özel kişisel unsurlar, Alman öğretisinde genellikle faille ilgili kişisel unsurlar biçiminde tanımlanmaktadır. Ancak §28 hükmünün kapsamına şerikler de girer. Yani şerikler de şahsında özel kişisel unsur taşıyor olabilir. Bu nedenle özel kişisel unsurların kişi (şahıs) ile ilgili unsurlar olduğu çıkarımı yapılması daha doğru olacaktır[35].

Örneğin suç tanımında failin kamu görevlisi olmasının aranması (örn. Alman CK §348), failin belirli bir yaşta olmasının aranması (örn. Alman CK §173/3), hamilelik durumu (örn. Alman CK §218), akrabalık ilişkisi (örn. Alman CK §173, 258/6), evlilik ilişkisi (örn. Alman CK §172), bağımlılık (tabiiyet) ilişkisi (örn. Alman CK §174b), bir eşyanın emanet edildiği zilyet olma durumu (örn. Alman CK §246/2), çete üyeliği (örn. Alman CK §244/1), malvarlığını koruma yükümlülüğü (örn. Alman CK §266), para

JOECKS Wolfgang/JÄGER Christian, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 13. Aufl., C.H.Beck, München, 2021, §28 kn.3. Diğer bir görüşe göre ise, özellikle haksızlık unsurları hükmün kapsamındadır. Ancak bu düzenleme kusur unsurlarını da dışlamamaktadır. Bkz. FISCHER, §28 kn.2a, 3b. Yani özel kişisel unsurlar hem haksızlığa hem de kusura (bireysel kusur unsurları) ilişkin olabilir. Alman CK §28 hükmü özel kişisel unsurlarda haksızlık unsurları ve kusur unsurları şeklinde ayrım yapılmasını gerektirmez. Bkz. KÜHL, §20 kn.154, 155.

[34] HEINRICH, kn.1353; KÜHL, §20 kn.154. Alman CK §14'ün asıl önemli olan soruyu, yani hangi unsurların özel kişisel olarak nitelenmesi gerektiği sorusunu yanıtlamadığı, yanıtın esasen §28 hükmünün ana fikrinden çıkartılması gerektiği hususunda bkz. FRISTER, §25 kn.39.

[35] BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.144, dn.235. Özel kişisel unsurlar özellikle kişiyi ve failin kişiliğini karakterize ettiklerinden önemli ölçüde kişisel karakteri haizdir. Bkz. RENGIER, §46 kn.13; HEINRICH, kn.1353. Bunlar bilhassa failin şahsında bulunan unsurlardır. Bkz. KREY/ESSER, kn.1016. Özellikle failin kişiliğini ayırt edici bir şekilde tasvir eden durumlar bu niteliktedir. Diğer bir ifadeyle son derece kişisel türde özel bir yükümlülük durumu tasviri yapan unsurlar bu kapsamda görülür. Bkz. KREY/ESSER, kn.1020; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.873. Bu nedenle bu unsurların mümkün olduğunca yalnızca bunları şahsında taşıyan kişiye yüklenmesi gerekir. Bkz. KÜHL, §20 kn.148. Puppe'ye göre, bir suç tipinde bulunan failin tüm hukuki durumları özel kişisel unsur hüviyetindedir. Diğer bir ifadeyle, cezayı kurucu unsur olarak suç tipinde bulunan bir fail niteliği kural olarak §28/1 anlamında son derece kişisel unsur teşkil eder. Failin niteliklerini bildiren ve son derece kişisel fail unsuru statüsünde olmayan çok az suç unsuru vardır. Örneğin Alman CK §183'teki teşhircilik suçunun failinin erkek olmasının aranması böyledir. Bkz. PUPPE Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, §27 kn.28. Karş. HOYER, §28 kn.32vd; JOECKS, §28 kn.28vd.

hırsı (örn. Alman CK §211/2), suçu meslek veya sanat haline getirme (örn. Alman CK §260/1), suçu alışkanlık haline getirme §28 anlamında özel kişisel unsur teşkil eder[36].

Cezayı kurucu özel kişisel unsurların kapsamına gerçek özgü suça vücut veren özel faillik niteliğinin girdiği hususunda tereddüt bulunmaz. Zira bu suçlarda fail niteliği özel, son derece kişisel yükümlülüklerden ileri gelir[37]. Öğretide yükümlülük suçlarını tesis eden fail unsurlarının çifte fonksiyonu haiz olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, bu unsurlar öncelikle faile suç tipi vasıtasıyla korunan hukuki değeri ihlal etme olanağını verir. Aynı zamanda bunlar ilgili hukuki değer ihlalinin cezaya layıklığını (müstehaklığını) artıran özel bir yükümlülük durumu meydana getirir[38].

Cezayı kurucu özel kişisel unsurların en önemli grubunu özel bir yükümlülük durumunu tesis eden fail unsurları oluşturur[39]. Özellikle gerçek görev suçlarında (gerçek özgü suçlarda) kamu görevlisi olma niteliği bunlar arasındadır[40]. Bu suçların oluşabilmesi için öncelikle failin belirli bir görevi haiz olması gerekir. Örne-

---

36 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.150-152; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, §38 kn.28; FISCHER, §28 kn.4-6; KREY/ESSER, kn.1017; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.873. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin, çete üyeliğinin özel kişisel unsur olduğu hususundaki kararı için bkz. BGH, NStZ 2014, s.635. Benzer şekilde, suçu meslek veya sanat haline getirmenin özel kişisel unsur olduğu hususundaki kararı için bkz. BGH, NStZ 2020, s.274-275. Malvarlığını koruma yükümlülüğünün özel kişisel unsur teşkil ettiği hususundaki kararı için bkz. BGH, NStZ 1997, s.281. Bunların haricinde, Alman CK §283'teki iflas suçunda borçlu olma niteliğinin, tanıklık suçlarında (Alman CK §153 vd) tanık ya da bilirkişi olarak doğruyu söyleme yükümlülüğünün de özel kişisel unsur olduğu hususunda bkz. FRISTER, §25 kn.40. Zira tanığın ya da bilirkişinin doğruyu söyleme yükümlülüğü son derece kişisel karakteri haizdir. Bkz. ROXIN, §27 kn.66. Ayrıca araç sürmeye elverişsizlik (örn. Alman CK §315c) durumunun da özel kişisel unsur teşkil ettiği hususunda bkz. KREY/ESSER, kn.1017. Öte yandan, Alman CK §142'de öngörülen kaza mahallinden izinsiz bir biçimde ayrılma suçunda, kazaya karışan kişi olma durumunun özel kişisel unsur olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. KÜHL, §20 kn.161.

37 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.154. Puppe'ye göre gerçek özgü suçlardaki kişisel yükümlülük durumu, cezayı kurucu özel kişisel unsur teşkil eder. Bkz. PUPPE, §27 kn.19. Diğer bir ifadeyle gerçek özgü suçlardaki özel yükümlülükler §28 anlamında özel kişisel unsurdur. Bu özel yükümlülükler ceza hukukunun dışında tesis edilir. Bkz. PUPPE, §27 kn.23.

38 FRISTER, §25 kn.32.

39 FRISTER, §25 kn.30.

40 HOYER, §28 kn.38; SCHÜNEMANN, §28 kn.4, 57. Kamu görevlisi olma niteliği bir özel yükümlülük unsurudur. Özel yükümlülük unsurlarının özel kişisel unsur teşkil ettiği hususunda Alman öğretisinde görüş birliği bulunur. Ancak bunlar dışında hangi unsurların özel kişisel unsur kategorisinde yer aldığı tartışmalıdır. Bkz. KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, §38 kn.25. Eklenmelidir ki, özel kişisel unsurların illaki sübjektif suç tipi unsurları olmaları şart değildir. Örneğin kamu görevlisi olma özelliği bir objektif suç tipi unsuru olmasına rağmen özel kişisel unsur teşkil etmektedir. Bkz. HEINRICH, kn.1351.

