

MÜŞTEREK FAİLLİKTE İCRA HAREKETLERİNE BAŞLAMA SORUNU

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276278>

Arş. Gör. Dr. Nurullah KANTARCI^{*,**}

Öz

Müşterek faillikten söz edilebilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekir. Bunlar “birlikte suç işleme kararı” ve “fail üzerinde fonksiyonel hâkimiyettir”. Ancak fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanması için faillerin suça olan katkılarının eş zamanlı olması gerekmez. Birlikte suç işleme kararı alan failler, aralarında bir iş bölümü yaparak da suçu gerçekleştirebilirler. Aralarında iş bölümü yapan müşterek faillerden bir kısmı suçun icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamış fakat suç teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Bu durumda henüz kendi payına düşen katkıyı sağlayamamış olan faillerin suça teşebbüsten sorumlu tutulup tutulamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta Alman doktrininde başta bireysel ve bütüncül çözüm önerileri olmak üzere çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bütüncül çözüme göre, müşterek faillerden birinin icra hareketlerine başlaması yeterli olup, diğer failer kendilerine düşen hareketleri henüz gerçekleştirmemiş olsalar da suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulacaklardır. Bireysel çözüme göre ise, suçun işlenmesi bakımından henüz kendi katkısını sağlamamış olan fail suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Zira her failin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için bizzat doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması gerekmektedir. Alman doktrininde ve yargı uygulamalarında ağırlıklı olarak bütüncül teori benimsenmektedir. Türk doktrininde ve yargı uygulamalarında ise konu yeterince tartışılmış değildir. Ancak söz konusu tartışmanın önemi özellikle 15 Temmuz darbe girişiminden sonraki yargılamalarda ortaya çıkmıştır.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Antalya (nurkan038@gmail.com) ORCID: 0000-0001-6555-5603 (Geliş Tarihi: 07.11.2022-Kabul Tarihi: 20.01.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

** Bu konu, 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında düzenlenmiş olan Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi'nde tebliğ olarak sunulmuş; tebliğ özeti, kongrenin bildiri özet kitabında yayımlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Müşterek faillik, İştirak, Suça teşebbüs, Doğrudan doğruya icraya başlama, Fonksiyonel hâkimiyet

**THE PROBLEM OF BEGINNING
THE EXECUTION IN CO-PERPETRATION**

(Research Article)

Abstract

Two conditions must be present, for co-perpetration to occur. These conditions are “the decision to commit a crime together” and “functional dominance over the act”. However, to ensure the condition of functional dominance, the perpetrators’ contributions to the crime do not have to be simultaneous. The perpetrators who decide to commit a crime together can also commit the crime by dividing labor among them. Some of the co-perpetrators among whom there is a division of labor may have started the execution of the crime directly, but the crime may have remained at the stage of attempt. In this case, it is controversial in the doctrine whether the perpetrators who have not yet made their contribution can be held responsible for the attempted crime. Various opinions have been put forward on this issue, especially individual and holistic solution proposals in German doctrine. According to the holistic solution, it is enough for one of the co-perpetrators to begin the execution and the other perpetrators will be held responsible for the attempted crime, even if they have not yet performed their part. According to the individual solution, the perpetrator, who has not yet contributed to the commission of the crime, cannot be held responsible for the attempted crime. Because, for each perpetrator to be held responsible for the attempt, he/she must personally begin the execution directly. In German doctrine and judicial practice mainly, the holistic theory is adopted. In Turkish doctrine and judicial practice, the issue has not been discussed enough. However, the importance of this discussion has been revealed, especially in the trials after the July 15 coup attempt.

Keywords

Co-Perpetration, Accomplicity, Attempt to commit an offence, Beginning the execution directly, Functional dominance

I. SORUNUN TESPİTİ

Müşterek faillikten söz edilebilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar; “birlikte suç işleme kararı” ve “suçun işlenmesinde fonksiyonel hâkimiyettir”¹. Fonksiyonel hâkimiyetin bulunup bulunmadığının tespitinde, suç ortaklarının suçun işlenmesinde üstlendikleri roller ve suçun işlenmesine yaptıkları katkıların önemi göz önünde bulundurulacaktır². Suç ortağının üstlenmiş olduğu katkı, suçun tamamlanması bakımından zorunluluk arz ediyorsa, yani müşterek katkılardan herhangi birinden vazgeçilmesi durumunda suçun akim kalma tehlikesi ortaya çıkıyorsa, fonksiyonel hâkimiyet şartı sağlanmış olacaktır³. Birlikte suç işleme kararına dayalı olarak faillerin, eş zamanlı bir şekilde suçun icrası üzerinde hâkimiyet kurması durumunda fonksiyonel hâkimiyetin varlığı şüphesizdir. Müşterek faillerin eş zamanlı olarak suça katkı sundukları durumda teşebbüsün başlangıcı bakımından bir tartışma bulunmayıp, bu ihtimalde teşebbüs sorumluluğu genel kurallara göre belirlenecektir⁴. Bununla birlikte fonksiyonel hâkimiyetten

- ¹ **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, (Genel Hükümler), s. 542, 543; **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 455; **Özbek**, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2022, s. 537, 538; **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2022, s. 540-542; **Artuk**, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler: Adalet Yayınevi, 16. Baskı, Ankara 2022, s. 752; **Dülger**, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Hukuk Akademisi Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 710.
- ² **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 545; **Koca/Üzülmez**, s. 458; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 756; **Dülger**, s. 714; **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 531. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çakır**, Kerim: Suça İştirake Müşterek Faillik, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 121-136.
- ³ **Koca/Üzülmez**, s. 459; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 759; **Özgenç**, İzzet: Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İmaj Ofset Yayıncılık, İstanbul 1996, (Suça İştirakin Hukuki Esası), s. 264; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 545. **Özgenç**, buradaki zorunluluğun, “bu katkı bulunmasaydı suç hiçbir surette işlenemeyecekti” şeklinde farazi bir formülasyonla tespit edilemeyeceğini; bu tespitin ancak “ex post” bir biçimde yapılabilceğini ve bunun da doğru sonuçlar vermeyeceğini ifade etmektedir. Zira neticenin meydana gelmesi durumunda, bütün iştirak katkıları netice açısından zorunluluk arz edecektir. Yazarın açıklamalarına göre buradaki zorunluluk, olay anına göre, suçun tamamlanabilmesi bakımından önem arz eden bir katkı şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 546, 547. Aynı yönde bkz. **Dülger**, s. 714.
- ⁴ **Rönnau**, Thomas: “Grundwissen-Strafrecht: Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten”, Juristische Schulung, 2014, Heft 2, s. 109; **Krack**, Ralf: “Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und Mittelbarer Täterschaft”, ZStW (110), 1998, Heft 3, s. 611.

söz edilebilmesi için faillerin suça olan katkılarının eş zamanlı olarak gerçekleştirilmesi şart değildir⁵. Faillerin aralarında bir iş bölümü söz konusu olabilir ve suça olan katkıları birbirini izleyen şekilde gerçekleştirilebilir. Bu ihtimalde müşterek faillerin hangi andan itibaren cezalandırma safhasına girmiş olacağı, yani her bir müşterek fail yönünden icra hareketlerinin ne zaman başlamış sayılacağı tartışmalı hale gelmektedir.

Örnek Olay: A, B ve C birlikte D'ye ait evi soymaya karar verirler. Suç planına göre A, maymuncukla evin kapısını açacak ve kapının önünde gözcülük yapacak; B de kapı açıldıktan sonra eve girerek evde bulunan değerli eşyaları alacak ve dışarı taşıyacaktır. Bu esnada C ise sokağın köşesinde bekleyecek ve arkadaşlarından haber gelince kamyonuyla birlikte evin önüne gelecektir. Daha sonra A, B ve C eşyaları kamyonu yükleyerek hep beraber olay yerinden uzaklaşacaklardır.

1. İhtimal: Olayda A, maymuncukla evin kapısını açtıktan sonra, polis ekipleri olay yerine gelir ve henüz B eve dahi girmeden A, B ve C'yi yakalar.

2. İhtimal: Olayda A, maymuncukla kapıyı açar ve gözcülük yapmaya başlar. Kapının açılmasından sonra B eve girer ve değerli eşyaları dışarı taşır. Ancak tam bu esnada polis ekipleri olay yerine gelir ve A ile B'yi yakalar. Uzaktan olay yerini gözleyen C, A ve B'nin yakalandığını görünce sessizce olay yerinden ayrılır.

Yukarıdaki örnek olayda, bazı failler suç planına göre üzerlerine düşen katkıyı sağlamışken; bazı failler henüz kendi üzerlerine düşen katkıyı sağlayamamışlardır. Dolayısıyla her bir müşterek failin, hangi andan itibaren hazırlık hareketleri boyutunu aşarak icra hareketleri aşamasına ulaşmış olacağı, yani suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulacağı tartışmalı hale gelmektedir⁶. Bu sorunu, doğrudan teşebbüse ilişkin normatif düzenlemelere (TCK m. 35, Alman CK §22) bakarak çözebilmek mümkün görünmemektedir⁷. Zira teşebbüse ilişkin düzenlemeler, suçun tek fail tarafından işlen-

⁵ Koca/Üzülmez, s. 460; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 758.

⁶ Heinrich, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2012, §23, kn. 739; Hillenkamp, Thomas: in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 12. Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin 2007, §22, kn. 170; Rengier, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2020, §36, kn. 18.

⁷ TCK m. 35/1: "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur."

mesi ihtimaline göre formüle edilmiştir⁸. Problemin çözülebilmesi için teşebbüs ve müşterek faillik kurumlarının yapısal unsurları birlikte göz önünde bulundurulmalıdır⁹. Söz konusu problemin çözümü adına doktrinde farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerin detaylarına aşağıda yer verilecektir. Belirtmek isteriz ki müşterek faillige ve hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayırımına¹⁰ ilişkin tartışmalar çalışmamızın kapsamı dışında olup, çalışmada yalnızca müşterek faillikte icra hareketlerine başlama sorununa çözüm aranacaktır.

II. SORUNUN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER

A. Bütüncül Çözüm

1. Teorinin Esası

Alman doktrininde ve yargı uygulamalarında baskın görüş olarak savunulan bütüncül çözüme (Gesamtlösung) göre, müşterek faillerden birinin hazırlık hareketleri sınırını aşarak, birlikte kararlaştırılan suçun icrasına doğrudan doğruya başlamasıyla, diğer bütün failler de -henüz kendi katkılarını sunmamış olsalar dahi- teşebbüs aşamasına girmiş olacaklardır¹¹. Bu

Alman CK §22: "Her kim, fiile ilişkin tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır." Bkz. **Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: Alman Ceza Kanunu -Strafgesetzbuch-, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 20.

⁸ **Rönnau**, s. 109; **İçer**, Zafer: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 199.

⁹ **Küper**, Wilfried: "Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten", Juristen Zeitung, 1979, s. 775; **Otto**, Harro: Grundkurs Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin 2004, §21, kn. 125; **Krack**, s. 611; **Çataklı**, Hasan: Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, Kovac Verlag, Hamburg 2020, s. 327.

¹⁰ Hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin nasıl ayırt edileceğine ilişkin doktrinde birçok teori ileri sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İçer**, s. 84-129; **Kantarci**, Nurullah: İşlenemez Suç, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 228-235.

