

Organize Yapılar Üzerindeki Hâkimiyette Dolaylı Faillik Kurumunun Haksızlık Teorisi Yardımıyla Gerekçelendirilmesi

Die Begründung der mittelbarer Täterschaft bei der Organisationsherrschaft mit Hilfe der Unrechtstheorie

Dr. Abdullah Yıldız*

ÖZ

Organize güç ilişkisine dayalı bir yapı içerisinde arkaplandaki kişinin tam sorumlu olan doğrudan failin işlediği suçtan dolayı dolaylı fail olarak cezalandırılması gerektiği görüşünün literatürde en yaygın gerekçesini oluşturan organizasyona egemenlik yoluyla fiili hâkimiyet teorisi ele alınıp, bu yaklaşımın neden hukuk felsefesi dayanağından yoksun olduğu ortaya konulmuştur. Alternatif bir fikir olarak söz konusu olaylarda dolaylı failliği gerekçelendirmek için haksızlık teorilerinden yardım alınabileceği ileri sürülmüştür. Faillik ve dolaylı faillik müesseselerini gerekçelendirirken fiili hâkimiyet teorisinden ayrışıp, haksızlık teorilerinden biri olarak literatürde kabul edilen ve haksızlığı özgür bireyler arası davranış normlarının ihlali sebebiyle hukuki ilişkilerin zarar görmesi üzerinden okuyan anlayışı kabul edecek olursak, organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik kurumunu sağlıklı bir şekilde gerekçelendirebiliriz.

Anahtar Kelimeler: *Dolaylı fail, organizasyon hâkimiyeti, örgütsel yapı, haksızlık teorisi, tanınma ilişkisi.*

The Justification of Indirect Perpetration in Organisational Governance with the Help of the Wrongfulness Theory

* Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, (akademiker40@gmail.com). ORCID: 0009-0005-3426-5829.



ABSTRACT

The theory of control/domination of the act by virtue of a hierarchical organization which constitutes the most widely accepted justification in legal literature for the view that, within an organized power structure, the person in the background should be held responsible as an indirect perpetrator for the crime committed by the fully responsible direct perpetrator has been examined, and it has been argued that this approach lacks a convincing foundation in legal philosophy. As an alternative approach, it is proposed that theories of wrongdoing may be employed to justify indirect perpetration in such cases. If we depart from the theory of control over the act and instead adopt a view that recognized as one of the theories of wrongdoing in the literature, and interprets wrongdoing as the impairment of legal relations resulting from violations of norms governing conduct between free individuals, we can provide a more coherent justification for the institution of indirect perpetration through dominance over organized structures.

Keywords: *Indirect perpetrator, organizational dominance, organizational structure, wrongdoing theory, recognition relationship.*

I. GİRİŞ

Bu makalede organize yapılar üzerinde hâkimiyet kuran kimsenin bu yapılara bağlı olmakla birlikte doğrudan doğruya fiili icra eden failin gerçekleştirdiği suç neticesinden ceza hukuku bakımından sorumluluğu ve olası sorumluluğun ceza hukuk teorisi ve felsefesi açısından gerekçelendirilmesine odaklanılmıştır. Hiyerarşik ve örgütlü yapılar marifetiyle suç işlenmesini temin eden kimsenin dolaylı fail olarak cezalandırılmasının gerekçesinde yaygın olarak öne sürülen fiili hâkimiyet teorisinin özel bir görünüm şekli olarak kabul edilen irade hâkimiyeti anlayışı eleştirel bir gözle ele alınacaktır. Bu minvalde öncelikle kökenlerini Alman Ceza Hukuku öğretisinde bulan organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisi şahsi sorumluluk prensibi çerçevesinde eleştirel bir yaklaşımla ele alınacak akabinde ise haksızlık teorilerinden yardım almak suretiyle söz konusu suçlarda dolaylı faillik

kurumunun nasıl gerekçelendirilebileceği alternatif bir yaklaşımla ortaya konulacaktır.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 220/5 örgüt yöneticilerinin örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağını öngörmesi bu konunun Türk Ceza Hukuku bakımından da önem taşıdığını göstermektedir. Lakin makalemizin içeriğinde sadece bu kanun maddesine de gerekçe oluşturan, alman hukuk öğretisinde kaynağını bulan ve özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesi kararlarında kabul edilen organize yapılara hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik teorisi Alman Ceza Hukuku doktrini ekseninde değerlendirilecektir.¹

