

22.10.1991 TARİHLİ VE 1 WS 249/91 SAYILI HAMM EYALET YÜKSEK
MAHKEMESİ KARARI*

ZİNCİRLEME AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSTE AZMETTİRİLEN FİİLİN
YETERİNCE SOMUTLAŞTIRILMASI**

Çeviren:

Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR***

Başlık: İştirak, teşebbüs

Uygulanan Kanun Hükümleri: ACK¹ md.30/f.1², ACK md.211³

Kararın Özü: Bir kimse tarafından azmettirilen fiil yeterince somutlaştırılmışsa ve nihai fiil kararının alınmasına sebep olunmuşsa, azmettirenin bundaki sonraki kendi katkısına tekabül eden davranışlar fiili mümkün kılrsa bile cezalandırılabilir hazırlık hareketi alanı aşılmış olur.

Anahtar Kelimeler: İştirak, teşebbüs

Kararın Bulunduğu Kaynaklar: GA 1992, 369; LSK 1993, 040256

Avrupa İçtihat Numarası⁴: ECLI:DE:OLGHAM:1991:1022.1WS249.91.0A

* OLG (Oberlandesgericht) Hamm, Beschluss vom 22.10.1991 – 1 WS 249/91. Karar metni için bkz. BeckRS 1991, 345.

** DOI: 10.33432/ybuhukuk.1101226 – Geliş Tarihi: 10.04.2022 – Kabul Tarihi: 29.06.2022.

*** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, sercan.tokdemir@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9749-688X.

¹ 15.05.1871 tarihli Alman Ceza Kanunu (deutsches StGB) [RG. 13.11.1998-yeniden ilan tarihi].

² “İştirake Teşebbüs” başlıklı ACK md.30/f.1: “Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için sevk etmeğe teşebbüs ederse, cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak, cezası 49’uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir. 23 üncü maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır.” Kanun metni için bkz. “Strafgesetzbuch”, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_30.html> s.e.t. 30.03.2022.

³ “Cinayet” Başlıklı ACK md.211: “Katil müebbet hapis cezası ile cezalandırılır (f.1). Katil; öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin etme, sırf maddi menfaat ve sair ilkel saik nedeniyle, mağdurun saldırı karşısında savunmasız olduğu ve tehlikenin farkında olmadığı bir durumu kullanmak suretiyle, canavarca bir şekilde veya toplum için genel tehlike yaratan araçlarla, bir suçu gizlemek veya bir suçun işlenmesine olanak sağlamak amacıyla, bir insanı öldüren kişidir” (f.2). Kanun metni için bkz. “Strafgesetzbuch”, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_211.html> s.e.t. 30.03.2022.

⁴ ECLI: European Case Law Identifier.

Karar ve Gerekçesi:

Karar: Üç numaralı hükmü hariç bozulan karar kaldırılır.

Siegen Cumhuriyet Savcılığı'nın 3 Temmuz 1990 tarihli iddianamesi kabul edilir.

Arnsberg Eyalet Ağır Ceza Mahkemesi önünde sanık aleyhinde kamu davası açılır.

Gerekçeler:

1. Siegen Cumhuriyet Savcılığı, 30.07.1990 tarihli iddianameyle sanığı, başka bir kişiyi katilin suçu işlemesi için azmettirmeye teşebbüs etmekle (teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmeye) suçlamıştır. Siegen Eyalet Ağır Ceza Mahkemesi, bozulan kararlar iddianın kabulünü ve kamu davasının açılmasını reddetmiştir.
2. Soruşturmaya göre, asıl duruşma sonucuna halel getirmeyen bir ön değerlendirme temelinde aşağıdaki gerçeklerden hareket edilmiştir:
3. Sanığın karısı, moda mağazalarından birini çalıştırmaktadır. 1975'ten beri yanında 17.6.1960 doğumlu Bayan K çalışmaktadır. K ile sanık arasında yıllar içinde yakın ilişki içeren bir aşk ilişkisi gelişmiştir. Sanık, tanık K ile olan ilişkisini yıllar içinde karısından gizlemiştir. Sanık, uzun yıllar süren ilişkilerinden sonra K'ya kendi karısından boşandıktan sonra evlenme teklifinde bulunmuştur. Fakat K boşanmış bir erkekle değil, sanığın karısının doğal yollardan vefat etmesi durumunda kendisiyle evlenmeye hazır olduğunu söylemiştir.
4. 1988 yılında K'nın bir başka erkekle ilişkisi olur ve K, sanıkla olan yakın ilişkisini bitirmiştir. Ancak yeni ilişkisi birkaç ay sonra sona erdiğinde yeniden eski ilişkisine devam etmiştir. Sanık, K'yı kendisine bağlamak için gerçekçi bir şekilde karısının çok hasta olduğunu ve iki yıldan beş yıla kadar bir ömrü olduğunu ona söylemiştir. K bunu fark etmiş, fakat bu konu hakkında sanıkla hiç konuşmamıştır.