¹¹ **Heinrich**, §23, kn. 740; **Jäger**, Christian: in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2017, §22, kn. 34; **Hoffmann-Holland**, Klaus: in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2020, §22, kn. 139; **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 171; **Eser**, Albin/**Bosch**, Nikolaus: in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2019, §22, kn. 55; **Küper**, s. 776; **Rengier**, §36, kn. 20; **Jescheck**, Hans Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 1996, s. 681; **Gropp**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2015, §10, kn. 191;

görüşü savunan yazarlar, görüşlerini Alman CK §25/2 hükmüne dayandırmaktadırlar¹². Söz konusu hükme göre “suçu birlikte işleyenlerden her biri fail olarak cezalandırılacaktır”. Bu düzenlemeden çıkan sonuca göre de müşterek failler ortak bir suç işleme planı doğrultusunda hareket etmektedirler. Dolayısıyla faillerden birinin icra hareketlerine başlamış olması, diğer suç ortaklarına da isnad edilebilmelidir¹³. Bu görüşe göre, teşebbüs sorumluluğunun belirlenmesinde her bir müşterek failin hareketlerinin ayrı ayrı incelenmesi, müşterek faillik kurumunun düzenleniş amacıyla bağdaşmamaktadır¹⁴. Bunun yanında bütüncül teoriyi savunan yazarlar, tesadüf argümanını da ileri sürmektedirler¹⁵. Buna göre, teşebbüs sorumluluğunun belirlenmesinde her bir müşterek failin hareketinin ayrı ayrı değerlendirilmesi sonucunda, bazı suç ortakları tesadüfen cezasız kalabileceklerdir. Suç planı gereğince, suça katkısı diğerlerine göre daha sonra gerçekleşecek olan failin, katkısını henüz sunamaması tamamen bir tesadüfün eseridir. Bu sebeple de ortak suç işleme kararı almış olan bu müşterek faili cezasız bırakmak adil olmayacaktır. Bütüncül teorinin bazı savunucuları da gönüllü vazgeçme hükümlerinden (Alman CK §24/2)¹⁶ yola çıkarak teorinin doğruluğunu kanıt-

Lackner, Karl/**Kühl**, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), 29. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2018, §22, kn. 9; **Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 34. Auflage, C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2004, §14, kn. 611; **Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003, §29, kn. 104; **Kudlich**, Hans/**Schuhr**, Jan: in: Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/ Widmaier, Gunter, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2019, §22, kn. 52.

¹² MüKo-**Hoffmann-Holland**, §22, kn. 139; **Heinrich**, §23, kn. 740; **Rengier**, §36, kn. 20; **Kretschmer**, Joachim: “Unmittelbares Ansetzen (§22 StGB) bei mittelbarer Täterschaft und bei Mittäterschaft”, Juristische Arbeitsblätter, 2020, s. 588; **Kindhäuser**, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2015, §40, kn. 15.

¹³ MüKo-**Hoffmann-Holland**, §22, kn. 139; **Heinrich**, §23, kn. 740; **Cornelius**, Kai: in: Beck’scher Online Kommentar StGB v. Heintschel-Heinegg, 54. Edition, 2022, §22, kn. 63; **Küper**, s. 777; **Jescheck/Weigend**, s. 681; **Rönnau**, s. 110; **Krack**, s. 614; **Wessels/Beulke**, §14, kn. 611.

¹⁴ **SS-Eser/Bosch**, §22, kn. 55; MüKo-**Hoffmann-Holland**, §22, kn. 139; **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 173.

¹⁵ **SS-Eser/Bosch**, §22, kn. 55; **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 171; **Roxin**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H.Beck Verlag, München 2003, §29, kn. 296; **Küper**, s. 787.

¹⁶ **Alman CK §24/2**: “Fiile birden çok kişinin katkısı varsa, tamamlanmayı gönüllü olarak önleyen kişi, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ancak, şayet fiil vazgeçenin katkısı olmaksızın zaten tamamlanamayacak idi ise veya vazgeçenin önceki katkılarına bağlı olmaksızın işlenirse, fiilin tamamlanmasını önlemek için, vazgeçenin gönüllü ve

lamaya çalışmaktadırlar. Bu görüşe göre, müşterek faillik halinde gönüllü vazgeçen failin cezasız kalabilmesi için yalnızca kendi katkısını sunmaktan vazgeçmesi ya da bunu geri alması yeterli olmayacak; aynı zamanda failin, suçun tamamlanmasını engellemesi ya da bunun için ciddi bir çaba göstermesi aranacaktır. Yani bu düzenlemeye göre her bir müşterek fail, diğerinin katkısından sorumludur. Dolayısıyla nasıl ki bir suç ortağı yalnızca suça olan katkısını ortadan kaldırarak cezasız kalamıyorsa, suça olan katkısını sunmadığı için de cezasız kalmamalıdır¹⁷.

Bütüncül çözümün ulaştığı sonuca göre, müşterek failerin teşebbüs sorumluluğunun belirlenmesinde, eylemin bir bütün olarak ne zaman teşebbüs eşiğini aştığına bakılmalıdır¹⁸. Müşterek faillerden birinin, işlenmesi kararlaştırılan suçun icrasına doğrudan doğruya başladığı anda bütün müşterek failer bakımından teşebbüs sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Eğer suç planı bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşmamışsa, bu aşamadan önce suça katkı sağlamış olan suç ortakları henüz suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaklardır¹⁹. Alman Federal Mahkemesi (BGH) de vermiş olduğu bir kararında bütüncül çözüme taraftar olarak, müşterek failerin suça teşebbüsünden sorumlu tutulabilmeleri için, işlenmesi kararlaştırılan suçun bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşması gerektiğine hükmetmiştir^{20, 21}.

ciddi bir şekilde gösterdiği çabalar, onun cezalandırılmaması için yeterlidir.” Bkz. Yenisey/Plagemann, s. 21.

¹⁷ *Gorka*'nın bu görüşü için bkz. **Fad**, Frank: Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 2005, s. 88, 89.

¹⁸ **Heinrich**, §23, kn. 740; **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 171; **Küper**, s. 787; **Ingelfinger**, Ralph: “Schein-Mittäter und Versuchsbeginn”, Juristen Zeitung, 1995, s. 714.

¹⁹ **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 171, kn. 174; **Heger**, Martin/**Petzsche**, Anneke: in: Strafgesetzbuch Kommentar -Matt, Holger/Renzikowski, Joachim, 2. Auflage, Franz Vahlen Verlag, München 2020, §22, kn. 51.

²⁰ Karara konu olay özetle şu şekildedir: “*M ve Sch, D'ye ait evi soymaya karar verirler ve üçüncü bir suç ortağı olarak S'yi ikna ederler. Fakat S, bunu kabul etmiş gibi görünerek durumu polise bildirmiştir. Plana göre S, evin ziline basacak ve kapıyı açan D'yi etkisiz hale getirecektir. Daha sonra M eve girecek ve D'nin eşine cebir uygulayarak, onu bağlayacaktır. Bu aşamadan sonra da Sch olay yerine gelecek ve mağdurları evdeki kasanın anahtarını ya da şifresini vermeleri için zorlayacaktır. Sanıklar hep birlikte olay yerine giderler. Bu esnada Sch dışarıda, aracın içinde beklemektedir. S kapıyı çalar çalmaz polisler olay yerine gelir ve tüm sanıkları yakalar.*” Federal Mahkeme, olayda suç planının bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşmadığını belirtmiş ve bu sebeple M ve Sch'nin yağma suçuna teşebbüsten değil, suç için anlaşmadan (Alman CK §30/2) sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, suçun teşebbüs aşamasına varabilmesi için zil çalındıktan sonra mağdura cebir niteliğinde bir hareketin uygulanmış olması gerekmektedir. (Federal Mahkeme, kararında ayrıca S'nin gerçekten suç işleme iradesinin olmadığını, yani müşterek fail olarak kabul edilemeyeceğini ve bu

Bütüncül çözüme göre yukarıdaki örnek olayın 1. ihtimalinde hiçbir şahıs bakımından teşebbüs sorumluluğu doğmayacaktır. Zira olayda teşebbüs sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlanması, yani B'nin eve girerek değerli eşyaları alma bakımından icraya başlaması gerekmektedir²². Oysa olayda A, maymuncukla kapıyı açtıktan sonra henüz B eve dahi girmeden bütün şahıslar yakalanmışlardır. A'nın gerçekleştirmiş olduğu kapıyı açma hareketi de hırsızlık suçu bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olduğu için suç planının bir bütün olarak icra hareketleri boyutuna ulaştığından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla olaydaki hiçbir şahıs hırsızlık suçuna teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Örnek olayın 2. ihtimalinde ise A kapıyı açmış ve gözcülük yapmaya başlamış; B de eve girerek değerli eşyaları dışarı taşımıştır. Ancak tam bu esnada A ve B yakalanmışlardır. Görüldüğü gibi bu ihtimalde müşterek faillerden olan B, hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlamıştır. Bütüncül çözüme göre bu ihtimalde, henüz suçun işlenişine kendi katkısını sunamayan C de A ve B ile birlikte suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulmalıdır. Zira ortak suç planı bir bütün olarak teşebbüs eşiğini aşmıştır.

sebeple de S'nin hareketinin diğer müşterek failere isnat edilemeyeceğini belirtmiştir. Kararın bu kısmı "varsayılan müşterek faillik" tartışmalarına ilişkin olup, bu konu çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.) BGH, *Urteil vom 02.06.1993 - 2 StR 158/93* (LG Bonn). NSTz 1993, 489, 490.

²¹ Ancak Federal Mahkeme vermiş olduğu başka bir kararda farklı bir sonuca ulaşmıştır. Karara konu olay özetle şu şekildedir; "A, bir para transfer aracının şoförüdür ve iki suç ortağıyla bir plan yapar. Plana göre A, para yüklü araçla hareket halindeyken, olay yerine yaklaşınca suç ortaklarına selektör yakacaktır. Suç ortakları da araçlarıyla birlikte saklandıkları park yerinden çıkacaklar ve transfer aracının önünü keseceklerdir. Daha sonra boş bir silahla A'yı ve araçta bulunan refakatçiyi tehdit ederek, araçlarını otoparka çekmelerini sağlayacaklar ve burada da paraları alacaklardır. A, plana göre üzerine düşeni yapar ve selektörle suç ortaklarına sinyal verir. Fakat suç ortakları endişeli oldukları için park yerinden ayrılmakta geç kalırlar ve araç yoluna devam eder." Federal Mahkeme bu olayda A'nın, işte şimdi başlıyor (jetzt geht's los) eşiğini aştığını, yani hazırlık hareketleri boyutunu aşarak icra hareketleri boyutuna ulaştığını, bu sebeple de suça teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. *Urteil vom 15. 2. 1977 (1 StR 12/77)*, *Holtz MDR 1977*, s. 807 vd. Aktaran: **Küper**, s. 775, 776. *Hillenkamp*'a göre, A'nın teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulabilmesi ancak dar bireysel teorinin kabul edilmesi durumunda mümkündür. Zira bütüncül teorinin kabul edilmesi halinde A'nın hareketi, icra hareketi olarak kabul edilemeyecektir. Somut olayda suçun icra aşamasına ulaşması için suç ortağının, park yerinden ayrılarak transfer aracının önünü kesmesi ve mağdurları tehdit etmesi gerekmektedir. Bu aşamadan önce de A'nın yağma suçuna teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Bkz. **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 174; Aksi yönde görüş için bkz. **Otto**, §21, kn. 125.

²² Aynı yönde bkz. **Heinrich**, §23, kn. 740.

2. Teoriye Yönelik Eleştiriler

Bütüncül çözüm çeşitli gerekçelerle eleştiriye maruz kalmıştır. Öncelikle teorinin, her bir müşterek failin suçun icrasına başlayıp başlamadığını incelememesi sebebiyle, cezalandırmanın alanını oldukça genişlettiği ifade edilmektedir²³. Zira teorinin benimsenmesi halinde henüz suça katkısı sunmamış olan ve hazırlık hareketleri aşamasında bulunan kişi de teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulmuş olacaktır. Tipikliğe yakın bir tehlike doğurmak bakımından etkin bir davranışı olmayan kişinin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulması ise teşebbüs hükümleri ile bağdaşmayacaktır²⁴. Çünkü teşebbüse ilişkin düzenlemelerde failin doğrudan doğruya icraya başlaması şart olarak aranmaktadır. Suçun tamamlanmasını elinde bulunduran ve henüz hiçbir şey yapmamış olan kişinin teşebbüs faili olarak sorumlu tutulması, hazırlık hareketleri-teşebbüs ayırımına ilişkin kurallarla çelişki arz edecektir²⁵. Doktrinde bütüncül çözümün yalnızca, hazırlık hareketlerinin de müşterek faillik için yeterli olabileceği görüşünün benimsenmesi durumunda kabul edilebileceği ileri sürülmektedir^{26, 27}. *Fad*, bu yöndeki eleştirilere, bütüncül çözümün teşebbüs düzenlemesiyle (Alman CK §22) çelişki arz etmediğini belirterek karşı çıkmıştır. Yazara göre Alman CK §22 hükmü, teşebbüs sorumluluğu için “doğrudan doğruya icraya başlama” şartı aramaktadır ve müşterek faillikte suç ortaklarından birinin, suçun icrasına başlaması halinde bu şart sağ-

²³ **Roxin**, §29, kn. 304.