II. DOLAYLI FAİLLİK

A. Genel Tanım

Dolaylı faillik, faillik kurumunun görünüm şekillerinden biri olarak Türk Ceza Kanunu'nda kabul edilmektedir.² TCK m. 37/2'de "suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail

¹ TCK madde 220/5'e ilişkin Türk hukukundaki eserler için bkz. İsfen Osman, "Yeni TCK'da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK M. 220/5)", Hukuki Perspektifler Dergisi 2006/7, s. 54 vd.; Üzülmüş, İlhan; Dolaylı Faillik (TCK 37/2), EÜHFD Cilt I, Sayı 2, 2006 s. 79 vd.;Tulay Muhammed Emre: "Suç örgütü liderinin cezai sorumluluğuna ilişkin hukuki analiz ve öneriler (TCK m. 220/5)", TAAD, Yıl: 11, Sayı: 38 (Nisan 2019), s. 89 vd.; Erdem, Mustafa Ruhan: "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", CHKD 2/2014, s. 30 vd.; İnci, Özen: "Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5' inci Maddesi' nin Anayasaya Aykırılığı", İzmir Barosu Dergisi, s. 20.

² Doğrudan dolaylı fail ayrımı ABD Ceza Kanunlarında açıkça belirtilmemektedir. Benzer şekilde Fransız ceza kanunlarında da müstakil bir faillik kurumu olarak tanınmamaktadır. Bkz. Schünemann, ZIS 2006, s. 301 vd.; Ambos, AT des Völkerstrafrechts, s. 568; Portekiz ceza kanununda ise bir başkasını kasten suç işlemek için görevlendiren kimseler de suçun gerçekleştirilmiş veya başlatılmış olması kaydıyla fail olarak kabul edilmişlerdir. Bkz. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 91 Dipnot 165.

olarak sorumlu tutulur” denilmektedir.³ Bu düzenleme ışığında dolaylı fail bir başkasını suç işlemekte araç olarak kullanan kişi olarak tanımlanabilir. Esasen dolaylı faillikte suçun işlenmesinde en az iki kişinin katkısı vardır⁴: Dolaylı fail ve onun aracılığıyla suçu işleyen “bir başkası”. Bu tanım uyarınca suçu doğrudan işleyen esas failin hareketinin dolaylı faile isnat edilebilmesi gerekmektedir ki, arka plandaki bu kişi de sanki suç teşkil eden fiili kendi gerçekleştirmiş gibi dolaylı fail olarak cezalandırılabilsin.⁵ Bu zaviyeden bakıldığında dolaylı failli kurumunun hukuki meşruiyeti söz konusu isnadiyet bağlantısının normatif olarak kurulmasına bağlıdır. Bu gerekçelendirmede temel sav arka plandaki kişinin ön plandaki esas faili suçun icrasına koşması, suçun icrasında görevlendirmesi onu bir araç olarak kullanması dolayısıyla dolaylı fail olarak cezalandırılması gerekliliğidir. Araç olarak kullanmaktan bahsedebilmek için ise arka plandaki kişinin esas failin iradesi yahut hareketi üzerinde kuvvetli bir hâkimiyet kurmuş olması ve bu sayede o kişiyi dilediği gibi yönlendirebilmesidir. Bu durum genellikle araç olarak kullanılan kişi de cezalandırılabilirliğe ilişkin bir eksiklik ortaya çıkması neticesinde gündeme gelmektedir.⁶ Cezalandırılabilirlik engelleri, doğrudan failin cebir ve tehdit altında fiilini gerçekleştirmiş olması, hata vb. sebeplerle kasıtlı hareket etmemiş olması yahut kusuru bulunmaması durumlarından ileri gelebilir. Görüldüğü üzere her üç durumda da arka plandaki kişi genel olay

³ Alman Ceza Hukuku Literatüründe ve mahkeme kararlarında dolaylı faillik kurumu bir süre üstü kapalı olarak dikkate alınmış ama ilk defa 1975 yılında Alman Ceza Kanunu’nda (StGB) 25. Madde de şu şekilde ifade edilmiştir: Suçu bizzat ya da başkası aracılığıyla işleyen kişi fail olarak cezalandırılır. Bu tanımda kanun dolaylı fail kimdir sorusunu değil, kimin dolaylı fail olarak cezalandırılacağını açıklamıştır. Bu minvaldeki ilk Alman mahkeme kararı için bkz. RGSt. 1, 147 vd.; Zaczyk, GA 2006, s. 413.