5. Haziran 1989'dan itibaren K, H ile yakın bir ilişki yaşamıştır. Aynı zamanda sanık ile ilişkisine de devam etmiştir. K'nın bu yeni ilişkisini öğrenen sanık, K'nın kendisinden ayrılmak istediğini öğrenmiştir. Sanık, K'nın, ağır hasta olan karısıyla ilgili hikâyeye inanmadığını fark ettiğinde kendisini “köşeye sıkışmış” bir vaziyette hissetmiştir. 23.10.1989 tarihinde özel dedektif B (tanık) ile buluşur ve ondan farklı bir isim altında K'yı ve onun ziyaret ettiği yakın çevresini takip etmesini istemiştir. Bu esnada tanık B'ye kendisinin ağır kalp ve kanser hastası olan karısından bahsetmiş ve K'nın kendisinin sevgilisi olduğunu söylemiştir. Sanık, yardımcı olması amacıyla yanında tutması için hasta karısının ve sevgilisi olan K'nın fotoğraflarını daha sonra tekrardan almak üzere B'ye vermiştir.
6. Tanığın sanığa gözlemleri hakkında rapor vermesinden sonra sanık ile tanık, aralarında bundan böyle karısının dışarı çıktığı esnada tanığın sanığın telefonunu çaldırması ve sonraki buluşmanın telefon ile ayarlanacağı hususları üzerinde anlaşmışlardır. Dedektif, savcılıkla daha önce konuştuğu üzere telefonda sonra hemen kendisini bildirmiş ve sanıkla 31.10.1989 tarihinde buluşmuştur. Dedektif, ona kimsenin inanmayacağı endişesiyle bu gizli konuşmayı kayıt altına almıştır. Sanık, bu sefer yanlış bir isimle ortaya çıkmış ve B'den karısını zehirle öldürecek bir kadın bulmasını talep etmiştir. Sanığın talebine göre bu kadının bir fuarda 1990 Şubat ayında çok çabuk etki eden ve iz bırakmayan bir zehri karısının içeceğine karıştırması gerekecektir. Bunun için bulacağı faile olayı gerçekleştirmeden evvel 30.000.00 Alman Markı (DM) vereceğini söylemiştir. Ayrıca olay için karısını gösteren fotoğrafı kadına vermesini istemiştir. Tanık B, bu olay için bir çek almış ve teklifi böylece garanti altına almıştır. Buna ilaveten tanık, kayda aldığı konuşmayı kriminal polise iletmıştır.
7. 4.11.1989 tarihinde sanık yeniden tanık B'ye ulaşmış ve ondan zehirlenme olayını gerçekleştirecek kadını bulmasını çabuklaştırmasını istemiştir. Bundan başka sanık, B'den K'nın kendisine tekrardan dönmesini sağlamak için K'nın erkek

arkadaşıyla buluşup onu kışkandıracak bir kadın bulmasını istemiştir.