²⁴ **Roxin**, §29, kn. 303.

²⁵ **Roxin**, §29, kn. 304.

²⁶ **Rönnau**, s. 110; **Ingelfinger**, s. 712.

²⁷ Doktrinde suçun icrasına yönelik hazırlık hareketleri veya planlama yapmanın müşterek faillik için yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu hususta bazı yazarlar, birlikte suç işleme kararından hareket ederek hazırlık hareketleri ile suça katkı sağlayan suç ortağının da müşterek fail olarak sorumlu tutulacağını ileri sürmektedirler. Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, hazırlık hareketleriyle fiil üzerinde fonksiyonel bir hâkimiyet kurabilmek mümkün değildir. Bu sebeple de bir kimsenin hazırlık hareketleri niteliğindeki hareketlerle müşterek fail olabilmesi mümkün değildir. Hazırlık hareketi niteliğinde suça katkı sağlayan kişi ancak yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu husustaki görüşler için bkz. **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 272, 273. **Özgenç**, hazırlık hareketi niteliğindeki eylemlerin müşterek faillik için yeterli olmayacağı görüşündedir. Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 553; Aynı yönde bkz. **Roxin**, §25, kn. 189; **Önok**, Rifat Murat: Yapısal Suçlarda Failin Tespiti- Müşterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 71; **Evik**, Vesile Sonay: Suça İştirake Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 120, 121. Türk doktrininde **Öztürk/Erдем** ise aksi yönde olarak hazırlık hareketleri ile müşterek fail olunabileceği görüşündedir. Bkz. **Öztürk**, Bahri/Erдем, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Sekin Yayınevi, Ankara 2019, s. 414.

lanmış olacaktır. Alman CK §22 hükmü, müşterek faillğe ilişkin ayrıca bir açıklamada bulunmadığından bu yorum, düzenlemenin sınırını aşmayacaktır²⁸.

Teori, ortaya çıkardığı sonuçlar itibarıyla gönüllü vazgeçme kurumuyla bağdaşmadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir²⁹. Bütüncül çözüm benimsendiğinde örneğin, yukarıda verilen olaya ilişkin 2. ihtimalde, C'nin gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi için suç işleme kararından vazgeçip, üzerine düşen katkıyı sağlamayarak suçun tamamlanmasını önlemesi gerekmektedir³⁰. Fakat olayda B, icra hareketlerine başladıktan sonra suçu tamamlamaktan vazgeçer ve C'yi arayarak bir şey yapmasına gerek kalmadığını söylerse, gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanarak cezasız kalabilecektir. Buna karşın C'nin gönüllü vazgeçme ihtimali ortadan kalkacaktır. Böylece henüz suça katkısını sunamamış olan C, suç daha önceden icra aşamasına geldiğinden, teşebbüs sebebiyle cezalandırılabilir. Aktif olmayan faili, aktif olana göre daha kötü konuma düşüren bu sonucun hukuka uygun olmadığı ifade edilmektedir³¹. Doktrinde *Heinrich*, bu itirazı ikna edici görmemektedir. Yazara göre, her ne kadar kişi suça olan katkısını henüz sunmamış olsa da ortak suç planına dayanan eylemi engelleyerek gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecektir³².

Bütüncül teoriyi eleştirenlerin bir diğer argümanı da teorinin müşterek faillik kurumuyla bağdaşmadığı iddiasıdır. Bilindiği üzere tamamlanmış

²⁸ **Fad**, s. 88.

²⁹ **Roxin**, §29, kn. 305.

³⁰ Müşterek faillerden birinin, suçun tamamlanması için zorunlu ve yeri doldurulamayacak katkısını yerine getirmemesi veya aktif olarak suçun tamamlanmasını önleyecek bir harekette bulunması durumunda gönüllü vazgeçme hükümlerinden (TCK m. 41/1 kapsamında) faydalanabilmesi mümkündür. Zira bu yolla fail, gönüllü olarak suçun tamamlanmasını önlemektedir. Bkz. **Tozman**, Önder: Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 358. Bunun yanında müşterek faillerin ciddi ve gönüllü bir çaba göstererek suçun önlenmesine çalışmak yoluyla (TCK m. 41/2 kapsamında) gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi de mümkündür.

³¹ **Roxin**, §29, kn. 305; **Valdagua**, Maria da Conceição: "Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten", ZStW 98 (1986), Heft 4, s. 856, 857.

³² **Heinrich**, §23, kn. 740. *Heger/Petzsche*'ye göre, suç teşebbüs aşamasına gelene kadar bütün suç ortakları, gönüllü vazgeçmeye ilişkin kurallara (Alman CK §24/2) tabi olmaksızın, suça olan katkısını sağlamaktan vazgeçebilecek ve bu durumda suça teşebbüsten ya da tamamlanmış suçtan sorumlu tutulamayacaktır. Ancak suç teşebbüs aşamasına ulaştıktan sonra, bir suç ortağının hareketsiz kalarak suça olan katkısını sunmaktan vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmesi için Alman CK §24/2 hükmünde aranan şartların sağlanmış olması gerekecektir. Bkz. **MR-Heger/Petzsche**, §22, kn. 51.

suçlarda müşterek faillikten söz edilebilmesi için faillerin, suçun icrası üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurmaları şarttır. Ancak bütüncül teorinin teşebbüste bu kuraldan neden saptığının anlaşamadığı ifade edilmiştir. Bu eleştiriye göre, henüz hazırlık aşamasında olan ve suça katkısını sunmayan failin suçun işlenişinde fonksiyonel hâkimiyet kurduğu varsayımı hatalıdır. Zira fonksiyonel hâkimiyetten söz edilebilmesi için failin icra aşamasında aktif bir katkısının mevcut olması gerekir³³. Doktrinde *Küper*, bu eleştiriye, negatif fiile hâkimiyet (negative Tatherschaft) kavramıyla³⁴ çözmeye çalışmıştır. Yazara göre, suç planı gereğince suçun tamamlanması bakımından önemli bir fonksiyon üstlenen fail, suça katkısını sunmayarak ya da geri çekerek suç planının başarısızlığa uğramasına neden olabilecektir. Yani bu suç ortağı, suçun tamamlanmasını elinde bulundurmaktadır. Bu olumsuz fiil hâkimiyeti, doğası gereği suça katkı sunmayı gerektirmemektedir. Dolayısıyla yazara göre, fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanabilmesi için failin suça olan katkısının icrasına başlamış olması zorunlu değildir³⁵.

³³ **Roxin**, §29, kn. 299; **Valdagua**, s. 870.

³⁴ Negatif fiile hâkimiyet kavramı doktrinde *Garcia* tarafından da kullanılmaktadır. *Garcia*'ya göre tipiklikteki hareketi yapmayan, örneğin mağduru diğer bir kimsenin bıçaklaması için kollarından tutan kişi fiil üzerinde negatif hâkimiyet sahibidir. Bu kişi hareketsiz kalarak suçu akamete uğratabilir fakat hiçbir zaman tipikliği gerçekleştirmez. Bunu, sadece bıçağı elinde tutan kişi gerçekleştirebilecektir. *Garcia* bu görüşüyle, müşterek failliği, pozitif fonksiyonel hâkimiyet ile sınırlandırmak istemektedir. *Garcia*'nın bu görüşü için bkz. **Roxin**, §25, kn. 252. *Roxin*'e göre bu görüş kabul edilebilir değildir. Zira örnekte mağduru kolundan tutan kişi de suça pozitif bir katkı sağlamıştır. Bunu gerçekleştirmeyerek suçu akim bırakma, pozitif katkının negatif yönünü oluşturmaktadır. Aynı durum bıçağı elinde tutan fail bakımından da geçerlidir. Zira o da hareketini gerçekleştirmeyerek suçun tamamlanmasını engelleyebilir. Bkz. **Roxin**, §25, kn. 255. Yukarıda açıklanan *Küper*'in negatif hâkimiyet teorisi ise *Garcia*'nın teorisinden daha farklıdır. *Küper*, pozitif ve negatif hâkimiyetin bütün müşterek failer bakımından mevcut olduğunu kabul etmekte ve böylece suç ortaklarının katkılarının birbirlerine isnat edilebileceğini ileri sürmektedir.

³⁵ **Küper**, s. 786. Aynı yönde bkz. **Rönnau**, s. 110. Aksi yönde olarak *Valdagua* ise *Küper*'in bu fikrine karşılık *Rudolphi*'nin argümanlarını (bkz. II C 1) kanıtlamaya çalışmıştır. *Valdagua*'ya göre, müstakil bir fail, suçun hem teşebbüs aşamasına ulaşması hem de tamamlanması bakımından bir negatif hâkimiyete sahiptir. Buna karşın, müşterek failin ise suçun yalnızca tamamlanması bakımından bir negatif hâkimiyeti söz konusudur. Müşterek fail, hareketsiz kalmak suretiyle suçun, diğer suç ortakları tarafından teşebbüs aşamasına ulaştırılmasını engelleyemeyecektir. Yazara göre, negatif fiil hâkimiyetini elinde bulunduran suç ortağının, müşterek fail olarak kabul edilebilmesi için suçun tamamlanmasını önlemesi değil, aksine bunun yolunu açması gerekmektedir. Bu da ancak kendi katkısının icrasına doğrudan doğruya başlamasıyla olacaktır. Bkz. **Valdagua**, s. 862-864 ve s. 872.

Teoriye yönelik bir diğer eleştiri de teorinin, tamamlanmış suçlar ile teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından farklı sonuçlara ulaştığı gerekçesiyle yapılmıştır. *Roxin*, bu çelişkiyi şöyle bir örnek üzerinden açıklamaktadır³⁶: “*Beş müşterek fail, bir banka soymaya karar verirler. Ancak bu müşterek faillerden X olay yerinde görünmez. Çünkü X, olay yerine giderken başka bir suçtan yakalanmıştır. Diğer dördü X olmadan başarıya ulaşır ve suçu tamamlar.*” Yazara göre, bu olayda X’in müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacağı tartışmasızdır. Çünkü birlikte suç işleme kararı, fonksiyonel hâkimiyet boyutuna ulaşmamıştır. Olayda X, ancak Alman CK §30/2 hükmüne göre sorumlu tutulabilecektir³⁷. *Roxin*’e göre³⁸, bu olayda müşterek faillik yoksa, teşebbüste sırf failin olay yerinde bulunması sebebiyle müşterek fail olarak sorumlu tutulması çelişki arz edecektir. Yazar, tamamlanmış bir suçta müşterek faillige ulaşmayan bir durumu, suçun tamamlanmadığı aşamada teşebbüs sebebiyle cezalandırmanın anlamsız olacağını ifade etmektedir³⁹.

Teori, ileri sürmüş olduğu tesadüf argümanının sağlam bir temele dayanmadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Suç işleme planında rol dağılımının başka bir şekilde de yapılabileceği gerekçesiyle bütün suç ortaklarını müşterek fail olarak kabul etmenin ve teşebbüsten cezalandırmanın, varsayımsal bir nedensel süreci isnadiyetin temeli haline getireceği ve bunun da kabul edilemez bir sonuç olduğu ileri sürülmektedir⁴⁰. Tesadüf argümanını kullananların ileri sürmüş olduğu, suça katkısını tesadüfen sunamamış olan kişinin cezasız kalabileceği gerekçesi de kabul edilebilir görünmemektedir. Zira ortak suç işleme planının icrasına başlayan fail suça teşebbüsten; henüz katkısını sağlayamamış olan kişi ise duruma göre suç için anlaşmadan⁴¹,

³⁶ **Roxin**, §29, kn. 300.