⁴ Burada tek bir fiile katılan iki kişiden değil suçun işlenişinde katkısı bulunan iki ayrı figürden bahsedilebilir. Esas failin fiilinin arkadaki kişiye isnadiyetinin ne şekilde kurulacağı ve bunun iştirak formlarından hangisini oluşturacağı meselesi tartışmanın konusunu oluşturacaktır.

⁵ Schönke-Schröder-Cramer, StGB Kommentar, § 25 No. 6.

⁶ Otto, AT, § 21 No. 69 vd.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 25 No. 105 vd.

örgüsüne ve dolayısıyla suçun işleniş sürecine kendi üstün pozisyonu sayesinde çok daha etkin bir şekilde hükmetmektedir ve esas faili ve onun eylemini suçun işlenişinde sadece bir araç pozisyonuna indirgeyip istismar etmektedir.⁷

B. Fail Arkasında Fail – Masa Başı Fail

Bu bağlamda makalemizin hukuk felsefesini ilgilendiren temel tartışma noktalarından biri olarak şu soru akla gelmektedir: Hukuka aykırı, kasıtlı ve kusurlu bir davranışla kanunda tanımlanan suçun tipikliğini oluşturan unsurları gerçekleştiren bir kişi, arka plandaki herhangi bir kimsenin aracı mesabesine indirgenebilir mi? Esas failin özgür iradesi ile gerçekleştirdiği fiil, arka plandaki kimseyle kendisine fail sıfatı kazandıracak şekilde ilişkilendirilebilir ve gerçekleşen netice bu kimseye fail olarak yüklenebilir mi?⁸ Doğrudan fail hataya düşmeden yahut cebir veya tehdit yoluyla suça koşulmadan da kendisinin hizmetine organize bir yapının oluşturduğu güç aygıtı sunularak emirlerinin icrası ve suçun ifası arka plandaki kişi için garanti altına alınabilir mi? Bu hususta literatürde yoğun bir şekilde tartışılan husus ve ekseriyetle desteklenen tez ise suç tipini kasten, hukuka aykırı ve kusurlu olarak bizzat gerçekleştiren kişi üzerinde dahi arka plandaki kişinin egemenlik kurabileceğidir. Bu durum fail arkasındaki fail⁹ yahut

⁷ Esas failin araçsallaşması terminolojisine ilişkin: Krey/Eser, AT, No. 873; Kühl, AT, § 20 No. 39; Jakobs, AT, 21/62 vd.; bu kavramın dilbilimsel açıdan yanlış kullanıldığına ilişkin bkz: Bottke, JuS 2002, s. 322; Herzberg, Täterschaft, s. 42 vd.

⁸ Bu husustaki tartışma için bkz.: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 25 No. 136 vd.; Kühl, Strafrecht AT, § 20 No. 73 vd.; Roxin, AT II, § 25 No. 94 vd.; Heinrich, Strafrecht AT, No. 1254.

Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, No. 782; fail arkasındaki fail kurumunu reddeden görüşler için bkz. Jakobs, AT, 21/63; Krey/Eser, Strafrecht AT, No. 875 vd.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, s. 663 vd.; Bloy, Zurechnungstypus, s. 347 vd.; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 81 vd.; Welzel, SJZ 1947, s. 645, 650; Hruschka, ZStW 1998, s. 606 vd.; Hillenkamp, AT – Probleme, s. 146 vd.

⁹ Orijinal Almanca ifadeyi (Täter hinter dem Täter) ilk defa kullanan: Kohlrausch/Lange, StGB, vor § 47 Anm. I B 1; ayrıca F. C. Schroeder, Täter hinter dem Täter, 1965.

masa başı fail olarak adlandırılmaktadır ve doğrudan doğruya fiile gerçekleştiren kişilerin arkasındaki bu kişilerin de dolaylı fail olarak cezalandırılabilceği savunulmaktadır.¹⁰ Organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisi ise dolaylı failliğin müstakil ve yeni bir görünüm şekli olarak kabul edilmektedir.