8. Kasım 1989'da sanık, günde nerdeyse kırk defa olmak üzere tanık B ile onu telefonla arayıp görüşmüştür. 8.11.1989 tarihinde tanık B'den zehirleme işini yapacak kadını Frankfurt'ta araması talimatını vermiştir. Zehirle öldürme planını tekrar etmiştir. B, delil olsun diye zehirleme olayına ilişkin herhangi bir eylem yapmaksızın Frankfurt'a gitmiştir. 11.11.1989 tarihinde B, bir kadın fail bulabilmek amacıyla sanığın talimatı üzerine yeniden Frankfurt'a gitmiştir. Geri döndüğünde tanık B, sanığa zehir konusunda bilgisi olan Afrikalı iki tıp fakültesi öğrencisi ile bağlantısı olan bir Afrikalı kadından bahsetmiştir. Bu kadının 35.000.00 Alman Markı karşılığında sanığın karısını öldürmeye hazır olduğunu söylemiştir. Sanık, bu teklif üzerinde kadınla anlaşmaya varır gibi gözükmüş ve yine yanlış bir isimle ortaya çıkmıştır. 10/11.11.1989 tarihinde (gece) tanık K'yı ortak olarak gözetledikleri bir ortamda tanık B, sanığın gerçek adını öğrenmiş; oysa tanık B, sanığa takip süresi boyunca hep "S" diye hitap ederdi ki sanık da bu hitaba karşı çıkmamıştır; buna rağmen B, sanığın isteği üzerine dosyasına hayali adını "St" olarak kaydetmiştir. Ertesi gün B, sanığın talimatı üzerine Afrikalı öğrencilerle buluşmak amacıyla Frankfurt'a gitmek üzere yola çıkmıştır. Daha sonra B, sanığa zehirlemede kullanılacak "K" isimli ilacın bulunduğunu haber vermiştir. Sanık, memnuniyetini dile getirmiş ve dedektifin bu çalışmasını umut verici bir çalışma olarak görmüş; ancak kendisinin bahara kadar vakti olduğunu düşünmüştür. K'nin kendisine tekrardan dönmesi arzusunda olan sanığı nihayetinde K terk ederse karısını öldürmenin onun için artık bir anlamı kalmayacaktır. 19 Kasım 1989 tarihinde sanık, K'nin tekrardan kendisine dönebileceğini düşünmüştür. 12 Aralık 1989 tarihine kadar sanık, K ve H ile daha da uğraşmaya devam etmiştir. Sanığın bu çabaları K'yı kışkandırmaya yönelikti. Ancak sanık yine de suç planından vazgeçmemiştir, çünkü her şeyin kontrol altında olduğunu ve kısa sürede sonuç vereceğini düşünmüştür.

9. 13 Aralık 1989 tarihinde sanık, tanık B'ye her şeyi netleştirmek için yeniden Frankfurt'a gitmesi talimatını vermiştir. Kadın, Mart 1990'da suçun daha kolay işlenebileceği düşüncesiyle Şubat 1990'daki fuarı ziyaret etmiştir. Sonraki fuar 1990 yılının Ağustos ayında olacaktı.
10. 14 Aralık 1989'da B, sanığa kadının kaçış planı ve beş dakika içinde ölümcül etkisini gösterecek olan ilacı satın almak için avans olarak 20.000,000 Alman Markı istediğini söylemiştir. Sanık bu avansı vermeyi kabul etmiş ve ertesi gün B'nin Frankfurt'a gidip kadının zehri hemen satın alması için avansı temin etmiştir.
11. Bu ana kadar sanık, kadın failin temin edilmesine yönelik masraf olarak hâlihazırda 1.028.00 Alman Markı ödemiştir.
12. 15 Aralık'ta (15.12.1989) sanık, sabah saat 8.30'a doğru kendi aracıyla daha önce B ile kararlaştırdıkları yere gitmiş, B'nin aracına binmiş ve içinde 20.000,00 Alman Markı olan zarfı B'ye vermiştir. Ancak parasını kaptırabileceği ve fiilin işlenememe yönünde taşıdığı endişeyi dile getiren sanık, B'ye şu sözleri söylemiştir: "Bay B haydi şimdi başlayalım, umarım her şey yolunda gider. Umarım para boşuna gitmez ve parayı kaptırmam."
13. Kısa bir süre sonra sanık, randevudan haberi olan polis tarafından yakalanmıştır.
14. İddiaları kabul etmeyen eyalet mahkemesine göre azmettirmeye teşebbüs hazırlık aşamasında kalmıştır. Sanık fiilin işleneceği anı halen saklı tutmaktadır. Sanık karısının resmini daha sonraki bir vakitte teslim edeceğini söylemiş ve fiilin kesin olarak işleneceği zaman ile ilgili tanık B'nin sanıkla ayrıntılı görüşmesi halen gerekli bir husus olarak durmaktadır. Ayrıca fiilin işlenmesine aracılık eden kişi ve fail için mağdur yeterince somutlaştırılmamıştır. Tanık B sanığın gerçek ismini bilmemektedir ve sadece bir fotoğraf vasıtasıyla mağdur yeterince somutlaştırılmış olmaz. Sanık moda fuarının kesin tarihini bildirseydi ve tanık B vasıtasıyla mağdurun tam olarak somutlaştırılması mümkün kılınmış olsaydı, (bayan) fail böylelikle fiili işleyebilecekti. Buna karşılık Siegen Cumhuriyet Savcılığı, başsavcılığın eleştirdiği karara derhal itiraz etmiştir.