³⁷ **Alman CK §30/2**: “*Her kim, bir cürüm işlemeye veya bir kişiyi cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklar, bir başkasının önerisini kabul eder veya başka birisi ile bunu yapmak üzere anlaşırsa aynı şekilde cezalandırılır.*” Bkz. **Yenisey/Plagemann**, s. 24.

³⁸ *Roxin*, daha önceleri bütüncül çözümden yana olmasına rağmen görüş değiştirerek (yenilenmiş) bireysel çözüme taraftar olmuştur. Bkz. **Ingelfinger**, s. 712.

³⁹ **Roxin**, §29, kn. 300; Aynı yönde görüş için bkz. **Valdagua**, s. 855, 856. Aksi yönde olarak *Krack*, bu örnekte X’in yakalanması ihtimalinde, tipiklik kastının olmadığını ve bu sebeple teşebbüsten cezalandırılmayacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, X cezaevindeyken suç ortaklarının suçu tamamlamasını arzu etse bile bu bir tipiklik kastı anlamına gelmeyecektir. Suç işleme planı ile kastı eşdeğer görmek doğru bir yaklaşım değildir. Suç işleme planının kasta dönüşebilmesi için işte şimdi başlıyor (jetz geht’s los) eşliğinin önündeki engelin kalkması gerekmektedir. Bkz. **Krack**, s. 615.

⁴⁰ **Roxin**, §29, kn. 307.

⁴¹ Suç için anlaşma Alman CK §30/2 hükmü gereğince cezalandırılabilir. Buna rağmen TCK’nın genel hükümlerinde bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Dola-

azmettirmeden ya da yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir. Böylece her faile gerçekleştirmiş olduğu haksızlığın karşılığı verilmiş olacaktır⁴². Bunun yanında failin lehine olacak şekilde ortaya çıkan bir tesadüfün ceza hukuku tarafından reddedilemeyeceği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, örneğin (neticeli) taksirli suçlarda ya da teşebbüs durumlarında netice tesadüfen meydana gelmemektedir ve kanun koyucu bu hallerde faili ya cezasız bırakmakta ya da daha az cezalandırmaktadır. Müşterek faillik durumunda da tesadüfen suça katkısını sunamamış olan failin, bu tesadüfen yararlandırılması hukuka aykırı bir durum oluşturmayacaktır⁴³.

B. Dar Bireysel Çözüm

1. Teorinin Esası

Doktrinde *Schilling* tarafından ortaya atılan dar bireysel çözüm (strengen Einsellösung)⁴⁴, müşterek faillikte icra hareketlerinin başlangıcının her bir suç ortağı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Teoriye göre her bir fail, ortak suç planı gereğince üzerine düşen katkıyı doğrudan doğruya icra etmeye başladığı andan itibaren teşebbüs safhasına girecektir⁴⁵. Dolayısıyla faillerden birisi, kendi üzerine düşen katkıyı gerçekleştirmiş olmasına rağmen, diğer fail henüz suça olan katkısını sunmamış, yani hazırlık hareketleri aşamasında ise suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. *Schilling*, her bir müşterek failin suça olan katkısını, diğer suç ortağının eyleminin başarıya ulaşması için nedensel bir faktör olarak görmektedir⁴⁶.

yısıyla TCK'ya göre, bu kişilerin ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlulukları gündeme gelebilecektir. TCK'da suç için anlaşma, yalnızca 316. maddede düzenlenmiştir. Bu özel suç tipi de sadece millete ve devlete karşı suçlar kısmın dördüncü ve beşinci bölümünde yer alan suçları işlemek amacıyla anlaşan kişileri kapsamaktadır.

⁴² **Roxin**, §29, kn. 307.

⁴³ **Valdagua**, s. 865, 866.

⁴⁴ **Schilling**, Georg: *Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1975, s. 1 vd; Ancak teori, mevcut haliyle fazlaca taraftar bulmamıştır. Doktrinde *Rudolphi*, *Bloy*, *Kratzsch*, *Valduga*, *Stein* gibi yazalar, teoriyi başka kriterlerle destekleyerek farklı şekilde savunmaktadırlar. Bkz. **Roxin**, §29, kn. 297, dn. 302. Ayrıca bkz. **SK-Jäger**, §22, kn. 35.

⁴⁵ **Schilling**, s. 113 vd.; **Heinrich**, §23, kn. 741; **Roxin**, §29, kn. 297; **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 172; **SK-Jäger**, §22, kn. 35; **Küper**, s. 783; **Rengier**, §36, kn. 21; **Erb**, Volker: "Zur Konstruktion eines untauglichen Versuchs der Mittäterschaft bei scheinbarem unmittelbarem Ansetzen eines vermeintlichen Mittäters zur Verwirklichung des Tatbestandes", *NSZ* 1995, s. 426.

⁴⁶ **Schilling**, s. 104 vd. Ancak nedensel katkının müşterek faillik için gerekli ve yeterli bir koşul olmadığı ileri sürülerek, bu görüşe karşı çıkmıştır. Bkz. **Fad**, s. 81.

Dar bireysel çözümü savunan yazarlar, teorilerini savunurken öncelikle Alman CK §22’de yer alan teşebbüs düzenlemesinden hareket etmektedirler. Söz konusu düzenleme, teşebbüs sorumluluğu için tek bir failin doğrudan doğruya icraya başlamış olmasını aramaktadır. Bu sebeple müşterek faillik durumunda da §22’de yer alan şartlar, her bir fail bakımından ayrı ayrı aranmalıdır. Dolayısıyla bir başkasının doğrudan doğruya icra niteliğindeki eylemi teşebbüs sorumluluğu için yeterli olamayacak; her suç ortağının kendi fiilinin icrasına doğrudan doğruya başlamış olması gerekecektir⁴⁷.

Teoriyi savunanların bir diğer argümanı da müşterek failliğin şartlarına ilişkindir. Bilindiği üzere müşterek faillikten söz edebilmek için fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanmış olması gerekir. Ancak henüz suça katkısını sağlamamış olan kişinin, fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurduğundan da söz edilemeyecektir. Bu kişinin, sırf birlikte suç işleme kararı sebebiyle suça teşebbüsten sorumlu tutulması müşterek faillik kurumuyla bağdaşmayacaktır⁴⁸.

Son olarak teorinin savunucularına göre, hazırlık hareketleri neden cezalandırılmıyorsa, aynı sebeplerle, ortak suç planına göre suça katkısını henüz sunmamış olan kişi de cezalandırılmamalıdır⁴⁹. Zira bu kişi henüz hazırlık hareketleri boyutunu aşarak icra hareketleri aşamasına ulaşmamıştır.

Dar bireysel çözümün benimsenmesi halinde yukarıda verilen örnek olayın 1. ihtimalinde maymuncukla evin kapısını açmış olan A, suça kendi katkısını sağladığı için teşebbüsten sorumlu tutulacak; B ve C ise henüz kendi katkılarını icra edemediklerinden suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaklardır. B ve C, ancak suç için anlaşmadan (Alman CK §30/2)⁵⁰ ya da şartları varsa suça yardım etmeden cezalandırılacaklardır⁵¹. Bu ihtimalde A’nın, hırsızlık suçuna teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için ortak suç planının doğrudan doğruya icrasına başlanmış olması aranma-

⁴⁷ Bu yöndeki görüşler için bkz. **Küper**, s. 785; **Erb**, s. 426. *Erb*, müşterek failerin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulabilmelerinin tamamen fonksiyonel hâkimiyet şartına bağlı olmadığını; teşebbüsün cezalandırılmasının aynı zamanda suç işleme kararının içeriğine bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple yazara göre, müşterek faillerden birinin ortak suç işleme planının icrasına doğrudan doğruya başlamış olması, bütün müşterek failer bakımından teşebbüs sorumluluğu doğurabilecektir.

⁴⁸ *Rudolphi*’nin bu görüşü için bkz. **Küper**, s. 785. *Rudolphi*, esasen bireysel teoriyi farklı bir şekliyle savunmaktadır. *Rudolphi*’nin ileri sürmüş olduğu yenilenmiş bireysel çözüme aşağıda ayrıca yer verilecektir.

⁴⁹ **İçer**, s. 205.

⁵⁰ Türk hukukunda suç için anlaşmanın cezalandırılmadığı hatırlanmalıdır.

⁵¹ **Küper**, s. 783; **Roxin**, §29, kn. 297.

makta; kendi üzerine düşen katkıyı sunmuş olması yeterli görülmektedir. Örnek olayın 2. ihtimalinde ise A ve B hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacakken; suça henüz katkısını sağlamamış olan C, suça teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere dar bireysel teori, örnek olayın her iki ihtimalinde de bütüncül teori ile farklı sonuçlara ulaşmaktadır⁵².

2. Teoriye Yönelik Eleştiriler

Dar bireysel çözüm de çeşitli gerekçelerle eleştiriye maruz kalmıştır. Öncelikle teorinin benimsenmesi durumunda teşebbüsün cezalandırılma alanının hazırlık hareketlerine doğru genişleyeceği ifade edilmektedir⁵³. Teoriye göre, yukarıdaki örnek olayın 1. ihtimalinde, henüz B tarafından hırsızlık suçunun icrasına başlanmamış olmasına rağmen A, yalnızca maymuncukla kapıyı açma eylemi sebebiyle hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Müstakil fail bakımından hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilecek bu eylemin, müşterek faillik durumunda teşebbüs sebebiyle cezalandırılmasının çelişki yarattığı ifade edilmektedir⁵⁴. Doktrinde Küper, dar bireysel teorinin benimsenmesi durumunda, örneğin bir kimseyi öldürmek için anlaşılan iki failden, suç planı gereğince mağdura ateş etmesi gereken failin, bu eylemi gerçekleştirmemesi halinde, suça daha önce katkı sağlamış olan suç ortağının kasten öldürmeye teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulacağını belirtmektedir. Yazar, bu sonucun Alman CK §30/2 (suç için anlaşma) hükmüyle büyük bir çelişki içerisinde olduğunu ifade etmektedir. Zira Alman kanun koyucusu, yalnızca suç işleme anlaşmasını teşebbüs olarak görmemiş; bunu ayrı bir madde olarak düzenlemiştir⁵⁵.

İkinci olarak dar bireysel çözümün, teşebbüsün cezalandırılma alanını adaletsiz bir şekilde kısıtladığı ileri sürülmektedir⁵⁶. Zira teoriye göre, örnek olayın 2. ihtimalinde henüz sıranın kendisine gelmemesi sebebiyle suça katkısını sunamamış olan C, suça teşebbüs sebebiyle cezalandırılmayacaktır. C, ancak suç için anlaşmadan (Alman CK §30/2) ya da yardım etmeden sorumlu tutulabilecektir⁵⁷. Bu durumun müşterek faillik kurumuyla bağdaşma-

⁵² Aynı yönde bkz. LK-Hillenkamp, §22, kn. 172.

⁵³ SS-Eser/Bosch, §22, kn. 55; Heinrich, §23, kn. 741; Roxin, §29, kn. 315; Ingelfinger, s. 712; Krack, s. 613; Wessels/Beulke, §14, kn. 611.

⁵⁴ SK-Jäger, §22, kn. 35; LK-Hillenkamp, §22, kn. 172; Rengier, §36, kn. 22.

⁵⁵ Küper, s. 783; Aynı yönde bkz. Ingelfinger, s. 712; Fad, s. 81, 82.

⁵⁶ Heinrich, §23, kn. 741.

⁵⁷ Roxin, §29, kn. 297.

yacağı söylenmektedir. Zira bu yaklaşıma göre, failerin ortak suç işleme kararı almış olmalarına rağmen, henüz kendisine sıra gelmeyen failin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulmaması adaletsiz olacaktır⁵⁸. Kısacası dar bireysel çözümün, müşterek failliğin şartlarından biri olan birlikte suç işleme kararını gözden kaçırdığı ileri sürülmektedir⁵⁹.