1. Organize Yapılar Üzerindeki Hâkimiyet Teorisinin Tarihi Gelişimi

Her ne kadar ontolojik olarak doğrudan failin fiili üzerinde fiili hâkimiyet kurmamış olsalar da üstün etkileme ve hükmetme becerilerinden dolayı suç tipinin gerçekleştirilmesi bakımından suçun icrası üzerinde hâkimiyet kurdukları düşüncesiyle organize yapıların yöneticisi pozisyonundaki kişilerin bu yapıya mensup kişilerin tam sorumlu olarak işledikleri suçlardan dolayı ayrıca dolaylı fail olarak sorumlu olmaları gerektiği tezi yaygın kabule dönüşmüştür. Bu teori özellikle Nazi Almanyası döneminde işlenen suçların cezasız kalmaması için o dönem kabul edilen sübjektif teorisin reddedilmesi ile neşvünema bulmuştur. Zira o dönem kabul edilen sübjektif teoriye göre suça katılanların iştirak statüsü her bir kişinin objektif olarak suça katkısı dikkate alınarak kendi bakış açısı çerçevesinde belirlenmekteydi. Kendi ad ve hesabına hareket eden kişiler fail olarak görülmekteyken başkası nam ve hesabına suç fiiline iştirak edenler ise yardım eden olarak değerlendirilmekteydi. Bunun sonucunda da fiili kendisi için isteyen kişi fail, başkası için isteyen kişi ise yardım eden sayılmaktaydı. Zira iştirak statüsü belirlemede dayanak noktası olarak kişinin fiile ilişkin iç tasavvuru dikkate alınıyordu.¹¹ Nazi Almanyası döneminde suç işleyen devlet görevlileri kendisi için değil siyasi liderliğin iradesi doğrultusunda hareket ettiğinden sadece yardım eden olarak cezalandırılabilmekteydiler. Bu istikamette Alman Federal Mahkemesi (BGHSt) 1962 yılında verdiği bir kararda gizli haber alma servisinin görevlendirmesiyle bir başkasını bizzat öldüren ajanın yardım eden,

¹⁰ Murmann, JA 2008, s. 324; Kühl, AT, § 20 No. 73 vd.; Küpper, GA 1998, s. 523 vd.

¹¹ Kohlrausch/Lange, StGB, vor § 47 Anm. I B 1; Roxin, LK-StGB, § 25 No. 56.; F. C. Schroeder, Täter hinter dem Täter, s. 43, 47 vd.

arka plandaki kişinin ise fail olarak cezalandırılması gerektiği kararına varmıştır.¹² (*Stachynskij* olayı)

“*Schreibtschtäter*” yani masa başı fail ifadesi ilk defa *Hannah Arendt* tarafından *Eichmann* Davası bağlamında kullanılmıştır.¹³ Akabinde bu ifade ilk defa alman ceza hukukçuları *Claus Roxin*¹⁴ ve *F. C. Schroeder*¹⁵ tarafından ceza hukuku nazariyesine uygun olarak yorumlanmış ve genel olarak organize yapılar üzerinde spesifik olarak somut olayda suç fiili üzerinde hâkimiyet kişinin iştirak statüsü bir dolaylı faillik kurumu olarak sistematize edilmiştir. Bilhassa ismi anılan bu iki hukukçunun yol gösterici görüşleri çerçevesinde organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisi sistemleştirilmiş ve dolaylı faillik kurumunun olası bir sınırsız genişleme tehlikesinin önü alınmak istenmiştir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında ise uzun süren sessizliğin ardından bu teori doğrultusunda ilk defa 1988 yılında bir güç aparatına dönüştürülmüş kişi tarafından islenen suçtan dolayı bu aygıtı elinde bulunduran kişilerin de doğrudan faillerin tam sorumluluğuna zeval gelmeden dolaylı fail olarak cezalandırılabileceği kabul edilmiştir (*Katzenkonig*-Kararı).¹⁶ Alman Federal Yüksek

¹² Kühl, Strafrecht AT, § 20 No. 22.

¹³ Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, München 2009; Herzberg, *Täterschaft*, s. 42 vd.; Herzberg, *Jura* 1990, s. 23 vd.

¹⁴ Roxin, *GA* 1963, s. 193 vd.; Roxin, *Täterschaft*, s. 242 vd.

¹⁵ F. C. Schroeder, *Täter hinter dem Täter*, s. 167 vd.