ğin bir zimmet (rüşvet alma, görevi kötüye kullanma) suçunda fail olarak sadece kamu görevlisi olan kimse cezalandırılabilir. Gerçek askeri suçların faili asker kişiler olabilir. Aynı şekilde, güveni kötüye kullanma suçunun faili, yalnızca malvarlığını koruma yükümlülüğü altında bulunan kimse olabilir[41]. Alman CK'da bu tür özel kişisel unsurlu suçlara ayrıca 203/1. paragraftaki özel sırların ihlali suçu örnek verilmektedir. Bu suçun faili ancak icra ettiği meslek icabı öğrendiklerini saklama (ifşa etmeme) yükümlülüğü altında olan meslek erbabı (örn. doktor, avukat) olabilir[42]. Bu itibarla kanun gereği özel bir sırrın taşıyıcısı olma durumu özel kişisel unsurdur[43]. Yine Alman CK §278'deki gerçek dışı sağlık raporu düzenleme suçunun faili ancak sağlık personeli olabilir. Benzer şekilde Alman CK §356'daki müvekkile ihanet suçunun faili ancak bir avukat ya da hukuk danışmanı olabilir. Alman CK §170'teki nafaka ödeme yükümlülüğünün ihlali suçu ancak nafaka ödeme yükümlülüğü altında bulunan kimse tarafından işlenebilir. Alman CK §171'deki bakım ve eğitim yükümlülüğünün ihlali suçunun faili de sadece bu yükümlülüklerin altında bulunan kişi olabilir[44]. Yine Alman CK §266a'daki işçinin ücretini ödememe suçunun faili ancak işveren olma özelliğini taşıyan kimse olabilir[45]. Benzer şekilde, Alman CK §290'da yer alan rehinli malı yetkisi olmadığı halde kullanma suçunda, rehinli malı saklamakla görevli kişi olma durumu cezayı kurucu özel kişisel unsur teşkil eder[46]. Ayrıca, Alman CK §174, 174a ve 174c'de yer alan cinsel istismar suçlarının failinin, mağdura rehberlik etme (yönlendirme) yükümlülüğü altında bulunan kimse olması da özel kişisel unsur olarak görülür. Bu yükümlülük güven ilişkisinden kaynaklanır[47]. Bu sayılan hususiyetlerin her biri, özel bir yükümlülük durumunu son derece kişisel türde tasvir ettiğinden ötürü (cezayı kurucu) özel kişisel unsur hüviyetindedir[48].

---

41 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.154. Alman CK'daki akrabalar arası cinsel ilişki suçunun faili, ancak arasında kanunda aranan anlamda akrabalık ilişkisi bulunan kimseler olabilir. Bu anlamda akrabalık ilişkisi bir görüşe göre özel kişisel unsur hüviyetindedir. Bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.154. Başka bir görüşe göre ise, özel kişisel unsur değildir. Bkz. INGELFINGER, §28 kn.8; FRISTER, §25 kn.40; ROXIN, §27 kn.71. Zira her insan kendi akrabalık sahasında, akrabası ile cinsel ilişkiye girme yasağına tabidir. Bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.7.

42 RENGIER, §46 kn.17.

43 FRISTER, §25 kn.40.

44 ROXIN, §27 kn.64.

45 INGELFINGER, §28 kn.7.

46 KÜHL, §20 kn.161; SCHÜNEMANN, §28 kn.59.

47 ROXIN, §27 kn.67.

48 HEINRICH, kn.1353. Bir görüşe göre, suç tipinde bulunan fail unsurlarının §28 anlamında özel kişisel unsur olduğundan söz edilebilmesi için, ilgili suçun haksızlığının en azından özel bir yükümlülüğün ihlaline de dayanması (bağlı olması) gerekir. Bkz. FRISTER, §25 kn.40.

Alman CK §28 hükmü suç katılımcılarının (fail veya şerik) olası farklı yükümlülüklerinin dikkate alınmasını sağlama işlevi görmektedir. Kimi yazarlarca özel kişisel unsurlarla özel yükümlülük unsurlarının özdeş olduğu savunulmaktadır. Ancak §28/2 hükmünde cezayı hafifleten ya da ortadan kaldıran özel kişisel unsurların da mevcudiyetinden söz edilmiştir. Oysa Alman CK'da cezayı hafifletmeyi ya da ortadan kaldırmayı sağlayan özel yükümlülükler bulunmamaktadır[49]. Bu itibarla, özel kişisel unsurların özel yükümlülük unsurlarını da içine aldığı, ancak ondan çok daha geniş bir kapsama sahip olduğu tespitinde bulunulabilir.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük yükümlülüğünün özel kişisel unsur olup olmadığı (dolayısıyla da §28/1'in uygulanabilirliği) tartışmalıdır. Öğretideki yaygın görüşe göre, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük yükümlülüğü kişi ile ilgili olduğundan özel kişisel unsur teşkil eder. Bir gerçek olmayan ihmali suçun faili ancak garantörlük yükümlülüğü altındaki kişi olabilir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bu görüştedir[50]. Zira garantör konumundaki kişilere belirli hukuki değerlerin korunması ve tehlike kaynaklarının gözetimi özel olarak tevdi edilir. Diğer bir ifadeyle garantör bu hususta özellikle

---

Bu itibarla özel yükümlülük, özel kişisel haksızlık unsurunun ön şartı olarak belirir. Bkz. ROXIN, §27 kn.71. Suç tipinde failin tasviri tipe uygun hareketin sadece belirli bir hayat alanına ya da sosyal duruma özgülenmesi için kullanılmışsa, bu suretle özel bir yükümlülük ya da faili ayırt edici bir şekilde tasvir eden spesifik bir haksızlık ifade edilmemişse, §28/1 hükmü uygulama bulmayacaktır. Bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.18.

49 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, §38 kn.29.

50 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.154. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki kararı için bkz. BGH, NJW 2021, s.1768. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bugüne dek sadece ihmal yoluyla vergi kaçakçılığı suçunda aydınlatma yükümlülüğüne riayet etmemeyi fiille ilgili unsur olarak görmekteydi ve bunu diğer gerçek olmayan ihmali suçlardaki garantörlük durumundan ayırmaktaydı. Zira Yüksek Mahkemeye göre, vergi ile ilgili açıklama yükümlülüğü her vatandaşa yönelik olduğundan son derece kişisel türde özel bir yükümlülük durumunu tasvir etmemekteydi. Ancak 1. Ceza Dairesi oldukça yakın tarihli bir kararında, bu içtihattan dönerek bu durumun §28/1 anlamında cezayı kurucu özel kişisel unsur olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkemenin gerekçesi, failin bu durumda da özel bir yükümlülük altında olması ve özel bir güven pozisyonunda bulunmasıdır. Bkz. FISCHER, §28 kn.5a; HAAS, §28 kn.16. Aynı yönde bkz. PUPPE, §27 kn.26. İlgili karar için bkz. BGH, NJW 2019, s.1621 vd. Karş. SCHÜNEMANN, §28 kn.5-6. Bununla birlikte, bu suçta aydınlatma yükümlülüğünün özel kişisel unsur olmadığı, yalnızca fiille ilgili unsur olduğu görüşünü savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. ROXIN, §27 kn.72; INGELFINGER, §28 kn.8. Bu suçta cezalandırılan husus bir kimsenin maliyeyi yükümlülüğe aykırı biçimde vergi ile ilgili önemli olgular hakkında habersiz bırakarak ödemesi gereken vergiyi azaltması ya da kendisi veya bir başkası için haksız yere vergisel yarar elde etmesidir. Roxin'e göre, bu suçta bahis konusu edilen haber verme (bildirimde bulunma) yükümlülüğünde kişisel etki bulunmaz. Bu ceza hukukunun herkese yönelik bir emridir. Bireysel unsurlarla tasvir edilen fail kısıtı yoktur. Bkz. ROXIN, §27 kn.72.

görevli kılınır. Bu suretle oluşan yükümlülüğün ihlalinde özel bir haksızlık bulunur. Bu haksızlık ihmali hareketle icrai hareketin eşdeğer kabul edilmesine olanak tanır. Yükümlülük altında olmayan kişi bakımından ise benzer hukuki sonuçlar ortaya çıkmaz[51]. Gerçek olmayan ihmali suçlar da gerçek özgü suç hüviyetindedir. Ancak hukuken neticeyi önleme yükümlülüğü altında olan bir kimse bu suçların faili olabilir[52]. Buna karşılık azınlık görüşüne göre, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük yükümlülüğü özel kişisel unsur teşkil etmez. Zira bu suç tiplerinde bir hareket yükümlülüğü yer alır. Bu hareket yükümlülüğü esasen, icrai suçlardaki genel ihmal yükümlülüğüne karşılık gelir. Bu itibarla herkese yöneliktir. Failin kişiliğine bağlı değildir[53].

Alman CK §28/1 suç tipinde zikredilen özel kişisel unsurun cezayı kurucu etki doğurduğu tüm suçlar bakımından tatbik kabiliyetini haizdir. Özellikle yükümlülük suçlarındaki fail unsurları bakımından §28/1'in uygulama bulacağı hususunda şüphe duyulmaz. Bununla birlikte bu hükmün kapsamına cezayı kurucu özel saikleri de alıp almadığı tartışmalıdır. Örneğin, Alman CK'daki karayolu trafiğini tehlikeye düşürme suçunun işleniş varyasyonlarından biri, failin başkalarının durumunu düşünmeden hareket etmesini şart koşar (Alman CK §315c/1 Nr.2). Benzer şekilde, himayesi altında bulunana kötü muamele suçunun işleniş varyasyonlarından biri, failin kötü niyetli bir şekilde hareket etmesini gerektirir (Alman CK §225/1). Alman öğretisindeki baskın görüşe göre, kötü niyetlilik ve başkalarının durumunu düşünmezlik

---

51 ROXIN, §27 kn.68. Yazara göre, garantörlüğün koruma ya da gözetim yükümlülüğü şeklinde olması §28'in tatbikine etki etmez. Her iki ihtimalde de §28 hükmü devreye girer. Zira her iki ihtimalde de daha fazla sorumluluk meydana getiren özel yükümlülük söz konusudur. Bkz. ROXIN, §27 kn.69. Joecks'e göre, sadece koruma yükümlülüğünden ileri gelen garantörlük özel kişisel unsur teşkil eder. Bkz. JOECKS, §28 kn.32. Karş. HEINE/WEIßER, §28 kn.19.