Doktrinde *Ingelfinger*'e göre, dar bireysel çözüm, müşterek faillik açısından tamamlanmış suçlar ile teşebbüs aşamasında kalmış suçlar arasında bir çelişkiye neden olmaktadır⁶⁰. Yazara göre örneğin, A ile B, C'yi gasp etmek üzere anlaşmış olsun. Suç planına göre A, cebir kullanarak mağdur C'yi devirecek, B de C'nin üzerindeki değerli eşyaları alacaktır. Suçun başarıya ulaşması ihtimalinde B, mağdura kullanılan cebir eylemi üzerinde hâkimiyet kurmamış olsa da müşterek fail olarak kabul edilmektedir. *Ingelfinger*'e göre, A'nın C'yi devirme eyleminin teşebbüs aşamasında kalması durumunda, B'nin durumunun neden farklı değerlendirildiği anlaşılabilir. Dolayısıyla yazara göre, dar bireysel çözümün ulaştığı bu sonuç çelişki arz etmektedir. *Roxin*'e göre ise bu sorunun cevabı basittir. Zira tamamlanmış suçta her iki fail de suça olan katkısını sunmuş olmasına rağmen, suçun teşebbüs aşamasında kalması ihtimalinde B, suça katkısını sunamamıştır⁶¹.

C. Yenilenmiş Bireysel Çözüm

1. Teorinin Esası

Yukarıda da açıklandığı üzere dar bireysel çözümün benimsenmesi halinde henüz bütün suç ortakları hazırlık hareketleri aşamasındayken, suça katkısını sunmuş olan failin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulması gerekecektir. Dar bireysel çözümün ortaya çıkardığı bu çelişkili durumu giderebilmek adına *Rudolphi* tarafından yenilenmiş bireysel çözüm (modifizierten Einsellösung) ortaya atılmıştır. Teori doktrinde *Roxin*, *Kratzsch*, *Bloy*, *Valdagua* gibi yazarlar tarafından da savunulmaktadır⁶². Teoriye göre, müş-

⁵⁸ **Küper**, s. 787; **Fad**, s. 82; **İçer**, s. 206; **Çataklı**, s. 328.

⁵⁹ **Zaczyk**, Rainer: in: Nomos Kommentar, Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, Strafgesetzbuch, Band 1, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017 §22, kn. 67; MüKo-**Hoffmann-Holland**, §22, kn. 138; **Kudlich/Schuhr**, §22, kn. 52; MR-**Heger/Petzsche**, §22, kn. 51; **Kindhäuser**, §40, kn. 14; **Wessels/Beulke**, §14, kn. 611. **Fad**, s. 85, 86.

⁶⁰ **Ingelfinger**, s. 713; Aynı yönde bkz. **Rönnau**, s. 110; **Kretschmer**, s. 589; **Krack**, s. 616.

⁶¹ **Roxin**, §29, kn. 302.

⁶² **Valdagua**, s. 839, dn. 3; **Krack**, s. 613, dn. 10.

terek failer bakımından teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için hem her failin suç planı gereğince kendi üzerine düşen katkıyı sunmuş olması hem de ortak suç planının bir bütün olarak teşebbüs eşiğini aşmış olması aranacaktır⁶³. Görüldüğü gibi yenilenmiş bireysel teori, dar bireysel teoriyi ek bir kriter getirmek suretiyle sınırlandırmaktadır. Bu kriter, işlenmesi kararlaştırılan suçun bir bütün olarak doğrudan doğruya icrasına başlanmış olmasıdır⁶⁴. Teorinin benimsenmesi durumunda, yukarıdaki örnek olayın 1. ihtimalinde maymuncukla kapıyı açmış olan A, suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü A suça olan katkısını sunmuş olmasına rağmen, henüz hırsızlık suçu bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşmamıştır. A'nın sorumlu tutulabilmesi için B'nin eve girerek hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlamış olması gerekecektir. Örnek olayın 2. ihtimalinde ise B, eve girerek hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlamıştır. Dolayısıyla suç bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşmış olduğundan, suça katkılarını sunmuş olan A ve B hırsızlık suçuna teşebbüs sebebiyle cezalandırılabilirlerdir. Ancak teoriye göre C, henüz kendi üzerine düşen katkıyı sağlamamış olduğundan hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu tutulamayacaktır.

Doktrinde *Kratzsch*, yenilenmiş bireysel teoriye yakın olmakla birlikte konuya biraz daha farklı yaklaşmaktadır⁶⁵. Yazara göre, bütüncül çözüm teşebbüs düzenlemeleriyle (Alman CK §22) çelişki içerisindedir. Çünkü teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için her bir müşterek fail bakımından icraya başlama şartının var olması gerekmektedir. Ancak bu, her müşterek failin suça olan katkısını sunduğu andan itibaren teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulacağı anlamına gelmemektedir. Bunun yanında kararlaştırılan suçun bir bütün olarak icra aşamasına taşınmış olması aranmalıdır. Fakat yazara göre, faillerin suça olan katkılarını gerçekleştirmesi şartı bakımından önemli olan, suç ortaklarının birbirlerinin eylemlerini güçlendirmesidir. Bir suç ortağının, diğeri suçun icrasına başlamak üzereyken olay yerindeki mevcudiyeti, sonraki katkının kesinliği izlenimi yaratması sebebiyle ilk eylemde bulunanın eylemini güçlendirecektir⁶⁶. *Kratzsch*'ın görüşüne göre, şöyle bir örnekte her iki müşterek fail bakımından da teşebbüs sorumluluğu doğacaktır: “*Kart-*

⁶³ SS-*Eser/Bosch*, §22, kn. 55; *Heinrich*, §23, kn. 742; LK-*Hillenkamp*, §22, kn. 172; *Krack*, s. 613; *Krey*, Volker/*Esser*, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2016, §42, kn. 1241.

⁶⁴ *Roxin*, §29, kn. 317.

⁶⁵ *Kratzsch*, Dietrich: “Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§22 StGB)- ein absolut untauglicher Versuch?”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1983, Heft 11, s. 578 vd.

⁶⁶ *Kratzsch*, s. 587; Ayrıca bkz. *Ingelfinger*, s. 712.

koca bir evi soymaya karar verirler. Plana göre, evdeki eşyaları birlikte alacaklardır. Koca eve girmek için mutfak kapısını kırmaya çalışırken, plan meydana çıkar. Bu sırada kadın kocasının yanında hareketsiz bir şekilde beklemektedir.” Yazara göre, somut olayda kadın yalnızca pasif bir şekilde beklememekte, kadının varlığı kocasının icra hareketini⁶⁷ güçlendirmektedir. Bu sebeple iki fail de teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulmalıdır⁶⁸. Doktrinde *Zaczyk* de bütüncül teoriye yakın olmakla birlikte *Kratzsch* ile aynı noktaya ulaşmaktadır. *Zaczyk*'e göre, bütüncül teorinin benimsenmesi, müşterek failerin suça olan katkılarından tamamen vazgeçmek anlamına gelmeyecektir. Elbette ki henüz harekete geçmemiş olan müşterek failin katkısı, suç planında kararlaştırılmış olan katkıyla kıyaslanamayacaktır. Ancak en azından bu failin doğrudan doğruya icrayı güçlendirecek bir katkısı aranmalıdır. Bu da örneğin, müşterek failin olay yerinde bulunması ya da suçun tamamlanmasının bu müşterek failin sonradan gerçekleştireceği harekete bağlı olması gibi durumlarda söz konusu olacaktır⁶⁹.

2. Teoriye Yönelik Eleştiriler

Yenilenmiş bireysel teori de dar bireysel teori ile benzer yönde eleştirilere maruz kalmıştır. Teori, cezalandırmanın alanının hazırlık hareketlerine doğru genişlemesini önlemektedir. Buna karşın teorinin ceza hukukunun koruma alanını ötelediği belirtilmektedir⁷⁰. Ayrıca teorinin, aynı dar bireysel çözüm gibi teşebbüs sorumluluğunun başlangıcını tesadüfe bağladığı ileri sürülmektedir⁷¹. Zira bir müşterek failin suça katkısını, önce mi yoksa sonra mı gerçekleştireceği suç planına göre değişkenlik gösterebilecektir. Bunun yanında yenilenmiş bireysel teorinin de birlikte suç işleme kararını göz ardı ettiği ve bu sebeple müşterek faillik kurumuyla bağdaşmadığı ifade edilmektedir⁷².

III. TEORİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

Daha önce de açıklandığı üzere müşterek faillikte icra hareketlerine başlama sorunu, doğrudan teşebbüse ya da müşterek failliğe ilişkin düzenlemelere bakılarak çözülememektedir. Bu sebeple sorunun çözümü adına

⁶⁷ Burada hırsızlık suçu bakımından doğrudan doğruya icraya başlanıp başlanmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. **Fad**, s. 84.

⁶⁹ NK-**Zaczyk**, §22, kn. 67.

⁷⁰ **Heinrich**, §23, kn. 742.

⁷¹ LK-**Hillenkamp**, §22, kn. 173.

⁷² LK-**Hillenkamp**, §22, kn. 173.

teşebbüs ve müşterek faillğe ilişkin düzenlemeler birlikte göz önünde bulundurulmalıdır. Konuya ilişkin ileri sürülen teoriler de bu minvalde ele alınmalıdır.

Doktrinde *Schilling* tarafından ileri sürülen dar bireysel teori, özellikle teşebbüse ilişkin düzenlemelerle çelişki arz etmektedir. Zira teorinin benimsenmesi durumunda, müstakil fail tarafından gerçekleştirildiğinde hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilecek bir hareket, müşterek faillik durumunda icra hareketi olarak kabul edilebilecek ve teşebbüs sorumluluğunu gündeme getirecektir. Örneğin A ve B, C'yi öldürmek için anlaşmış olsun. Suç planına göre, A, C'yi kolundan tutarak evinden dışarı çıkaracak, B de dışarıda C'yi silahla vuracaktır. Olayda A, C'yi dışarı çıkarmasına rağmen, B ateş etmez. Dar bireysel çözüme göre, bu olayda A'nın kasten öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulması gerekmektedir. Zira A, suç planına göre kendisini müşterek fail yapacak olan katkıyı sunmuştur. Görüldüğü gibi, teorinin benimsenmesi halinde henüz planlanan suçun icrasına dahi başlanmamış olmasına rağmen, suça daha önce katkısını sunmuş olan kişi, sırf birlikte suç işleme kararı sebebiyle suça teşebbüsten cezalandırılacaktır. Oysa teşebbüse ilişkin düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, (istisnai düzenlemeler hariç) hazırlık hareketleri cezalandırmanın alanı dışında bırakılmakta; teşebbüs sorumluluğu için bir suçun icrasına doğrudan doğruya başlama şartı aranmaktadır. Sonuç olarak her bir müşterek fail bakımından cezalandırmanın alanını daraltmak amacıyla ileri sürülen dar bireysel teori, hazırlık hareketleri niteliğindeki eylemlerin cezalandırılabilmesi ihtimalini ortaya çıkardığından, aslında cezalandırmanın alanını genişletmektedir⁷³. Bu sebeplerle, dar bireysel teorinin benimsenebilmesi mümkün görünmemektedir.

Bütüncül teori, müşterek failler bakımından teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için en azından planlanan suçun bir bütün olarak teşebbüs eşiğini aşmış olmasını aradığından, bu yönüyle dar bireysel teoriye göre daha tercih edilebilir görünmektedir⁷⁴. Ancak kanaatimizce bütüncül teori de müşterek faillik kurumuyla çelişki halindedir. Bize göre, bütüncül teorinin savunucuları müşterek failliğin şartlarından olan birlikte suç işleme kararından hareket etmekte fakat müşterek failliğin diğer bir şartı olan fonksiyonel hâkimiyet şartını göz ardı etmektedirler. Teorinin benimsenmesi halinde yukarıda verilen örnek olayın 2. ihtimalinde C de müşterek fail olarak suça teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Oysaki C, henüz suça hiçbir katkı sunmamış;

⁷³ İçer, s. 205.