¹⁶ BGHSt 35, 353: “Kedi Kral davası” ilginç tespitlere dayanıyordu: Arka plandaki kişiler doğrudan faili korkunç Kedi Kral'ın dünyayı tehdit ettiğine ikna etmişlerdi. Onu sakinleştirmek için birçok insanı kurtaracak bir fedakârlık yapılması gerekiyordu. Gerçekte ise bu kişiler bir düşmanlarını bertaraf etmek istiyorlardı. Bu kişilerin etkisinde kalan doğrudan fail hedefteki kurbanı öldürmeye teşebbüs etmiştir. Federal Adalet Divanı, failin kaçınılabılır bir yasak hatasına düştüğünü, bunun da suçluluğu ortadan kaldırmadığını, sadece ceza indirimine yol açtığını kabul etmiştir Arka plandaki kişiler ise bu hataya neden oldukları ve bu hatadan yararlandıkları için failin arkasındaki dolaylı failer olarak değerlendirilmiştir. Buna karşılık, literatürün büyük bir kısmı dolaylı failliği ancak yasaklama hatası kaçınılmazsa kabul etmek istemektedir, aksi takdirde bu tahrik olacaktır.; BGHSt 35, 347, 353; Murmann, *GA* 1998, s. 78 vd.; Roxin, *ZStW* 7/2006, s. 293

Mahkemesi açısından belirleyici dönüm noktası, 5. Ceza Senatosu'nun, Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin, tam suç kastı ve tam kusurlu olarak hareket etmiş olmaları koşuluyla, sınır muhafızları tarafından doğrudan gerçekleştirilen ölümcül atışlar için dolaylı failer olarak cezalandırılacaklarına dair kararıdır.¹⁷ Masa başı faili kavramının ceza hukukundaki rolü, devlet tarafından örgütlenmiş iktidar aygıtlarıyla ilgilenmekle sınırlı kalmamış, tüm hukuk sisteminde başlangıçta hayal bile edilemeyecek bir uygulama alanına sahip olmuştur. Bunlar arasında despotik rejimler, suç örgütleri, devlet ya da gizli devlet iktidar aygıtları, hatta yasal ekonomik işletmeler bile yer almaktadır. Özellikle bu teorinin uluslararası ceza hukuku, örgütlü suçlar ve ekonomi ceza hukuku alanlarında uygulama alanı bulmasıyla birlikte ulusal ve uluslararası mahkemelerde de yaygın bir kullanım alanına ulaştığı söylenebilir. Bununla birlikte zaman içerisinde söz konusu teoriye yönelik eleştirel yaklaşımlar da görünürlüklerini artırmışlardır. Bu teorinin uygulamada “çok amaçlı bir silah” haline geldiği vurgulanıp, ölçüsüz ve dayanaksız genişlemeye karşı çıkan eleştirel sesler giderek artmakta ve bahsedilen tüm vakaların yasal katılım biçimleri yardımıyla çözüme kavuşturulabileceği iddia edilmektedir.

2. Claus Roxin'in Perspektifinden Organize Yapılar Üzerindeki Hâkimiyet

Öncelikle belirtmek gerekir ki *Roxin*'in ortaya koyduğu organizasyona hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik teorisi yazarın fiil

vd; mahkeme kararlarının seyrine ilişkin bakınız: Jakobs, NStZ 1995, s. 26; Gropp, JuS 1996, s. 13 vd.; Joecks, MK-StGB, § 25 No. 137 vd.

¹⁷ BGHSt 40, 218 vd.; 44, 204 vd.: Bu kararlar Almanya'nın iç sınırında mültecilerin öldürülmesinden sorumlu olan Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin devlet iktidar yapıları çerçevesinde emir verenler olarak doğrudan failin gerçekleştirdiği sınır ihlali yapanların öldürülmesi eylemlerden dolayı dolaylı failer olarak cezalandırılmaları ile ilgiliydi. Azmettirici olarak cezalandırma, örgütün başındaki “masa başı fail” in rolüne uygun düşmeyeceği değerlendirilmiştir. Öğretide yazarların çoğunluğu bu görüşü takip etmiştir.

üzerindeki hâkimiyet öğretisine (*Tatherrschaft*) dayanmaktadır.¹⁸ Buna göre faili kurumunun temel şartlarında biri suçun gerçekleştirilme süreci yahut başka bir deyişle vakıaların seyri üzerinde kontrolün sağlanmasıdır. Bu hâkimiyet temelde harekete hâkimiyet, iradeye hâkimiyet ve fonksiyonel hâkimiyet olmak üzere üç şekilde sağlanabilir.¹⁹ Suçu kendi eliyle doğrudan işleyen kişinin hareket üzerindeki hâkimiyetinden bahsedilebilir. İradeye hâkim olan kişi ise suç teşkil eden fiili bir başkası aracılığıyla onun iradesini kontrol etmek suretiyle işlemektedir. Suçun müşterek icrasında ise fiil üzerinde her bir müşterek failin fonksiyonel hâkimiyetinden bahsedilmektedir.