52 ÖZTÜRK/ERDEM, s.199; A.H.EVİK, s.14.

53 GROPP/SINN, §10 kn.242; JESCHECK/WEIGEND, s.658. Bu görüşün savunucularına göre, garantörlük durumunun işlevi ihmalin icrayla eş değer sayılmasını sağlamaktan ibarettir. Bkz. HAAS, §28 kn.15. Bu itibarla örneğin kasten öldürme suçunun ihmal suretiyle işlenmesiyle icrai hareketle işlenmesi arasında prensip olarak bir haksızlık farkı bulunmaz. Bu nedenle garantör olmayan şerikler bakımından §28/1 uygulama bulmaz. Bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.19. Frister'e göre ise, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük durumu son derece kişisel bir yükümlülük tesis etmesine rağmen, §28 anlamında özel kişisel unsur teşkil etmez. Zira her kim, bir garantörün gerçek olmayan ihmali suçu işlemesini engellemeyi ihmal ederse, kendisi garantörlük durumu içerisinde olmadıkça ilgili suça iştirakten ötürü cezalandırılamaz. Zira suça aktif hareketlerle katılmayan şerikin cezalandırılabilmesi için kendisinin de garantör olması şarttır. Bu nedenle burada §28/1 uygulama bulmaz. Tersine, şerik gerçek olmayan ihmali suça aktif hareketlerle katılıyorsa, gerçekleşen neticenin şerike yüklenebilmesi için şerikin de bir garantörlük durumuna sahip olması aranmaz. Bu nedenle şerikin garantör olmaması cezasının §28/1'e göre indirilmesi için bir sebep teşkil etmez. Bkz. FRISTER, §25 kn.41.

(*Rücksichtslosigkeit*) halleri de özel kişisel unsurdur. Dolayısıyla failin kötü niyetli ya da başkalarının durumunu düşünmeden hareket etmesinin cezayı kurucu etkiyi haiz olduğu suç tiplerine, bu özellikleri taşımadan iştirak eden şerikler bakımından da §28/1 hükmü uygulama bulur[54].

Buna karşılık azınlık görüşüne göre, bu unsurlar (cezayı kurucu) özel kusur unsurları[55] hüviyetinde olduklarından Alman CK §29 hükmünün uygulanma alanı içerisinde bulunurlar[56]. Bu görüşün savunucusu olan yazarlar, §28'in uygulanma alanını haksızlık unsurları ile sınırlamakta, failin suç tipinde tasvir edilen saikini özel kusur unsuru olarak algılamakta ve bunun için §29 hükmünün uygulama bulması gerektiğini ifade etmektedir. Alman yargı mercileri ve baskın öğreti görüşü ise, §28 hükmünün kusur unsurları ve haksızlık unsurları arasında ayrım yapmadığını, suç tipinde tasvir edilen tüm özel kişisel unsurları kapsamına alan bir düzenleme olduğunu ve bu düzenlemenin *lex specialis* olarak §29 hükmünün önüne geçtiğini savunmaktadır[57]. Özetle, azınlık görüşü özel ve genel tüm kusur unsurlarını §29

---

[54] RENGIER, §46 kn.18-19; FRISTER, §25 kn.31, 33; FISCHER, §28 kn.6a. Türk öğretisinde Akbulut, genel olarak amaç veya saikin bir suçun kurucu unsuru olduğu hallerde, suça katılırken bu amaç veya saiki taşımayan şerikin cezasında indirime gidilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. AKBULUT, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.834. Kanımızca her türden amaç veya saik için genel olarak böyle bir kabulde bulunulabilmesi mümkün değildir. Zira özel kişisel unsur teşkil etmeyen, sadece harekete ilişkin olan amaç veya saikler de bulunmaktadır. Şerikin bu türden amaç veya saikle hareket etmemesi onun cezasının indirilmesini gerektirmez. Bu halde şeriklerin cezai sorumluluğu bütünüyle bağlılık kuralı doğrultusunda belirlenir.

[55] Aynı anlamda kullanılan "tipleştirilmiş kusur unsurları" nitelendirmesi için bkz. JOECKS, §28 kn.4. Benzer bir nitelendirme için bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.5.

[56] Alman CK §29'a göre, her suç ortağı diğer suç ortaklarının kusuru dikkate alınmaksızın, kendi kusuruna göre cezalandırılır. Jescheck/Weigend'e göre, suç tipinde zikredilen kusur unsurları, §28 anlamında özel kişisel unsur teşkil etmez. §29 hükmünün kapsamına girer. Bkz. JESCHECK/WEIGEND, s.659. Kühl'e göre, bu gibi özel kusur unsurları bakımından §29'daki kusur prensibine denk düşen bireysel isnadiyet kuralının uygulama bulması gerekir. Aksi halde, yani §28/1 doğrultusunda uygulama yapılması halinde, özel kusur unsurunu taşımayan şerik, suçu fail olarak işleseydi karşılaşacağı hukuki sonuçtan daha kötü duruma sokulmuş olur. Bkz. KÜHL, §20 kn.157. Zira cezayı kurucu kusur unsuru failde bulunmuyorsa, failin o suçtan cezalandırılması mümkün olmaz. Halbuki bu unsur şerikte bulunmuyorsa, §28/1'e göre şerik (daha hafif cezayla da olsa) cezalandırılacaktır. Bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.6. Heinrich'e göre, başkalarının durumunu düşünmezlik sadece suç katılımcısının kusuru ile ilgili olduğundan Alman CK §29 hükmünün kapsamına girer. Bkz. HEINRICH, kn.1351. Ingelfinger'e göre ise, kötü niyetli olma ve başkalarının durumunu düşünmeme suç tipinde zikredilmiş kusur unsurlarıdır. Ancak bu unsurlar bakımından da §28 hükmü uygulama bulur. Bunlar §28'in kapsamına kusurla ilgili unsurların da girdiğinin örneğini oluşturur. Bkz. INGELFINGER, §28 kn.5.

[57] FRISTER, §25 kn.33. Tüm özel kişisel haksızlık unsurlarının §28 hükmünün uygulama alanı içerisinde olduğu tartışmasızdır. Haksızlık sahasındaki bağlılık kuralı gevşemeleri yalnızca §28'den kaynaklanır. Bkz. ROXIN, §27 kn.6. Ancak özel hükümler kitabındaki suç tiplerinin

hükmünün kapsamında görmekteyken, yargı mercileri ve hâkim görüş ise özel ve genel kusur unsurları arasında bir ayrım yapmaktadır. Buna göre tüm özel (tipleştirilmiş) kusur unsurları §28 hükmünün kapsamına girer. Alman CK §29 hükmü sadece genel kusur unsurları bakımından uygulama bulur[58]. Eğer kötü niyetliliğin ve başkalarının durumunu düşünmezliğin cezayı kurucu özel kusur unsurları olarak §29 hükmünün kapsamına girdiği kabul edilirse, bu güdüyle (saikle) hareket etmeyen (yani suçun icrasına örn. kötü niyetli katılmayan) şerikin, failin suçun icrası sırasında bu güdüyle hareket ettiğini bilmesi halinde dahi cezalandırılması mümkün olmaz. Zira şerikte cezayı tesis edici bir özel kusur unsurunun bulunmaması §29'a göre cezasızlığa yol açar[59]. Bunun dayanağı, belirtilen güdülerle hareket etmeyen şerikin kusurunun ilgili suç tiplerinde aranan ölçüye (büyüklüğe) erişmeyeceği kabulüdür[60]. Ancak §28/1 hükmü özel kusur unsurunu taşımayan şerikin cezalandırılmasını engellemez. Failin özel kişisel unsurunun şerikte bulunmaması yalnızca şerikin cezasının §49/1'e göre hafiflemesine neden olur[61].

---

içerisinde bulunan (bu itibarla "özel" olarak nitelendirilen) kusur unsurlarının §28 kapsamında mı yoksa §29 kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır. Bkz. ROXIN, §27 kn.7. Cezayı kurucu özel kusur unsurlarının da §28/1 hükmünün kapsamına girdiği hususunda bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.64.