⁷⁴ Roxin, §29, kn. 317.

suç üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurmamıştır⁷⁵. Fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanabilmesi için C'nin en azından suça olan katkısının icrasına başlaması aranmalıdır. Kanaatimizce fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanabilmesi adına *Küper*'in ileri sürmüş olduğu "negatif fiile hâkimiyet" görüşü de sorunu çözebilecek gibi görünmemektedir. Daha önce de açıkladığımız üzere *Küper*'e göre, müşterek faillerden birisi suça olan katkısını sunmayarak suçun tamamlanmasını engelleyebiliyorsa suç üzerinde negatif bir fonksiyonel hâkimiyete sahiptir. Fakat bize göre, kişinin suça katkısını sunmayarak, suçun tamamlanmasını önleyebilmesi ihtimali fonksiyonel hâkimiyet anlamına gelmeyecektir⁷⁶. Zira fonksiyonel hâkimiyetten söz edilebilmesi için failin, suç planı gereğince üzerine düşen katkının icrasına başlamış olması gerekmektedir⁷⁷. Suç ortağının bu katkıyı ihmal ederek suçun tamamlanmasını önleyebilme kudretini elinde bulundurması, fonksiyonel hâkimiyet şartı bakımından değil, ancak müşterek fail-yardım eden ayrımı bakımından göz önünde bulundurulabilecek bir kriterdir. "Ex ante" olarak bakıldığında, suç ortağı katkısını sunmadığı zaman, suçun akim kalma ihtimali yüksek ise bu durumda kişinin müşterek fail olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Fakat kişi, somut olayda suçun tamamlanması bakımından önem arz eden bu katkıyı sunmamış ise artık fonksiyonel hâkimiyetten, yani müşterek faillikten söz edilemeyecektir. Elbette ki müşterek faillik durumunda hareketlerin karşılıklı olarak isnad edilebilmesi tartışmasız bir şekilde mümkündür. Ancak bize göre, iştirakin isnad edilebilmesi için müşterek faillerin suça olan katkılarını sunmaları ve fonksiyonel hâkimiyet şartını sağlamaları gerekmektedir. Açıklanan bu sebeplerle bütüncül teorinin de benimsenebilmesi mümkün görünmemektedir.

⁷⁵ *İçer*, fiil üzerindeki fonksiyonel katkısını sunmaya başlamayan kişinin teşebbüsten sorumlu tutulmasını, fiil ceza hukuku anlayışına aykırı görmektedir. Yazar, ayrıca bütüncül teorinin benimsenmesi durumunda, henüz suça katkısını sunmamış olan kişinin, suça iştirak iradesinin bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesinin de pratikte oldukça zor olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *İçer*, s. 210.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. *Özgenç*, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 124.

⁷⁷ Bu ifademizden ihmali suçlarda fonksiyonel hâkimiyet, yani müşterek faillik olmayacağı sonucu çıkarılamamalıdır. Buradaki kastımız failin suç planı gereğince üzerine düşen katkıyı gerçekleştirmeye başlamış olmasıdır. İhmali bir suçta da suç planı gereğince müşterek failin hareketsiz kalması kararlaştırılmış ve müşterek fail de bu katkıyı hareketsiz kalarak gerçekleştirmeye başlamış ise pek tabii fonksiyonel hâkimiyet şartı sağlanmış olacaktır. İhmali suçlarda müşterek failliğin mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. *Yurtlu*, Fatih: İhmali Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 345-347. Ancak icrai bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmanın mümkün olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu husustaki tartışmalar için ayrıca bkz. *Yurtlu*, s. 347-351.

Kanaatimizce sorunun çözülebilmesi adına en makul görünen teori, yenilenmiş bireysel teoridir⁷⁸. Öncelikle teori, müşterek failer bakımından teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için planlanan suçun bir bütün olarak teşebbüs eşiğini aşması şartını aramaktadır. Bu yönü itibarıyla yenilenmiş bireysel teori, dar bireysel teorinin ortaya çıkardığı hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayırımına ilişkin sakıncayı çözmektedir. Bunun yanında teori, teşebbüs sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için her bir fail bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmakta ve her birinin suça olan katkısının icrasına başlamış olması şartını aramaktadır. Bu yönü itibarıyla da teori, bütüncül teorinin ortaya çıkarmış olduğu fonksiyonel hâkimiyetle alakalı sorunu çözmüş olmaktadır. Teorinin benimsenmesi halinde suça katkısını tesadüfen sunamamış olan failin cezasız kalacağı ve bu durumun diğer müşterek failer bakımından adaletsiz bir sonuç doğuracağı eleştirisi de makul görünmemektedir. Zira henüz suça katkısını sunamamış olan fail, şartları haiz ise suça (manevi) yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Böylelikle her fail gerçekleştirmiş olduğu haksızlıkla orantılı bir şekilde cezalandırılmış olacaktır.

Bize göre, suç ortağının katkısını sunabilmek için sırasını beklerken yalnızca olay yerinde bulunması da fonksiyonel hâkimiyet şartı için yeterli olmayacaktır⁷⁹. Bunun için olay yerinde bulunan failin mutlaka kendi üzerine düşen katkının icrasına başlamış olması aranmalıdır⁸⁰. Ancak suç orta-

⁷⁸ Bu hususta daha önce çift yazarlı olarak kaleme almış olduğumuz bir çalışmada, bütüncül teoriye taraftar olmuştuk. Bkz. **Beyoğlu, Cem Ümit/Kantarci, Nurullah**: “Anayasayı İhlal Suçu”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, Aralık 2020, Prof. Dr. İbrahim Dülger’in Anısına Armağan, s. 709. Bireysel olarak bu görüşümüzü değiştirdiğimizi ve yenilenmiş bireysel teoriye taraftar olduğumuzu ifade etmek isteriz.

⁷⁹ Bu ihtimalde olay yerinde bulunan kişinin yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Doktrinde *Demirel*'e göre, kişinin sırf olay yerinde bulunması sebebiyle yardım eden olarak sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Bunun için failin yanında bulunmanın faile cesaret verip vermediği, suç işleme kararını kuvvetlendirip kuvvetlendirmediği gibi kriterler göz önünde bulundurulacaktır. Yazara göre, somut olayın incelenmesi sonucunda kişinin sadece olay yerinde bulunması yardım etme olarak da değerlendirilemiyorsa, bu durumda TCK'nın 278. maddesinde düzenlenen “suçu bildirmeme suçu” dikkate alınmalıdır. Bkz. **Demirel, Muhammed**: “Alman ve Türk Mahkeme Kararlarında Suçun İşlendiği Yerde Bulunmanın İştirak Açısından Niteliği”, MÜHFHAD, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 692, 693; Aynı yönde bkz. **Hakeri**, s. 555.

⁸⁰ Ancak Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında suç ortağının, ortak suç işleme kararı doğrultusunda olay yerinde bulunmuş olmasını müşterek faillik için yeterli görmüştür. Bu hususta Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı şu

ğının olay yerinde bulunması, aynı zamanda suça olan katkısını sağlaması anlamına geliyorsa bu durumda fonksiyonel hâkimiyet şartı sağlanmış olabileceği ve müşterek faillik gündeme gelebilecektir. Örneğin, A ve B, C'yi işyerinde gasp etmeyi kararlaştırmış olsunlar. Suç planına göre, A, işyerine girerek C'ye cebir uygulamak suretiyle C'nin üzerindeki değerli eşyaları alacak; B de C'nin kaçmaması için işyerinin kapısının önünde durarak kapıyı tutacaktır. Böyle bir olayda B'nin kapının önünde durması, suça olan katkısını sunması anlamına geleceğinden, fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanmış olacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

IV. TÜRK DOKTRİNİNİN VE YARGITAY'IN SORUNA YAKLAŞIMI

A. Türk Doktrininin Soruna Yaklaşımı

Türk doktrininde konu fazlaca tartışılmamış olmasına rağmen, görüş belirten birçok yazar bütüncül teoriye taraftar olmuştur.

Demirbaş, Koca/Üzülmez, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Öztürk/Erdem, Hakeri, Akbulut, Çakır gibi yazarlar birlikte suç işleme kararından hareket ederek, müşterek faillerin hareketlerinin karşılıklı olarak birbirlerine isnad edilebileceğini ve müşterek faillerden birinin suçun doğrudan doğruya icrasına başladığı anda tüm faillerin teşebbüs aşamasına girmiş olacağını ifade etmektedir⁸¹.

Özgenç, 15 Temmuz darbe teşebbüsüne ilişkin yargılamalar bakımından yaptığı açıklamalarda, darbe teşebbüsünün icrası bağlamında kendisine

şekildedir; "...sanık ...'in öldürme anında ...'in yanında olup gerektiğinde olaya müdahale edebilecek konumda olması gözetildiğinde, ... ile birlikte fiil üzerinde hâkimiyet kurarak öldürme eylemine 5237 sayılı TCK'nun 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı; sanık ...'ün ise yağma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme suçunu işleme hususunda diğer sanıklarla ortak karar almakla birlikte, öldürme eyleminin gerçekleştirildiği sırada bulunduğu yerin öldürme noktasına olan mesafesi gözetildiğinde sanığın, öldürme fiili üzerinde ortak hâkimiyet kurmadığı, ancak diğer sanıklarla birlikte olay yerine gitmesi, diğer sanıkların eylemlerini gerçekleştirdiği aşamada ve eylem sonrasında olay yerinde beklemesi, öldürme olayından hemen sonra birlikte aynı araçla uzaklaşmaları, suçta kullanılan silahın teminine yardımcı olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, diğer sanıkların gerçekleştirdiği nitelikli öldürme suçuna 5237 sayılı TCK'nun 39. maddesi kapsamında yardım eden olarak katıldığı kabulü gerekmektedir..." YCGK, E: 2017/284, K: 2017/238, T: 18.04.2017. Karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>. E.T: 15.10.2022.

⁸¹ *Demirbaş*, s. 543; *Koca/Üzülmez*, s. 514; *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, s. 711, 712; *Öztürk/Erdem*, s. 415; *Hakeri*, s. 469; *Akbulut*, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 728, 729; *Çakır*, s. 200 ve s. 204.

verilen görevi kabul eden kişinin, henüz suça katkısını sunmamış olsa dahi müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, işbölümü gereğince bazı suç ortaklarının kendilerine düşen görevin yerine getirilme sırasının henüz gelmemiş olması, bu kişilerin müşterek fail sıfatıyla cezalandırılmalarına engel teşkil etmeyecektir⁸². Görüldüğü gibi bu açıklamalarıyla *Özgenç*, doğrudan bütüncül teoriye taraftar olmuştur.

Tozman'a göre, müşterek faillik halinde faillerin karşılıklı olarak birbirini tamamlayan hareketleri bir bütünün parçasını oluşturarak, bireyselliklerini kaybetmektedir. Dolayısıyla müşterek faillerin işlemiş olduğu hareketler sadece bunları gerçekleştirene değil, tüm müşterek faille isnad edilebilecektir⁸³. Yazar bu açıklamalarıyla sorunun çözümünde bütüncül görüşe taraftar olmuştur. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere müşterek faillerin hareketlerinin birbirlerine isnad edilebilmesi için her bir müşterek failin suça katkısını sunmuş olması ve fonksiyonel hâkimiyet şartını yerine getirmesi gerekmektedir.

Yine bütüncül teoriye taraftar olan *Dülger* ise, görüşünü TCK'nın 40/3. maddesine dayandırmaktadır. TCK'nın bağlılık kuralını düzenleyen 40. maddesinin 3. fıkrasına göre, suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmektedir. Yazara göre, iştirak halinde işlenen suçlarda hazırlık hareketleri bir fail tarafından geçilmiş ve teşebbüs aşamasına ulaşılmış ise TCK m. 40/3 hükümünden yola çıkılarak bütün müşterek failler sorumlu tutulmalıdır⁸⁴. Ancak kanaatimizce yazarın bu görüşü yerinde değildir. Zira söz konusu düzenleme şeriklere yönelik olup, müşterek faillerin cezai sorumluluğu için bağlılık kuralına ihtiyaç bulunmamaktadır. Çünkü müşterek failler, işlenen haksızlıkla bizzat temas halindedirler⁸⁵. Ayrıca yazar, eserinin başka yerinde değerlendirmiş olduğu bir Yargıtay kararında, henüz sırası gelmediği için suça katkı

⁸² **Özgenç**, İzzet: Suç Örgütleri, 11. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, (Suç Örgütleri), s. 328.