İradeye tahakküm yoluyla dolaylı faillik kurumu dolaylı failin suçu işlemesi için hataya düşürülmüş bir kişiyi, zorlanmış bir kişiyi veya muhakeme yeteneğinden yoksun bir kişiyi kullanarak suçu bu aracı kişiler marifetiyle işlediği durumları içerir. Bunların haricinde Roxin'in temel kabulüne göre fail fiilin icrasına doğrudan girişmeden de suç teşkil eden olay üzerinde organize bir güç aygıtı kullanmak suretiyle iradi hâkimiyet tesis edebilir.²⁰ Dolayısıyla, perde arkasındaki kişinin bireylerden bağımsız olarak bir güç aygıtını kontrol etmesi ve bu aygıtın işleyiş biçimi sonucunda suç işleme kararını doğrudan faile bırakmak zorunda kalmadan suçun gerçekleşmesini otomatik olarak sağlaması halinde, örgütsel tahakküm irade tahakkümünün bir başka tezahürü olarak değerlendirilebilir. Bu durumda suçu doğrudan işleyen kişinin fiil üzerindeki hâkimiyeti suça yakınlığından kaynaklanırken, arka plandaki kişi ise üstün konumu ve bunun sonucunda tüm organizasyonu etkileme kabiliyeti sayesinde suçun işleniş üzerinde

¹⁸ Fiil hâkimiyeti suç neticesinin gerçekleşmesine kadar vakıaların gelişim sürecine hükmetmek olarak anlaşılmalıdır.; *Tatherrschaft* teorisi için bkz.: Roxin, GA 2012, s. 395 vd. Roxin, *Täterschaft*, s. 242 vd.

¹⁹ Roxin, GA 2012, s. 395; irade üzerindeki hâkimiyet kavramına ilişkin bkz.: Roxin, *Strafrecht AT II*, S. 22 vd.; Roxin, *Täterschaft*, s. 141 vd.; kavramın literatürdeki karşılığı için bkz.: Kühl, *Strafrecht AT*, § 20 No. 27; Gropp, *Strafrecht AT*, § 10 No. 38; Hoyer, *SK- StGB* § 25 No. 13, 27.

²⁰ Roxin, *AT II*, § 25 No. 105.

hâkim pozisyona gelir. *Roxin, Eichmann* davasına²¹ , *Stachynsky* davasına²² ve özellikle Nasyonal Sosyalist şiddet uygulamalarına²³ atıfta bulunarak oluşturduğu kavramın temellerini şu şekilde sistematize etmektedir:

Hiyerarşik olarak yapılandırılmış bir güç-iktidar aygıtının varlığı ilk ve vazgeçilmez ön koşuldur. Çünkü bu tür yapılarda dolaylı faillik, perde arkasındaki kişinin organize yapıyı elinde bir güç aygıtı şeklinde tutmasına ve bu aygıtın sistematik işleyişine dayanır. Bu tip örgütsel yapılar, astların, yani birbirinin yerine geçebilen tek tek kişilerin varlığından bağımsız olarak, hayati işlevlerini otomatik olarak yerine getirir.²⁴ Arka plandaki perde arkasındaki kişi fiziksel olarak suç mahallinden uzakta olsa, hatta doğrudan fiili icra eden kişileri tanımasa bile, bu mesafe güç aygıtı üzerindeki belirleyici etkisiyle telafi edilir. Çünkü bu kişi, örgütlü yapı adına karar verip, bu organizasyonun kollarını oluşturup, emri altındakilere emirler vererek suçun uygulanmasını kontrol etmek suretiyle suçun işlenme sürecine hükmeder, olay akışını kendi iradesine göre dilediği şekilde yönlendirebilir.²⁵ Fiili doğrudan icra eden kişi, organizasyon içerisindeki sistematize bir şekilde işleyen çarkın basit bir dişlisi mesabesine

²¹ Yazar, bu davalardaki savunmaların örgütsel kontrolün en önemli özelliklerinden bahsettiğini ancak bunları belirli ve sistematik hale getirmediğini varsaymaktadır: Roxin, *Täterschaft*, s. 246 vd.