58 ROXIN, §27 kn.8. Yazara göre, cezayı kurucu özel kusur unsurlarının §28/1'in kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Failin suç tipinde aranan özel kusur unsuruyla (örn. kötü niyetli) hareket ettiği hallerde bir sosyal düzensizlik (*Störung*) mevcuttur. Kanun koyucunun düzenlemesine göre bunun bir cezai yaptırımla karşılanması gerekir. Özel kusur unsurunu haiz olmayan kimsenin suça katılması halinde, bu kişi de dolaylı olarak (yani failin şahsı üzerinden) korunan hukuki değere suç tipini gerçekleştirecek biçimde saldırıda bulunduğundan, bu kişinin de cezalandırılması şarttır. Zira iştirakin cezalandırılma sebebini gerçekleştirecek şekilde, cezayı gerektiren harekete katılan kimse cezasız bırakılamaz. Bkz. ROXIN, §27 kn.12. Kusur prensibi her suç katılımcısının kendi kusuruna göre cezalandırılmasını emreder. Bu prensip, bir suç katılımcısının ancak faille aynı kusura sahipse o zaman cezalandırılabileceği anlamına gelmez. Bu itibarla, örneğin kötü niyetli hareket eden failin, bu güdüyle hareket etmeyen şerike kıyasla özel bir kusur taşıdığının ve bu durumun §28/1 uyarınca şerike yönelik gerçekleşecek ceza çerçevesi hafiflemesiyle yeterince dikkate alınmış olacağının kabulü gerekir. Bkz. ROXIN, §27 kn.13. Özetle, cezayı kurucu özel kişisel unsurun (özel kusur unsuru) failde bulunması şarttır. Aksi halde fail cezalandırılamaz. Ancak şerikte bulunması şart değildir. Bu sadece şerik lehine ceza indirimi yapılması için bir sebep teşkil eder. Bkz. ROXIN, §27 kn.14. Bu çıkarımın Alman CK §28'in eski metnine karşılık gelen hükmün gerekçesi ile de uyumlu olduğu hususunda bkz. ROXIN, §27 kn.15.

59 KÜHL, §20 kn.156; JESCHECK/WEIGEND, s.660. Bu görüşün savunucuları, özel kusur unsurunu taşımayan kimsenin şerik değil, fail olduğu hallerde de aynı şekilde cezasız kalacağı savı ile görüşlerini destekler. Bkz. HAAS, §28 kn.3.

60 ROXIN, §27 kn.9.

61 WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.877. Heine/Weißer'e göre, şahsında cezayı tesis edici kusur unsurunun bulunmaması nedeniyle şerik cezasız bırakılmamalıdır. Zira bu halde de (ana) suç ile iştirak edilebilir haksızlık mevcuttur. Şerik bu suça katkıda bulunarak dolaylı bir

Bu konuda Alman CK'daki karayolu trafiğini tehlikeye düşürme suçu üzerinden bir örnek kurgulanabilir. Belirtildiği üzere bu suçu tesis eden varyasyonlardan biri failin başkalarının durumunu düşünmeden hareket etmesidir. Yolcu (Y), oldukça önemli bir randevuya gitmek için taksici (T)'nin arabasına biner ve (T)'ye kendisini mümkün olduğunca hızlı şekilde bu randevuya yetiştirirse iyi bir bahşiş bırakacağını söyler. (T) hem bu parayı alabilmek amacıyla hem de mutluluktan aracı hızla sürer ve fren yapmaksızın bir yaya geçidi çizgisinin üstünden araç ile geçer. Bu esnada (T), neredeyse çarpmak üzere olduğu, kendisini güç bela kenara atabilen bir yayayı fark eder. Eğer (Y), (T)'ye yaya geçidinde durmadan geçmesi için, onun suç işleme kararını kuvvetlendirme suretiyle manevi yardımda bulunmuşsa, yolcuya başkalarının durumunu düşünmeme (dikkate almama) özel kusur unsuru isnat edilemeyeceğinden, (Y)'nin §29 hükmüne göre cezasız kalması gerekir. Buna karşılık, (Y)'nin sorumluluk statüsü §28/1 hükmüne göre belirlenirse, yolcunun (T)'nin işlediği karayolu trafiğini tehlikeye düşürme suçuna yardım eden olarak cezalandırılması, ancak faildeki cezayı kurucu özel kişisel unsuru şahsında taşımadığından cezasının §49/1'e göre hafifletilmesi gerekir[62]. Görüldüğü gibi esas alınan hükme göre ortaya çıkan hukuki sonuç önemli ölçüde farklılık arz etmektedir.

Alman CK §28/1 sadece şerikler bakımından geçerlidir. Diğer bir ifadeyle bu hüküm sadece bir özel kişisel unsurun şerikte bulunmaması halini düzenler. Buna karşılık, cezayı kurucu özel kişisel unsurun şerikte bulunması ancak failde bulunmaması durumu özel olarak düzenleme konusu yapılmamıştır. Cezalandırmayı tesis eden özel kişisel unsur failde bulunmuyorsa, iştirak edilebilir bir (ana) suçun mevcudiyetinden de bahsedilemeyecektir. Gerçek özgü suç, özgü faillik niteliğini haiz olmayan kimse tarafından işlenmeye çalışılıyorsa, tipe uygun ve hukuka aykırı bir (ana) suç bulunmaz. Zira bu halde suç tipinin failin şahsında gerçekleştirilmesi mümkün olmaz. Tipik bir (ana) suçun olmadığı hallerde iştirakin mevcudiyetinden de bahsedilemez. Dolayısıyla bu gibi hallerde şerikin şahsında özel kişisel unsuru taşımasına rağmen, gerçek özgü suça iştirakten ötürü cezalandırılabilmesi mümkün olmaz. Bu nedenle §28/1 uygulama bulmaz. Bir tersine bağlılık

biçimde hukuki değer saldırısı gerçekleştirmektedir. Şerikin şahsında özel kusur unsurunun bulunmaması, hareketinin bütünüyle cezasız bırakılmasını meşrulaştırmaz. Şahsında cezayı kurucu kusur unsuru bulunmaması nedeniyle şerikin daha az kusurlu olması durumu, §28/1'in öngördüğü zorunlu ceza indirimi ile daha ölçülü bir şekilde dikkate alınmış olur. Bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.7.

62 WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.877.

kuralı gevşemesi gerçekleşmez[63]. Bir kamu görevlisinin (*Intraneus*), kamu görevlisi olmayan kimseyi (*Extraneus*) bir gerçek görev suçunu (örn. görevi kötüye kullanma) işlemeye azmettirmesi halinde durum böyledir[64].

İfade edilmelidir ki, özel kişisel unsur (ana) suça dahildir. Bu nedenle şerikin kastının bunu kapsaması gerekir. Failin şahsında bulunan cezayı kurucu özel kişisel unsur şerike, sadece bu özel kişisel unsuru meydana getiren olguları biliyorsa yüklenebilir. Şerik, failin şahsında bulunan ve failin cezalandırılabilmesinin temel dayanağını oluşturan özel kişisel unsura ilişkin bilgiyi haiz değilse, yani şerik failde bulunan özel kişisel unsuru bilmiyorsa bağlılık kuralına tabi cezalandırma, dolayısıyla da şerikin cezalandırılabilirliği her halükârda ortadan kalkar. Bu durumda §28/1 hükmüne müracaat edilmez. Zira şerik, failin işlediği (ana) suça iştirak kastına sahip olmadığından, bu suça yardım eden veya azmettiren olarak cezalandırılamaz. Bu nedenle §28/1'de öngörülen bağlılık kuralı gevşemesi bu ihtimalde bir önem arz etmez[65]. Bu itibarla kendisi örneğin kamu görevlisi olan veya olmayan şerik, failin kamu görevlisi niteliğini haiz olduğunu bilerek gerçek özgü suça katkısını sunmalıdır. Diğer bir ifadeyle, şerik failin kamu görevlisi olduğu bilgisine sahip iken onu örneğin görevi kötüye kullanma suçunu işlemeye azmettirmeli ya da onun görevi kötüye kullanma suçunu işlemesine yardım etmelidir.

3. Hükmün Sonuçları

Bir görüşe göre, §28/1 hükmü ile bağlılık kuralı ihlali (delinmesi) meydana gelir. Bunun dayanağını, cezayı kurucu özel kişisel unsuru şahsında

---

63 RENGIER, §46 kn.11; HEINRICH, kn.1356; MURMANN, §27 kn.87; FISCHER, §28 kn.7. Örneğin, Alman CK'daki karayolu trafiğini tehlikeye düşürme suçunun failinin başkalarının durumunu dikkate almadan hareket etmesi aranır (Alman CK §315c). Failin suç tipinde tasvir edilen trafik kurallarına ağır bir şekilde aykırı olan hareketi böyle bir güdünün ürünü değilse, şerik bu güdüye sahip olsa da cezasız kalacaktır. Bkz. FRISTER, §25 kn.30. Bu çıkarım, Alman CK §29 hükmüne göre uygulama yapılan hallerde de değişmez. İştirakin mevcudiyetinin kabulü için, fail tarafından işlenen suçun tüm unsurlarının gerçekleştirilmesi (özel faillik niteliği de buna dahildir) şarttır. Bkz. ROXIN, §27 kn.10. Diğer bir ifadeyle failin (ana) suçun tipini gerçekleştirmesi, iştirakin cezalandırılabilmesi bakımından vazgeçilmez bir temel koşul olma hüviyeti taşır. Bkz. JESCHECK/WEIGEND, s.660-661.