⁸³ **Tozman**, s. 197.

⁸⁴ **Dülger**, s. 679.

⁸⁵ **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 262; **Koca/Üzülmez**, s. 458; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 756. Doktrinde *Demirel*, TCK'nın 40. maddesinde "suça iştirak için" ibaresine yer verilmiş olduğundan, bağlılık kuralına ilişkin düzenlemelerin müşterek failler bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı hususunda bir tereddüt ortaya çıktığını ifade etmektedir. Ancak yazara göre de müşterek failler bakımından bağlılık kuralının uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, TCK'nın 40. maddesinde yer alan düzenleme, yalnızca şerikler bakımından anlam ifade edecektir. Bkz. **Demirel**, Muhammed: Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 302-310.

sunmayan kişinin fonksiyonel hâkimiyet kuramadığını ve müşterek fail olarak kabul edilemeyeceğini ifade ederek yenilenmiş bireysel teoriden hareket etmiştir⁸⁶. Bize göre, yazarın bu görüşleri kendi içerisinde tutarlılık arz etmemektedir.

Türk doktrininde yalnızca *İçer* görüşümüzle aynı doğrultuda, yenilenmiş bireysel teoriye taraftar olmuştur⁸⁷. Yazara göre, suç planı gereğince üzerine düşen katkının icrasına henüz başlamamış olan kişinin teşebbüsten sorumlu tutulması fiil ceza hukuku ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Nasıl ki hazırlık hareketleri failin elinde olmayan sebeplerle yarıda kaldığında teşebbüs sorumluluğu doğmuyor ise aynı şekilde suça katkısını sunamayan suç ortağı bakımından da teşebbüs sorumluluğu doğmamalıdır. Dolayısıyla müşterek faillikte hem planlanan suçun bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşması hem de her bir failin kendi katkısının icrasına başlamış olması aranmalıdır⁸⁸. Ancak yazar dar bireysel teoriyi eleştirirken, her bir failin hareketinin ayrı ayrı incelenmesinin müşterek faillik kurumuyla bağdaşmadığını, suçun doğrudan icrasına başlamamış olan failin de iştirakin isnadiyeti yoluyla cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca yazara göre, suç planı gereğince icraya daha önce başlayan failin teşebbüs sebebiyle cezalandırılması; buna karşın katkısını henüz sunmayan failin ise cezasız bırakılması adaletsizdir⁸⁹. *İçer*'in dar bireysel çözüm için ileri sürmüş olduğu bu eleştiriler, aynı şekilde yenilenmiş bireysel teori için de geçerlidir. Zira yenilenmiş bireysel teori de her bir failin hareketini ayrı ayrı incelemekte ve suça henüz katkısını sunmamış olan kişiyi teşebbüs sebebiyle sorumlu tutmamaktadır. Kanaatimizce *İçer*, bu açıklamalarıyla kendi benimsemiş olduğu görüş ile çelişkiye düşmüştür.

B. Yargıtay'ın Soruna Yaklaşımı

Müşterek failler bakımından icra hareketlerine başlama sorunu Yargıtay kararlarında fazlaca tartışma konusu olmamıştır. Ancak sorun özellikle 15 Temmuz darbe girişiminden sonra yapılan yargılamalarda ortaya çıkmıştır. Zira darbe teşebbüsü, ortak suç planı doğrultusunda, ülke genelinde birçok fail tarafından gerçekleştirilmiştir. Ancak suç planı doğrultusunda bazı failler suça olan katkılarını sunarken, bazı failler ise henüz kendi sıraları gelmediğinden suça olan katkılarını sunamadan darbe teşebbüsü savuşturulmuştur.

⁸⁶ **Dülger**, s. 715, 716, dn. 2073.

⁸⁷ **İçer**, s. 211.

⁸⁸ **İçer**, s. 213.

⁸⁹ **İçer**, s. 208, 209.

Bu durumda henüz darbe planı çerçevesinde suça katkılarını sunamamış olan kişilerin anayasayı ihlal suçundan⁹⁰ sorumlu tutulup tutulamayacağı ise tam olarak çalışma konumuzda ele aldığımız sorunla ilgilidir.

Yargıtay'ın konuyla alakalı vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı şu şekildedir;

*“...Mensup olduğu örgütle kurduğu bağ nedeniyle örgütsel faaliyet kapsamında işlenen anayasayı ihlal suçuna ilişkin **planlama, hazırlık ve icra organizasyonundan haberdar olmak suretiyle darbeye teşebbüs suçunu sevk ve idare edenler tarafından verilen emirleri/görevleri kabullenerek ülke çapındaki icra hareketleriyle illi bir değer taşıyan icra hareketlerini gerçekleştirenlerin ya da görev paylaşımı bağlamında henüz sırası gelmemiş icra hareketleri için gerekli hazırlıkları yapanların bu suç yönünden müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerekmektedir...***”⁹¹

Yargıtay'ın bu açıklamalarıyla, müşterek faillikte icra hareketlerine başlama sorunu bakımından bütüncül teoriye taraftar olduğu anlaşılmaktadır⁹².

⁹⁰ TCK m. 309'da düzenlenen “Anayasayı ihlal” suçunun bir teşebbüs suçu olduğunu hatırlatmakta fayda vardır.

⁹¹ Yar. 16. CD., E: 2019/8779, K: 2020/2077, T: 18.02.2020. www.kazanci.com. E.T: 02.10.2022; Yar. 16. CD., E: 2019/9560, K: 2020/2034, T: 18.03.2020. <https://karararama.yargitay.gov.tr>. E.T: 15.10.2022.

⁹² Fakat ifade edelim ki yukarıdaki karara konu olmuş somut olayda Yargıtay, sanığın darbenin planlanması sürecinin içinde olduğuna dair delil bulunmadığı, yani sanığın birlikte suç işleme kararına katılmadığı gerekçesiyle müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Karara konu olan olay şu şekildedir; “...Olay tarihinde Amasya 15. Piyade Er Eğitim Tugay Komutanı olan sanık ...'ın, 15 Temmuz gecesi kendilerini “Yurtta Sulh Konseyi” olarak isimlendiren bir grup tarafından hazırlanan “İl Sıkıyönetim Komutanları” listesinde “Amasya Sıkıyönetim Komutanı” olarak görevlendirildiğinin anlaşılması, dosya kapsamına göre **darbeye teşebbüs eyleminin planlanması süreci içinde yer aldığına dair delilin bulunmaması**, ancak, incelenen HTS kayıtlarına göre hakkında FETÖ/PDY terör örgütüne üye olmanın dolayı soruşturma yapılan çok sayıda şahısla telefon görüşmesi yapması, gizli tanık beyanına göre örgüt mensubu olduğu anlaşılan sanığın, darbeye teşebbüs edildiği gecede Amasya 15. Piyade Er Eğitim Tugay Komutanı olarak görev yapmakta iken, görev yaptığı Tugayın mühimmat deposundan rütbeli personele dağıtılmak üzere personel başı üçer şarjör olacak şekilde toplamda 10.000 adet G3 piyade mermisini cephanelikten çıkarttırarak doldur-boşalt odalarında kilit altına alınması emrini vermesi, Tugaya giriş ve çıkışları yasaklaması, 15 Temmuz tarihine ilişkin sanığın görev yaptığı Tugayın incelenen kamera görüntülerine göre sanığın 23:37 komutanlığını yaptığı Tugaya giriş yaptığı, sanığın asları olan ve Mahkemece dinlenen tanıkların beyanlarına göre saat 24:00 sularında sanığın odasında buluştukları, sanığın masası üzerinde bir evrak gördükleri, tanıkların ne olduğunu sorduklarında sanığın sıkıyönetim ilan edilmiş, kim

Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin önem arz eden bir diğer kararının ilgili kısmı ise şu şekildedir;

“...darbe teşebbüsünden önceden haberdar oldukları anlaşılan, genel darbe planı çerçevesinde “derdest edilecek sivil kişilerin, sivil araçlarla ve kursiyer teğmen ve üsteğmenlerle alınması” görevini koordine eden, bu kapsamda kendilerine görev tevdi edilen teğmen ve üsteğmenlerin araçlarının hazırlanması, tam teçhizatla donatılmasını sağlayan sanıklar ..., ..., ..., ..., ...’ın, örgütsel faaliyet kapsamında işlenen Anayasayı ihlal suçuna ilişkin planlama, hazırlık ve icra organizasyonundan haberdar olmak suretiyle darbeye teşebbüs suçunu sevk ve idare edenler tarafından verilen emirleri/görevleri kabullenerek ülke çapındaki icra hareketleriyle illi bir değer taşıyan icra hareketlerini gerçekleştirdikleri, görev paylaşımı bağlamında ve icra hareketleri kapsamında gerekli hazırlıkları yaptıkları, suçun icrasında üstlendikleri rolleri, her birinin suçun icrasına ilişkin etkin, fonksiyonel katkıları da göz önünde bulundurulduğunda sanıkların fiil üzerinde ortak hakimiyet kurduklarının kabulü ile müşterek fail olarak TCK’nın 37. maddesi delaletiyle 309. maddesinden mahkumiyetlerine dair kabul ve uygulamada, özellikle sanıkların sübutu kabul edilen eylemlerinin, Anayasayı ihlal suçunu teşkil ettiğinde kuşku bulunmamasına, suçun icra hareketlerini müşterek fail olarak gerçekleştiren sanıkların cezalandırılmasında isabetsizlik görülmemiş...”⁹³

etmiş dediklerinde Yurtta Sulh Konseyi dediğini sonrasında ise mezkur emirleri vermesi, kendisini o gece il güvenlik amirlerinden oluşturulan kriz masasından arayan Valinin ve İl Jandarma Komutanının, kendisinin de oraya gelmesinin uygun olacağına yönelik zımnî davetlerine icabet etmeyerek Tugayda beklediği gibi rütbe ve makam itibarıyla sanığın kendi üssü olan ve darbe gecesi emirlerini uyguladığını savunduğu tanık ...’ün mülki makamlarla irtibat halinde olunması emrine uymaması, evinde ve işyerinde yapılan aramalarda ele geçirilen dijital materyaller üzerinde yapılan incelemelerde, FETÖ/PDY terör örgütü mensuplarınca kullanılan uygulamaların bulunması, örgüt elebaşına ait resim ve görsellerin yer alması şeklinde gerçekleşen eylemlerinin, bölgede askeri bir hareketliliğin yaşanmaması, birlik dışına taşan eylemlerin bulunmaması, sanığın birlik içerisinde cebri bir eyleminin bulunmaması nedeniyle müsnet suç yönünden TCK’nın 37. maddesi kapsamında fail olarak sorumlu tutulamayacağı ancak, suçun icrasına başlanmasından sonra katılma iradesini açıkça ortaya koyan hareketlerin, zaman, nitelik ve yakın zarar tehlikesine yaptığı katkı itibarıyla bütün olarak darbenin icrasını kolaylaştırmaya yönelik olup, 5237 sayılı TCK’nın 309/1 ve 39/2-c maddeleri kapsamında Anayasayı ihlale teşebbüs suçuna yardım etmek suçunu oluşturduğu gözlemlenmeden, delillerin değerlendirilmesi ve suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”

⁹³ Yar. 16. CD., E: 2019/4122, K: 2020/943, T: 13.01.2020. www.kazanci.com. E.T: 02.10.2022.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla olayda yer alan sanıklar darbe planından haberdar olarak, suç planı çerçevesinde sivil kişilerin derdest edilmesi görevini üstlenmişler, bu yönde hazırlık yapmışlar fakat işbölümü gereğince henüz üzerlerine düşen katkının icrasına doğrudan doğruya başlayamamışlardır. Yargıtay'ın olayda yer alan sanıkları müşterek fail olarak kabul etmiş olması yine bütüncül teoriden hareket ettiğini göstermektedir. Benimsemiş olduğumuz yenilenmiş bireysel teori doğrultusunda sanıklar, Anayasayı ihlal suçunun müşterek faili olarak sorumlu tutulmamalıdır. Zira sanıklar, suç planı gereğince üzerlerine düşen katkının icrasına henüz başlayamamışlar, bunun için yalnızca hazırlık yapmışlardır. Dolayısıyla somut olayda sanıklar Anayasayı ihlal suçuna yardım etmekten (TCK m. 39/2-a, TCK m. 309)⁹⁴ ve silahlı suç örgütüne üye olmaktan (TCK m. 314/2) sorumlu tutulabileceklerdir⁹⁵.