²² BGHSt 18, 87, 89: Mahkeme, komuta yetkisi sayesinde Almanya'da bir suikast girişiminde bulunan bir ajanın Moskova'daki müdürlerini dolaylı fail olarak değerlendirirken, fiili doğrudan gerçekleştiren kişinin suç ortağı olduğuna karar vermiştir; bkz. Schmidhäuser, *Lehrbuch*, 14/165; ikame edilebilirlik eksikliği hakkında: Herzberg, *JuS* 1974, s. 374.

²³ Roxin bu durumlarda ne zorlama ne de hataya düşürme yoluyla irade tahakkümünün kurulduğundan bahsedilebileceğini savunur: Roxin, *GA* 1963, s. 201 vd.; Eleştirel değerlendirme ve farklı yorum için bkz.: Kieß, *GA* 2006, s. 306.

²⁴ Roxin, *GA* 1963, s. 200; böylesi bir otomatik işleyişe karşı görüş: Zaczek, *GA* 2006, s. 414; Rogall, in: Roxin/Widmaier, s. 426 vd.

²⁵ Roxin, *GA* 1963, s. 200 vd.; Roxin, *Täterschaft*, s. 245, 247; buna karşın Renzikowski suçun işleniş odaklı faillik anlayışına karşı çıkmaktadır: Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, s. 89.

indirgenmiştir.²⁶ Sonuç olarak, arka plandaki masa başı fail, elindeki birbirleri yerine ikame edilebilir²⁷ onlarca doğrudan aktörlerden oluşan güç aygıtından faydalanarak, ön planda herhangi bir aldatılmış veya zorlanmış kişiyi suçun işlenişine dahil etmeden eylemin hayata geçirilmesini kontrol altında tutmayı başarır. Arka planda organize yapıyı kontrol altında tutan kişi verdiği emrin ikame edilebilir çok sayıda astından herhangi biri tarafından yerine getirileceğinden kesinlikle emindir. *Roxin*'in teorisine göre masa başı failin organizasyon üzerinde mutlak manada hâkimiyet kurması yeterlidir, emir komuta zincirinin son halkasını oluşturan ve suç teşkil eden fiili doğrudan gerçekleştiren kişinin davranışına da ayrıca hükmetmesi gerekmez.

Üçüncü şart ise, perde arkasındaki fail tarafından suçu gerçekleştirmek için kullanılan güç aygıtının tamamen hukuk sisteminin dışında hareket etmesidir.²⁸ Yani hukuk sisteminden soyutlanmış bir örgütsel yapıdan bahsedilmektedir ki, bu şart organizasyon hâkimiyeti teorisinin uygulama alanını bir hayli sınırlandırmaktadır. Bu kriterin sebebi ise yönetim ve icra organlarının kendileri dışındaki bir hukuk düzenine bağlı olduğu durumlarda hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesi talebiyle karşılaşan kişi böylesi bir emri ifadan kaçınıp, en üst kategorideki emredici hükümlerin şemsiyesi altına sığınabilir. Çünkü yasalar en yüksek normlar olarak kabul edilir ve bunlara uyulması haklı olarak tüm ilgililerden talep edilir. İster devlet ister devlet dışı olsun, hiçbir yapılandırılmış iktidar aygıtı, yasa koyucunun toplumda geçerli normlara uyma beklentisini dışlayamaz ve “organize yapılar üzerindeki iktidar yoluyla iradenin üstünlüğü” tezini gerekçelendiremez. Bu emredici hukuk normları arka plandaki kişinin irade gücünün doğal

²⁶ Roxin, FS für Grünwald, s. 556 vd.; Hefendehl, GA 2004, s. 579; karşıt görüş: Jakobs, AT, § 21/103 Dipnot 190.

²⁷ Roxin, GA 1963, s. 200; bu unsuru destekleyen görüşler: Schünemann, FS für Schroeder, s. 407; Bloy, GA 1996, s. 441; karşıt görüşler: Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 518 vd.; Nack, GA 2006, s. 344; Gropp JuS 1996, s. 16 vd.; Murmann, GA 1996, s. 273; Ambos, Völkerstrafrecht, s. 598; Radtke, GA 2006, s. 355 vd.