64 HAAS, §28 kn.4.

65 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.163; RENGIER, §46 kn.11; GROPP/SINN, §10 kn.257; KÜHL, §20 kn.149,150. Bununla birlikte, failin şahsında özel kişisel unsur olmasaydı da gerçekleştirdiği hareket başka bir suça vücut verecek idiyse, failin şahsında özel kişisel unsur olduğunu bilmeden suça katılan şerik bu suça yardım eden veya azmettiren olarak cezalandırılır. Bkz. MURMANN, §27 kn.84.

taşımayan şerike uygulanacak ceza çerçevesinin değişmesi (kayması) oluşturur[66]. Tarafımızca da iştirak edilen başka bir görüşe göre ise, Alman CK §28/1'de öngörülen düzenleme esasen bağlılık kuralını zedelemez. Yani §28/1 suça iştirakte bağlılık kuralını muhafaza eder. Zira şerik, kendi şahsında cezayı kurucu özel kişisel unsuru taşımıyor olmasına rağmen, gerçek özgü suça yardım eden ya da azmettiren olarak cezalandırılır. Diğer bir ifadeyle, bünyesinde özel kişisel failin cezalandırılabilirliğini kurucu unsuru taşımayan şerik de failin suçuna iştirakten ötürü cezalandırılır. Şerikin mahkûmiyet hükmünün dayanağını oluşturan suç tipi failin işlediği suça göre belirlenir. Şerikin şahsında özel kişisel unsurun bulunmuyor oluşu, hâkime şerikin cezasını tayin ederken Alman CK §49/1'e göre zorunlu bir ceza indirimi yapma yükümlülüğü yükler. Bu itibarla bağlılık kuralının yalnızca cezanın hesaplanması alanında gevşetilmiş olduğundan söz edilebilir. Yani §28/1'in bağlılık kuralını gevşetici etkisi yalnızca ceza çerçevesi ile ilişkilidir ve cezanın belirlenmesi sahası ile sınırlıdır[67]. Bu nedenle Alman öğretisinde §28/1 hükmünün bağlılık kuralını hukuki sonuç (yani şerike isnat edilen ceza tehdidi) bakımından gevşettiğinden söz edilir[68].

Özetle, cezayı kurucu özel kişisel unsuru şahsında taşımayan şerikin de bu unsuru şahsında taşıyan faille aynı suç tipi üzerinden cezalandırılması, hükmün sadece aynı suç tipi içerisinde bir ceza hafiflemesine yol açmakla yetinmesi, §28/1'in bağlılık kuralını muhafaza ettiğini gösterir[69]. Görüldüğü üzere, §28/1 hükmünün hukuki sonucu mecburi bir ceza indiriminin tatbikidir. Bu hüküm şerik tarafından gerçekleştirilen hukuki değer saldırısının karakteristik özelliklerine göre, yalnızca ceza çerçevesini değiştirir[70]. Suç

---

66 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, §38 kn.23.

67 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.161; GROPP/SINN, §10 kn.244; FRISTER, §25 kn.30; ROXIN, §27 kn.16, 19. Alman CK §28/1 gerçek bir bağlılık kuralı delinmesi meydana getirmez. Bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.1. Şerike fail tarafından işlenen suçun haksızlığı isnat edildiğinden ve şerikte herhangi bir özel kişisel unsurun bulunmaması sadece cezanın belirlenmesi bakımından önem arz ettiğinden bu hüküm bağlılık kuralı ile uyumludur. Bkz. ROXIN, §19 kn.18. Aynı yönde bkz. JOECKS, §28 kn.6.

68 KREY/ESSER, kn.1011. Bu hükmün hukuki sonuç sahasında sadece küçük bir bağlılık kuralı gevşemesi meydana getirdiği hususunda bkz. KÜHL, §20 kn.149,150. Puppe, §28/1'in meydana getirdiği bu sonuç karşısında, hükmün kapsamına giren özel kişisel unsurları "yarı bağlı (yarı bağlılık kuralına tabi) unsurlar" biçiminde nitelendirmektedir. Bkz. PUPPE, §27 kn.19. Karş. SCHÜNEMANN, §28 kn.4.

69 KÜHL, §20 kn.149, 150. Şerikin, gerçek özgü suçun koşullarını yerine getirmiş olmamasına rağmen, §28/1'e göre gerçek özgü suça iştirakten ötürü cezalandırılmasının tutarlı olmadığı görüşü için bkz. FISCHER, §28 kn.2c.

70 HOYER, §28 kn.5.

tipi değişikliği meydana getirmez. Şerikin cezası da failin sorumlu tutulduğu ceza normunu dayanak alır. Yani şerik de failin gerçekleştirdiği suç tipi üzerinden mahkûm edilir. Ancak faile kıyasla (özel kişisel unsuru şahsında taşımayan) şerikin kişisel haksızlığının ve kusurunun ölçüsü daha hafif olduğundan, şerike Alman CK §49/1 hükmü çerçevesinde bir ceza indirimi tatbik edilmektedir. Bu suretle şerike uygulanacak ceza çerçevesi §49/1'deki temel prensipler vasıtasıyla saptanır. Bu hükümde zikredilen prensiplere göre ceza çerçevesi hafiflemesinin miktarı belirlenir[71]. Bu durum §28/1 hükmünün, suç tipinde aranan niteliğe (özel faillik vasfına) sahip olmayan şerik bakımından bir cezanın belirlenmesi kuralı hüviyetinde olduğunu ortaya koyar[72].

Gerçek özgü suçlarda, özgü faillik niteliğini haiz olmayan kişinin gerçekleştirdiği, gerçek özgü suça ait tipte tasvir edilen davranışlara karşılık gelen genel bir suç tipi mevcut değildir[73]. Bu itibarla, gerçek özgü suç yalnızca özel faillik niteliğini haiz olan kimse tarafından işlenebilir. Aksi halde bu hareketler cezasız kalır. Zira bu halde özel kişisel unsur cezayı tesis edici karaktere sahiptir[74]. Örneğin görevi kötüye kullanma, sadece bir kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Burada kamu görevlisi olma niteliği cezayı kurucu etkiyi haizdir. Kamu görevlisi olmayan bir kimsenin görevi kötüye kullanma suç tipinde tasvir edilen davranışları gerçekleştirmesi halinde, bu suçla korunan hukuki değeri ihlal etmesi ve bu nedenle cezalandırılması mümkün olmaz. Zira kamu görevlisi ol-

---

71 Alman CK §49/1'e göre yapılacak indirim neticesinde ilgili suç ortağı hakkında, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda üç yıldan on beş yıla kadar süreli hapis cezasına hükmedilir. Süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda ise, kanunda zikredilen süreli hapis cezasının üst sınırının en fazla dörtte üçüne hükmedilir. Benzer şekilde adli para cezasını gerektiren suçlarda, kanunda zikredilen gün biriminin üst sınırının en fazla dörtte üçüne hükmedilir. Ayrıca süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda, kanunda zikredilen süreli hapis cezasının on veya beş yıllık alt sınırı iki yıla kadar, üç veya iki yıllık alt sınırı altı aya kadar, bir yıllık alt sınırı üç aya kadar, diğer hallerde ise kanuni alt sınıra (yani bir aya) kadar indirilir.

72 FISCHER, §28 kn.7; INGELFINGER, §28 kn.1; HAAS, §28 kn.21. Eklenmelidir ki, Alman CK'da suçlar cürüm ve cünha şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası ile cezalandırılan hareketler cürümdür. Buna karşılık, alt sınırı bir yıldan az hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılan hareketler cünhadır (Alman CK §12/1). Bir suçun cürüm mü cünha mı olduğu mahkûmiyet hükmünün hangi suç üzerinden tesis edildiğine göre belirlenir. Vurgulandığı üzere Alman CK §28/1'in devreye girdiği hallerde de fail ile şerik aynı suç üzerinden cezalandırılmaktadır. Bu nedenle suçun niteliğinde bir değişiklik olmaz. Yani §28/1 hükmü ile uygulanan ceza indiriminin bir suçun fail için cürüm iken, şerik için cünha olmasını sağlama işlevi bulunmaz. Aynı şekilde şikâyet şartı gerekliliğinin bulunup bulunmadığı ve zamanaşımı süresinin tespiti de (mahkûmiyet hükmünde zikredilen) (ana) suça göre yapılır. Bkz. HOYER, §28 kn.46. Dolayısıyla §28/1 hükmü bu gibi hususlar üzerinde herhangi bir etkiyi haiz değildir.

73 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.159.

74 HEINRICH, kn.1355.

mayan kişiler bakımından görevi kötüye kullanma suçuna karşılık gelen bir suç bulunmamaktadır. Bu kişiler ancak bir kamu görevlisini bu suçu işlemeye azmettirebilir veya ona yardım edebilir. Ancak bu yolla bu suçla korunan hukuki değere, şerik olarak (ayrıca herhangi bir özel yükümlülük durumu bulunmaksızın) saldırı gerçekleştirebilir. Kamu görevlisi niteliği, failin kişisel statüsü ile irtibatlandırılmıştır. Kamusal yükümlülüğün ihlalinin özel haksızlık içeriği yalnızca kamu görevlisinin şahsında gerçekleşir. Bu da §28/1 anlamında tipik bir özel kişisel unsur teşkil eder. Zira bu suretle belirli suçlarda olası (muhtemel) failin kişiliği detaylı bir şekilde tasvir edilmiş olur. Bu suça şerik sıfatıyla katılan kimsenin kamu görevlisi olmaması halinde, özel bir yükümlülük ihlalinde bulunması mümkün olmaz. Bu durumun bu türden şeriklerin cezalandırılması esnasında dikkate alınması gerekir. Bunun için Alman CK §28/1'de görevi kötüye kullanma suçuna iştirak eden kamu görevlisi olmayan şerikin cezasında indirim yapılması mecburiyeti öngörülmüştür[75].