15. İtiraz neticelenir. Şimdiye kadarki soruşturma, ACK md.30/f.1 ve ACK md.211 çerçevesinde eşini öldürmeye azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olmaya yetecek kadar sanığın şüpheli olduğunu göstermiştir.
16. Bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs eden bir kimse ACK md.30/f.1'e göre cezalandırılır. Soruşturma neticesine göre, sanık karısını öldürecek sözde var olan (muhtemel) kadını azmettiren tanık B'yi azmettirmiştir (azmettirmeye azmettirmiştir). Mahkeme kararları ve öğretiyeye göre fiilin azmettirme düzeyinde kabulü, somutlaştırma derecesine göredir (krş. BGHSt 12,306; Schönke-Schröder-Cramer, StGB, 23. Auflage. §30, kn. 4; Dreher-Tröndle, StGB, 45. Auflage §30 kn. 7; Lackner, StGB, 19. Auflage, §30 kn. 3; LK-Roxin, StGB, 10. Auflage, §30 kn. 24). Mağdur, sanığın karısıdır. Daire, tanık B'nin anlatımlarından yola çıkarak, suç Mart 1990'da ve birkaç gün süren moda fuarında, her ne kadar zamanlama tespiti önemli olsa da, dedektifin çok da zor olmayan araştırmalarının akabinde, ne zaman gerçekleştirildiği tam olarak bilinmemekle birlikte, zehrin kullanılmasıyla işlenmiştir. Sanığın gerçek bellediği ve arka planda kalan kadın failin, Şubat 1990'daki I'da kendini davranışlarıyla açığa çıkardığı kabul edilmelidir. Sanığın kimliği gizli kalmamış, açığa çıkmıştır. Sanık kendisini "S" olarak tanıtmış ve bundan böyle bu isimle kendisine hitap edilmesini istemiştir. Sanığın karısının moda mağazasının sahibi olduğu çok açıktır. Sanık "O" plakalı araçla gitmiştir. B, daha sonra geri vermek üzere sanıktan aldığı fotoğrafta sanığın karısını görmüştür. B için Bayan S'yi teşhis etmek ve S'ye kendi bilgilerini aktarmak zor değildi. Bu olanların hepsi sanığın bilgisi dâhilindeydi ve olanlar şu yeterli kabul görecektir olasılığı ortaya koymaktadır ki, sanık da bu olaylardan doğru bir şekilde sonuca varmıştır.
17. Azmettirmeye teşebbüs ancak fiil azmettirenin tasavvuru doğrultusunda belirleyici olduğu zaman (krş. BGHSt 10, 388;18, 161; Urteil vom 2. September 1969 – 1 StR 280/69-; Schönke-Schröder-Cramer, a.g.e., §30 kn. 4; Dreher- Tröndle a.g.e., §30 kn. 9;

Baumann, StGB, AT, 9. Auflage. §37 IV 4; Schmidhäuser, StGB, AT, 3. Auflage, 11/112; LK-Roxin, StGB. 10. Auflage, §30 kn. 27 ve 31; Roxin JA 1979, 169), ciddi ise (BGHSt 10,388; 18, 161; Dreher-Tröndle, a.g.e., §30 kn. 9; LK-Roxin, a.g.e., §30 kn. 18; Schmidhäuser, a.g.e., 11/108; Schönke-Schröder-Cramer, a.g.e., §30 kn. 26 ve 28) cezalandırılabilir. Sanık önceleri duraksamış ve suçun işlenişi ile ilgili talimatlarda ya da daha doğrusu talimatlandırılmıy mı noktasında tereddüt yaşamıştır. Fakat daha sonrasında, daireye göre, şu ana kadar ki soruşturma sonucu failin en geç 13 Aralık 1989 tarihinden itibaren suç işleme yönündeki ciddi ve nihai kararını verdiğini ve sanığın kendi tasavvuruna göre B'yi etkileme faaliyetinde başarılı olduğunu ve doğrudan faile fiili işlettiren arka plandaki kişide (B'de) nihai kararın alınmasına sebep olduğunu göstermiştir.