Darbe teşebbüsüne ilişkin kararlar incelendiğinde Yargıtay, müşterek failliğin tespitinde öncelikle sanıkların darbe planından haberdar olup olmadıklarını, yani birlikte suç işleme kararına katılıp katılmadıklarını⁹⁶, daha sonra da gerçekleştirilen veya gerçekleştirilecek olan hareketlerin fonksiyonel hâkimiyet düzeyine ulaşıp ulaşmadığını⁹⁷ incelemektedir. Bu iki şartın

⁹⁴ Kanaatimizce eğer sanıkların hareketleri yardım etme boyutuna dahi ulaşmıyorsa bu durumda TCK m. 316'da yer alan "suç için anlaşma" suçu gündeme gelebilecektir. Ancak eğer sanıkların hareketleri yardım etme boyutuna ulaşıyorsa bu durumda tali bir norm olan suç için anlaşma suçu geri çekilecektir. Zira suç için anlaşma suçu, tamamlanmış bir iştirake göre tali bir norm teşkil etmektedir. Alman CK §30 hükmü bakımından aynı yönde bkz. **Heine, Günter/Weißer, Bettina**: in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2019, §30, kn. 38.

⁹⁵ Aynı yönde bkz. **Dülger**, s. 715, 716, dn. 2073.

⁹⁶ "...Bu açıklamalar doğrultusunda, örgütle irtibatı tespit edilemeyen ve suçun işleneceğinden haberdar olmayan, dolayısıyla suç işlenmeden önce suç planlanmasında yer almayan, suça iştirake etmekle birlikte sağladığı katkı itibarıyla suçun işlenişinde önemli bir fonksiyon icra etmeyen kişilerin suça iştirakleri yardım düzeyinde olduğu kabul edildiğinden..." Yar. 16. CD., E: 2020/2263, K: 2020/3300, T: 07.07.2020. www.kazanci.com. E.T: 02.10.2022.

⁹⁷ "...ilçesinde askeri bir hareketlilik yaşanmayan, birlik dışına taşan herhangi bir eylemi bulunmayan, birlik içerisinde cebri bir davranışı tespit edilemeyen icra hareketlerinden önce örgütsel organizasyon içinde yer alarak darbe girişiminden haberdar olduğu, suç işleme karar ve iradesine katıldığı kanıtlanamayan sanığın, elverişli nitelikteki icra hareketlerine katkı sunmakla birlikte, sunduğu katkının tek başına vahamet arz etmediği gibi fiilin işlenişinde "müşterek hâkimiyet" kurduğundan da bahsedilemeyeceği, zarar tehlikesi bakımından illi bir değer taşıdığından kuşku bulunmayan eylemlerinin, işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak (TCK madde 39/2-c) suretiyle Anayasayı ihlal suçuna yardım etmek kapsamında kaldığının kabulü ile hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerekirken..." Yar. 3. CD., E: 2021/5388, K: 2021/9493, T: 13.10.2021. www.kazanci.com. E.T: 02.10.2022.

sağlanmadığı durumlarda Yüksek Mahkeme, şahısların müşterek faillikten değil, yardım etmeden sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Fakat Yargıtay, bu iki şartın sağlanması durumunda kişilerin, suç planı çerçevesinde henüz kendi katkılarını sunup sunmadığına bakılmaksızın müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir. Yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, Yargıtay'ın bütüncül teoriden hareket ettiği bu yaklaşımına katılamamaktayız.

SONUÇ

1) Müşterek faillikte icra hareketlerine başlama sorunu doğrudan teşebbüse ya da müşterek faillığe ilişkin düzenlemelere bakılarak çözülemektedir. Sorunun çözümlenebilmesi için her iki kurumun birlikte göz önünde bulundurulması gerekir. Bu hususta doktrinde bütüncül çözüm, dar bireysel çözüm ve yenilenmiş bireysel çözüm olmak üzere üç farklı teori ileri sürülmüştür.

2) Dar bireysel teori, her bir failin suça olan katkısını sunup sunmadığını ayrı ayrı incelemektedir. Dolayısıyla planlanan suç tipi henüz teşebbüs aşamasına varmamış olsa dahi katkısını daha önce sunan suç ortağı teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulacaktır. Bu durumda müstakil bir fail için hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilecek bir eylem, ilgili suç ortağı bakımından icra hareketi olarak kabul edilmiş olacak ve teşebbüs sorumluluğu gündeme getirecektir. Bu yönüyle dar bireysel çözüm, teşebbüse ilişkin kurullarla çelişki arz etmektedir.

3) Bütüncül çözüm müşterek faillerin teşebbüs sorumluluğu için planlanan suçun bir bütün olarak teşebbüs safhasına ulaşmış olmasını aradığından, dar bireysel çözüme göre daha tercih edilebilir görünmektedir. Ancak bütüncül çözüm de müşterek faillik kurumu ile çelişki içerisinde bulunmaktadır. Zira suç planına göre henüz suça katkısını sunmamış olan suç ortağı, diğer müşterek faillerin daha önce suçu teşebbüs aşamasına ulaştırmış olması sebebiyle suça teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Bu durum müşterek failliğin şartlarından olan fonksiyonel hâkimiyet şartı ile uyuşmamaktadır. Henüz suça hiçbir katkı sağlamayan suç ortağının, suçun üzerinde fonksiyonel bir hâkimiyet sağladığı söylenemeyecektir. Bütüncül teoriyi benimseyen yazarlar, müşterek failliğin şartlarından olan birlikte suç işleme kararından hareket etmektedirler. Ancak kanaatimizce müşterek failliğin diğer bir şartı olan fonksiyonel hâkimiyet şartını gözden kaçırmaktadırlar.

4) Bize göre sorunun çözümü adına en makul görünen teori, yenilenmiş bireysel teoridir. Teori, müşterek faillerin teşebbüs sorumluluğunun doğa-

bilmesi için hem kararlaştırılan suçun bir bütün olarak teşebbüs eşiğini aşmış olmasını aramakta hem de her bir failin suça olan katkısını gerçekleştirip gerçekleştirmediğini ayrı ayrı incelemektedir. Böylece dar bireysel çözüm ve bütüncül çözümün ortaya çıkarmış olduğu sakıncalar giderilmiş olmaktadır.

5) Yenilenmiş bireysel çözümün benimsenmesi halinde suça katkısını tesadüfen sunamamış olan kişinin cezasız kalacağı ve bunun da adaletsiz bir sonuç olduğu eleştirisi yerinde bir eleştiri değildir. Zira tesadüfen de olsa suça henüz hiçbir katkı sunmamış olan kişinin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulması, teşebbüse ilişkin düzenlemelerle bağdaşmayacaktır. Ayrıca bu kişi -şartları varsa- suça yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Böylece her fail gerçekleştirmiş olduğu haksızlıkla orantılı bir ceza almış olacaktır.

6) Müşterek faillikte icra hareketlerine başlama sorunu Türk doktrininde detaylı olarak tartışılmamış olmasına rağmen, bu hususta görüş belirten yazarların çoğu bütüncül teoriye taraftar olmuşlardır. Yargıtay da özellikle 15 Temmuz darbe teşebbüsüne ilişkin vermiş olduğu kararlarında bütüncül teoriden hareket etmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere Türk doktrin ve Yargıtay'ın bu yaklaşımına katılamamaktayız.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003.
- Beyoğlu**, Cem Ümit/**Kantarci**, Nurullah: “Anayasayı İhlal Suçu”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, Aralık 2020, Prof. Dr. İbrahim Dülger’in Anısına Armağan, s. 681-720.
- Cornelius**, Kai: in: Beck’scher Online Kommentar StGB v. Heintschel-Heinegg, 54. Edition, 2022.
- Çakır**, Kerim: Suça İştirakte Müşterek Faillik, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Çatakli**, Hasan: Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, Kovac Verlag, Hamburg 2020.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Demirel**, Muhammed: “Alman ve Türk Mahkeme Kararlarında Suçun İşlendiği Yerde Bulunmanın İştirak Açısından Niteliği”, MÜHFHAD, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019. s. 682-696.
- Demirel**, Muhammed: Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Dülger**, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Hukuk Akademisi Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Erb**, Volker: “Zur Konstruktion eines untauglichen Versuchs der Mittäterschaft bei scheinbarem unmittelbarem Ansetzen eines vermeintlichen Mittäters zur Verwirklichung des Tatbestandes”, NStZ 1995, s. 424-428.
- Eser**, Albin/**Bosch**, Nikolaus: in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2019, (SS-**Eser/Bosch**).

- Evik**, Vesile Sonay: Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Fad**, Frank: Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 2005.
- Gropp**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2015.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Heger**, Martin/**Petzsch**, Anneke: in: Strafgesetzbuch Kommentar -Matt, Holger/Renzikowski, Joachim, 2. Auflage, Franz Vahlen Verlag, München 2020, (MR-**Heger/Petzsch**).
- Heine**, Günter/**Weißer**, Bettina: in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2019.
- Heinrich**, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2012.
- Hillenkamp**, Thomas: in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 12. Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin 2007, (LK-**Hillenkamp**).
- Hoffmann-Holland**, Klaus, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2020, (MüKo-**Hoffmann-Holland**).
- Ingelfinger**, Ralph: “Schein-Mittäter und Versuchsbeginn”, Juristen Zeitung, 1995. s. 704-714.
- İçer**, Zafer: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Jäger**, Christian: in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2017, (SK-**Jäger**).
- Jescheck**, Hans Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Springer Verlag, Berlin 1996.
- Kantarci**, Nurullah: İşlenemez Suç, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Kindhäuser**, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2015.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Krey**, Volker/**Esser**, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2016.

- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Krack, Ralf:** “Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und Mittelbarer Täterschaft”, ZStW (110), 1998, Heft 3, s. 611-639.
- Kratzsch, Dietrich:** “Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§22 StGB)- ein absolut untauglicher Versuch?”, Juristische Arbeitsblätter, 1983, Heft 11, s. 578-587.
- Kretschmer, Joachim:** “Unmittelbares Ansetzen (§22 StGB) bei mittelbarer Täterschaft und bei Mittäterschaft”, Juristische Arbeitsblätter, 2020, s. 583-590.
- Kudlich, Hans/Schuhr, Jan:** in: Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2019.
- Küper, Wilfried:** “Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten”, Juristen Zeitung, 1979, s. 775-787.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian:** Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), 29. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2018.
- Otto, Harro:** Grundkurs Strafrecht: 7. Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin 2004.
- Önok, Rıfat Murat:** Yapısal Suçlarda Failin Tespiti- Müşterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Özgenç, İzzet:** Suç Örgütleri, 11. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, (Suç Örgütleri).
- Özgenç, İzzet:** Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İmaj Ofset Yayıncılık, İstanbul 1996, (Suça İştirakin Hukuki Esası).
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, (Genel Hükümler).
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Rengier, Rudolf:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2020.
- Roxin, Claus:** Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H.Beck Verlag, München 2003.

- Rönnau**, Thomas: “Grundwissen-Strafrecht: Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten”, *Juristische Schulung*, 2014, Heft 2, s. 109-113.
- Schilling**, Georg: *Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1975.
- Tozman**, Önder: *Suçla Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Valdagua**, Maria da Conceição: “Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten”, *ZStW* 98 (1986), Heft 4, s. 839-873.
- Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 34. Auflage, C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2004.
- Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: *Alman Ceza Kanunu - Strafgesetzbuch*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Yurtlu**, Fatih: *İhmali Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Zaczyk**, Rainer: in: *Nomos Kommentar*, Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans- Ullrich, *Strafgesetzbuch*, Band 1, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, (NK-**Zaczyk**).

İnternet Kaynakları

<https://karararama.yargitay.gov.tr>. Erişim Tarihi (E.T): 15.10.2022.

<https://www.kazanci.com.tr>. Erişim Tarihi (E.T): 02.10.2022.