TCK'ya göre ise, kamu görevlisi olmayan şerikin bir kamu görevlisinin işlediği gerçek görev suçuna (gerçek özgü suça) iştirak etmesi halinde, sırf kamu görevlisi olmaması sebebiyle cezasında ayrıca indirim yapılması mümkün değildir. Bu nedenle TCK'da, bir kamu görevlisinin başka bir kamu görevlisinin işlediği gerçek görev suçuna şerik olarak katılması ile kamu görevlisi olmayan bir kimsenin aynı suça şerik olarak katılması arasında, bu şeriklerin cezai sorumluluklarının belirlenmesi hususunda herhangi bir fark yaratılmamıştır[76]. Benzer şekilde azmettirenin cezası faile göre belirlendi-

---

[75] MURMANN, §27 kn.76; HEINRICH, kn.1355; KÜHL, §20 kn.158; FRISTER, §25 kn.32. Alman CK §339'daki hâkimin hukuku kasten ihlal ederek uygulaması suçu (gerçek özgü suç) üzerinden kurulmuş başka bir örnek için bkz. KREY/ESSER, kn.1009, 1012. Bu suçun faili hâkim olma özelliğini şahsında taşıyan bir kimse olabilir. Hâkim sıfatı taşımayan bir kimsenin (*Extraneus*) (örn. hâkimin eşi) de yanlış bir hükmün verilmesine neden olması mümkündür. Bu halde, *Extraneus* §339'daki suça azmettiren olarak cezalandırılır. Ancak bu kişi, failin hakimlik görevinden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal etmesi suretiyle meydana gelen özel ek haksızlığı gerçekleştiremez. Bu nedenle kanun koyucu §28/1 vasıtasıyla *Exraneus* lehine bir ceza indirimi düzenler. Bkz. ROXIN, §27 kn.2. Ayrıca Alman CK §348'deki, kamu görevlisinin görev esnasında sahte belge düzenlemesi suçu (gerçek özgü suç) üzerinden kurulmuş bir örnek için bkz. WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.875.

[76] AKBULUT, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.828; AKBULUT, "Bağlılık Kuralı", s.210-211. Akbulut, haklı olarak bunun bağlılık kuralına dayalı uygulamanın ortaya çıkardığı bir sorun olduğuna dikkat çekmektedir. Yazara göre, gerçek özgü suça katılan özgü faillik niteliğini taşımayan şeriki, sanki bu niteliğe sahipmiş gibi sorumlu tutmak doğru değildir. Bkz. AKBULUT, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.828, 832. Öte yandan, Kitapçıoğlu Yüksel'e göre bu durum cezalandırmada adaletsizliğe yol açar. Zira şerikin özgü faillik niteliğini haiz olması suçun icrasını kolaylaştırır. Ayrıca bu türden şerikin, özgü faillik niteliğini haiz olmayan şerike kıyasla cezalandırılmaya liyakati daha fazladır. Bu nedenle bu iki tür şerik arasında cezalandırma açısından fark yaratılmalıdır. Bkz. KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.408.

ğinden, kamu görevlisi olmayan azmettiren gerçek görev suçunu işleyen kamu görevlisi fail ile aynı cezayı almaktadır[77]. Yine, özgü faillik niteliğini haiz olmamasına rağmen, fiil üzerinde hakimiyet kurarak gerçek özgü suça katılan kimse ile yalnızca yardım etme hüviyetindeki hareketlerle suça katılan özgü faillik vasfını haiz olmayan kimsenin cezai sorumluluk statüsü de ayrıştırılmamıştır. Bu türden şeriklerin her ikisi de gerçek özgü suça yardım eden olarak cezalandırılmaktadır.

Alman CK'ya göre de bir kamu görevlisini örneğin görevi kötüye kullanma suçunu işlemeye azmettiren kamu görevlisi olmayan kişi, görevi kötüye kullanma suçuna (gerçek özgü suça) azmettiren olarak cezalandırılır. Ancak cezası, şahsında görevi kötüye kullanma suçundan ötürü cezalandırmayı tesis eden kamu görevlisi olma özel kişisel unsuru bulunmadığından, zorunlu olarak belirli bir ölçüde indirilir. Yani failin sahip olduğu özel kişisel unsurun azmettirende bulunmaması, azmettiren lehine bir ceza indirimi yapılmasına yol açar[78]. Benzer şekilde, faile görevi kötüye kullanma suçunu işlemede yardım eden kamu görevlisi olmayan kimse de görevi kötüye kullanma suçuna yardım eden olarak cezalandırılır. Ancak yardım edenin alacağı ceza kural olarak iki defa indirime uğrar. Bunlardan biri yardım etme kurumunun kendisinden, diğeri ise §28/1'de öngörülen (cezayı kurucu özel kişisel unsur eksikliği sebebiyle vuku bulan) zorunlu ceza indiriminden kaynaklanır. Bu suretle kamu görevlisi olmayan yardım eden bakımından bir çifte ceza hafiflemesinin gerçekleşeceğinden söz edilir[79].

Ancak bu suretle, şerikin özel bir yükümlülüğü bulunmaksızın gerçekleştirdiği hukuki değer saldırısı ölçülü bir şekilde karşılanmış olur. Zira gerçek özgü suçla korunan hukuki değerler bir *Extraneus* tarafından fail olarak

---

77 KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.338.

78 Herhangi bir özgü yükümlülük altında olmayan kimsenin, böyle bir yükümlülük altında olan kimseyi ilgili gerçek özgü suçu işlemeye azmettirmesi durumunda, azmettirenin faille aynı cezayı alması mümkün olmaz. Bkz. JOECKS, §28 kn.1. Bilindiği üzere TCK m.38'e göre, bir kimseyi belirli bir suçu işlemeye azmettiren kişi işlenen suçun cezası ile cezalandırılmaktadır. Bu itibarla azmettirenin de tıpkı fail gibi, failin işlediği suçun ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılması gerekir. Ancak burada zikredilen düzenleme (Alman CK §28/1) bu kurala aykırı olarak azmettirenin cezasında belirli bir ölçüde mecburi bir indirimin tatbik edileceğini öngörmektedir. Bu durumda azmettiren faille aynı cezayı alamayacaktır. Karş. ROXIN, §27 kn.4; SCHÜNEMANN, §28 kn.1.

79 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.161; HEINRICH, kn.1355; KÜHL, §20 kn.149,150. Bu halde önce yardım etme kurumundan ileri gelen ceza hafiflemesinin tatbik edileceği, daha sonra ise bu suretle elde edilen hafifletilmiş ceza üzerinden §28/1'de öngörülen ceza indiriminin uygulanacağı hususunda bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.83.

ihlal edilemez. Ancak şerik olarak ihlal edilebilir. Bu itibarla Alman öğretisinde §28/1 hükmü vasıtasıyla *Extraneus* şerike uygulanan gerçek özgü suçun hafifletilmiş ceza çerçevesinin, aynı hukuki değeri koruyan (özel hükümler kitabında bulunmayan) genel suçun yerini aldığından söz edilmektedir[80]. Yine benzer şekilde, gerçek özgü suçlarda özel faillik niteliğini haiz olmayan şerik için faille aynı ceza çerçevesinin geçerli olmasının eşyanın tabiatına aykırı olacağı savunulmaktadır. Zira şerikin hareketinin haksızlık ve kusur içeriği, özgü failin hareketiyle gerçekleştirdiği (ana) suç karşısında açıkça daha hafiftir. Gerçek özgü suçlarda, suçun haksızlık ve kusur içeriğini önemli ölçüde şekillendiren husus özel faillik niteliğidir[81].

Özel yükümlülük altında bulunmayan (özel faillik vasfını taşımayan) bir kimse suç tipinde tasvir edilen harekete katıldığında sadece yardım eden olabilir ve cezası yardım etme kurumu gereği bir defa hafifletilir. Bunun yanı sıra yardım edenin cezasının, şahsında özel kişisel unsur taşımaması nedeniyle §28/1'e göre hafifletilmesi gerekir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bu gibi hallerde prensip olarak sadece bir defa ceza indirimi yapılmakla yetinilmesi görüşünde değildir. Böyle bir yol izlenseydi azmettiren ve yardım eden aynı ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılmış olurdu. Bu da azmettirme ve yardım etme arasında yasanın öngördüğü farklılaşan cezai sorumluluk ilişkisini zedelerdi. Zira yardım edenin azmettirenden daha hafif bir ceza ile sorumlu tutulması gerekir[82].