18. Oluşa göre birkaç husus şu anlama gelmektedir ki, sanık kendi katkısını (etki edici ve belirleyici hareketlerini) artık gerekli görmemiş; bilakis şuradan yola çıkmıştır ki, kader kendi başına yol alabilir. Bu kabule sanığın şu tasavvuru da dâhil edilmelidir ki, sanık, karısının resmini verme ya da karısını Mart 1990'da ziyaret vakitleri hakkında bilgilendirme gibi kendi katkısını devam ettirebilirdi ve böylece suçun işlenişini kolaylaştırabilirdi. Fakat bunları mümkün kılmadı. Sadece bu ikisinin kabul edilmesi durumunda dahi, dairenin görüşüne göre başka şeylerin (kanıtların) dikkate alınması gerekmektedir. Bu şekilde bile genel teşebbüs prensiplerine göre hazırlık hareketleri aşaması geçilmiştir. Alman Federal Yargıtay'ının defalarca tekrar ettiği üzere (BGHSt 18, 160, 161; yayımlanmamış Urteil vom 2. September 1969 – 1 StR 280/69), azmettirmeye teşebbüsten cezalandırabilmek için, fiil azmettiren tarafından öyle bir belirlenmek zorundadır ki, başkaları da bu suçu işlemek istediği vakit, bu belirlemeye göre suçu işleyebilsin. Fakat burada bir husus atlanılmamalıdır: İlk anılan kararın olayında henüz belirli bir suç işleme kararı mevcut olmadığı gibi, diğer olaylarda fiil yeterince somutlaştırılmış da değildir. Bu olayda ise, yapılan araştırma ve soruşturmaya göre, işlenecek suç azmettirenin

tasavvurunda yeterli derecede somutlaştırılmış ve suç işleme kararı kesindir. Böyle durumlarda suç işlemek için anlaşma suçu (ACK md.30/f.2) çok yakın gözükmese de, dairemizin düşüncesine göre, uygulama, azmettirilenin azmettirenin etkisi ve dâhili olmasa dahi suç işleyebileceği gerekçesiyle, ACK md.30/f.1 lafzı üzerinden sınırlandırılmıştır. Bunun sebebi, azmettirenin suçun birden fazla kişi tarafından işlendiği durumda onları suça sevk etmesinde ve azmettirenin tutum ve davranışlarının tehlikeliliğinde aranmalıdır (krş. BT-Drucksache V/4095 S. 13; Schönke-Schröder-Cramer, a.g.e., §30 kn. 1; Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, 4. Auflage, §65 I 2; LK-Roxin, a.g.e., §30 kn. 3, 9, 15, 22; Dreher in Gallas-Festschrift, S. 321; Roxin JA 1979, 169, 170, 171; Preisendanz, Lehrkommentar, 30. Auflage, §30 Anm. 2; Schmidhäuser, a.g.e., 11/108; Jacobs, Strafrecht AT, S. 630).

19. Yukarıdakiler ışığında, bozulan kararın kaldırılarak suçlamaların kabul edilmesi ve kamu davasının açılması gerekir. Mahkeme, esas duruşmanın yapılmasından evvel CMK⁵ md.210/f.3'ün uygulanabilir olup olmadığına karar vermelidir. Bu itiraz kararıyla sanığın tazminatına ilişkin ceza mahkemesinin kararı temelden yoksun hale gelmiş olur.
20. Savcılık, tutuklama emrinin kaldırılmasına (bozulan kararın üçüncü bölümünde) itiraz etmemiştir.

Avrupa İçtihat Numarası: ECLI:DE:OLGHAM:1991:1022.1WS249.

91.0A

Önerilen Atıf: OLG Hamm Beschl. v. 22.10.1991 – 1 Ws 249/91, BeckRS 1991, 345.

Kararın Bulunduğu Benzer Kaynaklar:

Karar: LSK 1993, 40256 (Ls.)

Diğer Kaynak: GA 1992, 369

⁵ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (deutsche StPO), düzenleme tarihi: 12.09.1950, yeniden düzenleme tarihi: 07.04.1987, son değişiklik tarihi: 21.12.2021.

KAYNAKÇA

OLG Hamm, Beschluss vom 22.10.1991 – 1 Ws 249/9. Karar metni için bkz. BeckRS 1991, 345.

“Strafgesetzbuch”, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/__30.html > s.e.t. 30.03.2022.

15.05.1871 tarihli Alman Ceza Kanunu (deutsches StGB) [RG. 13.11.1998-yeniden ilan tarihi].

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (deutsche StPO), düzenleme tarihi: 12.09.1950, yeniden düzenleme tarihi: 07.04.1987, son değişiklik tarihi: 21.12.2021.