Bununla birlikte, örneğin kamu görevlisi olmayan kişinin suça katkısı şeriklik düzeyini aşacak kadar yoğunsa, yani genel kurallara göre bu kişi müşterek fail statüsünde olacak idiyse, ancak sırf kanunda fail olabilmek için aranan kamu görevlisi niteliğine (yani özel kişisel unsura) sahip olmadığından gerçek özgü suça yardım eden statüsünde kalmışsa, bu kişinin cezası sadece bir defa indirime tabi tutulur. Bu ceza indirimi yardım etme ku-

---

[80] FRISTER, §25 kn.32. Puppe'ye göre, bir gerçek özgü suça yardım eden ya da azmettiren olarak katılan, yükümlülük altında olmayan kimsenin hareketinde, o suça özgü özel yükümlülük ihlalinin son derece kişisel bileşeni bulunmaz. Bu kimse o suça özgü özel hukuki yükümlülüğü ihlal edemez. Bkz. PUPPE, §27 kn.26-27.

[81] KREY/ESSER, kn.1011. Zira özgü faillik niteliğine sahip olan kimse hareketiyle hem gerçek özgü suçla korunan hukuki değeri hem de kişisel olarak kendisine yüklenen özel yükümlülüğü ihlal edebilir. Bkz. KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.412.

[82] ROXIN, §27 kn.82. Özgü faillik vasfını taşımayan azmettirenin cezası da §28/1'e göre zorunlu olarak hafifletileceğinden, azmettiren ve yardım eden arasında kanunda öngörülmüş olan cezai sorumluluk farkı (mesafesi), ancak bu tür durumlarda yardım edenin çifte ceza indiriminden istifade etmesinin sağlanması ile korunabilir. Bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.84.

rumundan kaynaklanır. Ayrıca §28/1 hükmüne göre indirim uygulanmaz. Zira bu halde her iki indirim sebebi de aynı olgusal (fiili) temele yani özgü faillik vasfının bulunmamasına dayanmaktadır. Aynı durumun §28/1 hükmü üzerinden yardım eden lehine bir kez daha hüküm ifade etmesi mümkün değildir[83]. Bu itibarla bir çifte ceza hafiflemesinden söz edilebilmesi için, yardım etmeden ileri gelen ceza hafiflemesinin müstakil bir olgusal (fiili) temele sahip olması şarttır. Yalnızca özel kişisel unsur eksikliğinden ötürü faillik yerine yardım etmenin mevcudiyetinin kabul edildiği hallerde, bu tür yardım edenin çifte ceza hafiflemesinden yararlandırılması mümkün olmaz[84]. Ancak suç katılımcısının gerçekleştirdiği suç katkısının niteliksel olarak yalnızca yardım etme biçiminde değerlendirilmesi gereken hallerde, bu suç katılımcısı özgü faillik vasfına da sahip değilse çifte ceza hafiflemesinin gerçekleşeceğinden söz edilebilir[85].

Türk öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, gerçek özgü suça fiil üzerinde hakimiyet kurarak katılan, ancak sırf suç tipinde fail olabilmek için öngörülen niteliği haiz olmadığından fail olarak sorumlu tutulamayan kimse, azmettiren olarak cezalandırılmalıdır[86]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira TCK m.38'de yalnızca başkasını suç işlemeye sevk eden kişinin azmettiren olabileceği öngörülmüştür. Hükmün madde gerekçesinde azmettirme hareketi, belirli bir suçu işlemeye ilişkin henüz herhangi bir fikri bu-

---

83 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.161; HOYER, §28 kn.45; JOECKS, §28 kn.54. Aksi halde şerik, ceza indirimine ilişkin olarak aynı durumdan kendi lehine iki defa istifade etmiş olacaktır. Bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.83. Yazara göre, suça fiil üzerinde hakimiyet kurarak katılan özgü faillik vasfına sahip olmayan kimsenin cezasının tıpkı, özgü faillik vasfına sahip olmayan azmettiren gibi yalnızca bir defa indirime tabi tutulması gerekir. Zira bu halde bu kişinin fiil hakimiyeti, normal şartlarda yardım etme ve azmettirme arasında bulunan değersizlik farkını bütünüyle telafi eder (giderir). Bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.84.

84 FISCHER, §28 kn.7; INGELFINGER, §28 kn.9; JESCHECK/WEIGEND, s.660. Örneğin, güveni kötüye kullanma suçunda, suç katılımcısı malvarlığını koruma yükümlülüğü bulunmadığı halde fiil üzerinde hakimiyet kuruyorsa durum böyledir. Bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.83. Roxin'e göre de yükümlülük altında olmadan (yani özel faillik niteliği bulunmadan) bir gerçek özgü suça etki eden kişi fiil hakimiyetine ya da fail iradesine sahipse bir defa ceza indirimi yapılır. Aksi halde çifte ceza indiriminin gerçekleşmesi gerekir. Bkz. ROXIN, §27 kn.83.

85 HEINE/WEIßER, §28 kn.24. Sanığın yalnızca yükümlülük altında bulunmaması nedeniyle müşterek fail olamadığı hallerde, cezasının iki defa indirime tabi tutulmayacağı görüşü Alman Federal Yüksek Mahkemesine aittir. Bkz. JOECKS/JÄGER, §266 kn.57. Yüksek Mahkemeye göre, yardım etmenin mevcudiyetinin kabulü ek bir olgusal (fiili) dayanağa sahipse (örn. salt yardım etme iradesiyle sunulan cüzi suç katkısı söz konusuysa), şerikin cezası hem yardım etme hükmüne göre hem de §28/1'e göre zorunlu olarak indirilir. Bkz. HAAS, §28 kn.21. İlgili karar için bkz. BGH, NJW 1975, s.838.

86 KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.329, 432.

lunmayan kimsenin, başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesi olarak tanımlanmıştır. Fiil üzerinde hakimiyet kurarak suça katılan kimse, ayrıca kanunda tanımlanan anlamda bir azmettirme hareketi gerçekleştirmiş olmadıkça azmettiren olarak nitelendirilemeyecektir. Dolayısıyla bu kişi ancak gerçek özgü suça yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.

Yürürlükteki TCK'ya göre, kamu görevlisi olmayan kimsenin, bir kamu görevlisini görevi kötüye kullanma suçunu işlemeye azmettirmesi halinde, bu kişi görevi kötüye kullanma suçuna azmettiren olarak cezalandırılır. Azmettiren de işlenen suçun cezası ile cezalandırıldığından, kamu görevlisi olmayan azmettiren, kamu görevlisi faille aynı ölçüde ağır bir ceza ile karşı karşıya kalır. Azmettirenin kamu görevlisi olmaması sebebiyle cezasında indirim yapılması olanağı TCK'da bulunmamaktadır. Bunun bir diğer sonucu olarak, TCK'da görevi kötüye kullanma suçuna iştirak eden kamu görevlisi olan şerik ile kamu görevlisi olmayan şerikin alacağı ceza da prensip itibarıyla ayniyet arz eder. Benzer şekilde, herkes tarafından işlenebilen bir suça şerik olarak iştirak eden kimse ile görevi kötüye kullanma suçuna kanunda aranan özgülük niteliğini haiz olmaksızın iştirak eden kimse arasında da cezai sorumluluk bakımından bir fark bulunmaz. Ayrıca, görevi kötüye kullanma suçuna faillik düzeyinde hareketlerle katkıda bulunan kamu görevlisi olmayan kimse ile suç katkısı yalnızca yardım etme düzeyinde kalan kamu görevlisi olmayan kimse de TCK'da aynı suretle (görevi kötüye kullanma suçuna yardım eden olarak) cezalandırılır. Kanımızca zikredilen bu hususlar gerçek özgü suça iştirak eden şeriklerin cezalandırılmasında adaletsizlik meydana getirmektedir.

Alman uygulamasını incelemek amacıyla bir başka örnek de güveni kötüye kullanma suçu üzerinden kurulabilir. (F) bir mağazada mağaza müdürü olarak çalışmaktadır. Karısı (K), (F)'den mağazanın günlük kazancından 5000 TL'yi birlikte çıkacakları bir gezide kullanmak üzere ayırmasını ister. (F) istenileni yapar. Bu olayda (F) güveni kötüye kullanma suçunu işlemiştir. Bu suçun faili ancak malvarlığını koruma yükümlülüğü altında bulunan kişi olabilir. (F) mağaza müdürü olarak mağazanın günlük kazancı bakımından böyle bir yükümlülük altındadır. Ancak (K)'nın bu yönde herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yükümlülük aynı zamanda §28 anlamında güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırmayı tesis eden bir özel kişisel unsur hüviyeti taşır. Bu itibarla (K) güveni kötüye kullanma suçuna azmettiren olarak cezalandırılır. Ancak (K)'nın cezası §28/1 hükmü uyarınca mecburi olarak hafifletilir. Zira (K)'nın şahsında, güveni kötüye kullanma suçunun ceza çerçevesi-

nin şekillendirilmesinde etkili olan kişisel güven ilişkisi bulunmamaktadır[87]. Diğer bir ifadeyle bir gerçek özgü suç olan güveni kötüye kullanma suçunun ceza çerçevesi ihdas edilirken, yani bu ceza çerçevesine ait alt ve üst sınırlar belirlenirken, failin malvarlığını koruma yükümlülüğü altında bulunan kişi olacağı kanun koyucu tarafından dikkate alınmış ve suçun ceza çerçevesi buna göre şekillendirilmiştir. Bu nedenle suça iştirak eden kişinin böyle bir yükümlülük altında olmadığı durumlarda, şerikin faille aynı alt ve üst sınıra sahip olan ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılması adaletsizlik meydana getirir. Bu adaletsizliğin giderilmesi için, özgü suçun faili olabilme niteliğini taşımayan şerikin cezasının belirli ölçüde indirilmesi suretiyle, özgü suçun cezasının şerikin şahsına uyarlanması gerekir.

Vurgulandığı üzere, Alman CK §28/1 hükmündeki ceza indirimi sadece suça şerik olarak iştirak eden ve şahsında özel kişisel unsuru taşımayan kimse hakkında uygulama bulmaktadır[88]. Bu itibarla, örneğin bir kamu görevlisi başka bir kamu görevlisini görevi kötüye kullanma suçunu işlemeye azmettirirse, azmettiren kamu görevlisi herhangi bir indirime gidilmeksizin görevi kötüye kullanma suçuna azmettiren olarak cezalandırılır. Yani faille aynı ceza çerçevesinden sorumlu tutulur. Azmettiren de fail de kamu görevlisi olduğundan bu sonuç bir adaletsizlik meydana getirmez. Benzer şekilde bir kamu görevlisi başka bir kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçunu işlemesine yardım ederse, görevi kötüye kullanma suçuna yardım eden konumundaki kamu görevlisinin cezası sadece bir defa indirime tabi tutulur. Bu indirim yardım etme kurumunun kendisinden kaynaklanır.

Son olarak ifade edilmelidir ki, somut olayda Alman CK 28/1'in uygulanabilirliğinin ve etkilerinin, suçun unsurlarının ve kusurun tespitinden sonra, ayrı bir başlıkta ele alınması gerekir. Zira bu düzenleme hangi suç ya da suç tipi üzerinden mahkûmiyet hükmü kurulacağına etki etmez. Sadece şerik hakkında uygulanacak ceza çerçevesine etki eder[89]. Bu nedenle §28/1'in incelenme yeri cezanın belirlenmesi sahasıdır[90].

---

87 RENGIER, §46 kn.3. Güveni kötüye kullanma suçunda, güvene dayalı tevdi edilen göreve sadakat yükümlülüğü cezayı kurucu özel kişisel unsur teşkil eder. Bu yükümlülük failin güvenene (kendisine görevi tevdi eden kişiye) yakınlığı ve özel bir erişim olanağına sahip olması ile ayırt edilir. Bkz. JOECKS/JÄGER, §266 kn.57-58. Bu suç güven ilişkisine uygun hareket etme yükümlülüğü altında bulunmayanlar tarafından işlenemez. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.483.

88 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.162.

89 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, §38 kn.33.

90 HEINRICH, kn.1355.

III. SONUÇ

Gerçek özgü suça iştirak eden suç katılımcısının cezai sorumluluğu tayin edilirken, ilgili suç katılımcısının özgü faillik niteliğini haiz olup olmamasına (yani özel kişisel unsuru şahsında taşıyıp taşımamasına) göre ayrım yapılmalıdır. Suç katılımcısı özgü faillik niteliğini haiz ise ve fiil üzerinde hakimiyet kurarak suç tipine uygun hareketleri gerçekleştiriyorsa, kural olarak ayrıca bir ceza indiriminden istifade etmeksizin işlediği gerçek özgü suçtan fail olarak sorumlu tutulur. Benzer şekilde, özgü faillik niteliğini haiz olan kimse gerçek özgü suça şerik olarak katılıyorsa, kural olarak ayrıca bir ceza indiriminden istifade etmeksizin oluşa göre gerçek özgü suça yardım eden ya da azmettiren olarak sorumlu tutulur. Bu nitelikteki şerik gerçek özgü suça yardım eden olarak sorumlu tutuluyorsa, yardım etme kurumunun kendisinden (TCK m.39/1) ileri gelen ceza indiriminden istifade etmeye devam eder.

Buna karşılık, gerçek özgü suça katılan kimse özgü faillik niteliğini haiz değilse, ancak fiil üzerinde hakimiyet kurarak suç tipine uygun hareketlerde bulunuyorsa, gerçek özgü suça yardım eden olarak cezalandırılmalı ve kural olarak sadece yardım etme kurumunun kendisinden ileri gelen ceza indiriminden yararlandırılmalıdır[91]. Bununla birlikte, gerçek özgü suça iştirak eden suç katılımcısı hem özgü faillik niteliğini haiz değilse hem de sunduğu katkı sadece yardım etme ya da azmettirme düzeyinde kalıyorsa, gerçek özgü suça azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılmalı, ancak cezası özgü faillik niteliğini haiz olmaması nedeniyle belirli bir ölçüde indirilmelidir. Bu son halde, suça yardım eden olarak katılan kimsenin cezası ayrıca yardım etme sebebiyle de hafifletileceğinden (TCK m.39/1), özgü faillik niteliğini haiz olmadan gerçek özgü suça katkı sunan yardım eden çifte ceza hafiflemesinden istifade edecektir. TCK'da böyle zorunlu ceza indirimi öngören bir yasal düzenlemenin yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Bu suretle özgü faillik niteliğini taşıyan gerçek özgü suçun failiyle bu niteliği taşımayan azmettirenin aynı ceza ile cezalandırılması önlenir. Özgü faillik niteliğine sahip olan şeriklerle bu niteliğe sahip olmayan şeriklerin

---

[91] Öğretide savunulan bir görüşe göre bu halde, suç katılımcısının müşterek fail olarak cezalandırılması gerekir. Bkz. A.H.EVİK, s.37-39. Bu görüş izlendiğinde, bir gerçek özgü suçun özgü faillik niteliği taşıyan kimse tarafından işlenmesi ile böyle bir niteliği taşımayan kimse tarafından "işlenmesi" arasında bu kişilerin cezai sorumluluklarının belirlenmesi bakımından herhangi bir ayrım yapılmamış olacağından, bu durum da ayrı bir adaletsizlik yaratır. Zira özgü faillik niteliğine cezai sorumluluğun tayininde önem atfedilmemiş olur.

cezai sorumluluk statüleri farklılaştırılmış olur. Ayrıca özgü faillik niteliğine sahip olmayan kimsenin fiil üzerinde hakimiyet kurarak suça katılımı ile sadece yardım etme düzeyinde katkı sunarak suça katılımı arasında da cezai sorumluluk açısından fark meydana getirilir. Benzer şekilde, herkes tarafından işlenebilen bir suça şerik olarak iştirak eden kimse ile gerçek özgü suça kanunda aranan özgülük niteliğini taşımaksızın iştirak eden kimse arasında cezai sorumluluk bakımından ayrım yapılmış olur. Böylelikle suç katılımcıları daha adil, daha orantılı bir ceza ile cezalandırılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

AKBULUT Berrin, "Bağlılık Kuralı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, S.1, 2010, ss.167-214.

AYDIN Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

BAUMANN Jürgen/WEBER Ulrich/MITCH Wolfgang/EISELE Jörg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2021.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

EVİK Ali Hakan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failinin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, S.33, 2017, ss.7-46.

EVİK Vesile Sonay, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

FISCHER Thomas, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 67. Aufl., C.H.Beck, München, 2020.

FRISTER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., C.H.Beck, München, 2020.

GROPP Walter/SINN Arndt, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Springer-Verlag, Berlin, 2020.

HAAS Volker, **Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2020.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

HEINE Günter/WEIßER Bettina, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2019.

HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019.

HOYER Andreas, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 §§1-37 StGB**, 9. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017.

INGELFINGER Ralph, **Gesamtes Strafrecht StGB, StPO, Nebengesetze Handkommentar**, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017.

İÇEL Kayıhan/EVİK Ali Hakan, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, 4. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.

JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JOECKS Wolfgang, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 §§1-37**, 3. Aufl., C.H.Beck, München, 2017.

JOECKS Wolfgang/JÄGER Christian, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 13. Aufl., C.H.Beck, München, 2021.

KINDHÄUSER Urs/ZIMMERMANN Till, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020.

KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL Tülay, **Özgü Suç**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

KREY Volker/ESSER Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2022.

KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2017.

MURMANN Uwe, **Grundkurs Strafrecht**, 6. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2021.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ÖZKAN Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

PUPPE Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019.

RENGIER Rudolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2019.

ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, Verlag C.H.Beck, München, 2003.

SCHÜNEMANN Bernd, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Erster Band Einleitung §§1 bis 31**, 12.Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2007.

TOROSLU Nevzat/TOROSLU Haluk**, Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.

WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 49. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2019.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 8. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.