²⁸ Roxin, Täterschaft, s. 249 vd.; Joecks, MK-StGB, § 25 No. 151; aykırı görüşler için bkz.: Schild, Täterschaft als Tatherrschaft, s. 22 vd.; Herzberg ZIS 2009, s. 577; Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 534; Ambos, Völkerstrafrecht, s. 606 vd.

sınırları olduğu için perde arkasındaki organize yapıya hâkim irade doğrudan failin davranışına egemen olmayı gerektirecek bir etkiye sahip değildir.²⁹

Roxin yukarıda zikredilen üç temel koşulun gerçekleşmesine bağlı olarak masa başı failin fiil üzerindeki egemenliğini kabul etmiştir. Zaman içinde yazar, *F. C. Schroeder*'in tezinden türetilen dördüncü bir kriteri bağımsız olarak değil ama ana kriterlerden türetilen dördüncü ekleme olarak kabul etmiştir. Buna göre hiyerarşik olarak yapılandırılmış örgüte bağlı ikame edilebilir failler bu tip bir ilişki içerisinde bulunmayan diğer kişilere göre suç işlemeye daha istekli olarak vasıflandırılabilirler. Buna göre, suç işleme isteğinin önemli ölçüde artması, Roxin tarafından “örgüte özgü suç işleme eğilimi” adı altında örgütsel hâkimiyetin kurulması için dördüncü kriter olarak dahil edilmiştir.³⁰ Çünkü bu unsur suçun gerçekleştirilmesi için perde arkasındaki kişinin hâkimiyetini doğrulamakta ve desteklemektedir.

3. *F. C. Schroeder*’in Perspektifinden Organize Yapılar Üzerinde Hâkimiyet

Organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla dolaylı failliği *Dohna Davası*³¹ vesilesiyle ilk kabul eden yazarlardan olan *F. C. Schroeder* bu hukuki kurumu dolaylı failliğin müstakil bir alt kategorisi olarak değil somut olayın şartlarına göre ya dolaylı faillğe yahut birlikte faillğe sebebiyet verebilecek özgün bir hukuki kurum olarak tasvir etmektedir.³² Otomatik ve kurallı işleyen suç işleme sürecini dikkate almakla birlikte yazarın *Roxin*’in görüşünden ayrıldığı husus ikame edilebilirlik kriteri yerine, karşıdaki kişinin hâlihazırda tamamlanmış ancak hala koşullu olan suç işleme kararından arka plandaki kişinin

²⁹ Roxin, LK-StGB § 25 No. 129.

³⁰ Roxin, ZIS 2009, s. 567; Roxin, ZIS 7/2006, s. 298 vd.; Roxin, ZStR 125 (2007), s. 15 vd.

³¹ Dohna Davası için bkz.: Schroeder, Täter hinter dem Täter, s. 143 vd.; Roxin Täterschaft, s. 700 vd.

³² F. C. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, s. 152, 168; F. C. Schroeder, ZIS 2010, s. 569 vd.; F. C. Schroeder, JR 1995, s. 178 vd.; benzer görüş: Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/49; karşıt görüş: Ambos GA 1998, s. 229 vd.; Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 525 vd.

yararlanmasını bu kişinin iştirak statüsünü belirlemede temel olarak görmesidir. Bir başkasının suç işlemeye yönelik hâlihazırda mevcut ve tamamlanmış olan kararını istismar edip, şarta bağlanmış olan fiilin ifası için gerekli şartı yerine getiren arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak cezalandırılması gerektiğini kabul etmektedir.³³ Organizasyonun hiyerarşik yapısı içinde üst düzeyde bulunan arka plandaki kişinin dolaylı failliğini gerekçelendirmede organize yapı bünyesinde fiili işlemeye hazır ve hiyerarşi içerisinde talimat verme makamında bulunan arka plandaki kişilerce de varlığı bilinen kişilerden yararlanılması gerçekliğine dayanılmıştır.

F.C. Schroeder'in yaklaşımında değiştirilebilirlik kurucu bir özellik olarak kabul edilemez, ancak sadece suçun işlendiğini tespit etmek için belirleyici bir itici güç olarak kabul edilebilir.³⁴ Dolaylı failliğin tespitinde belirleyici faktör, perde arkasındaki kişinin suçun gerçekleşmesine ilişkin emin olması halidir ve bu eminlik azmettireninkinden daha yüksek olması gerekir.³⁵ *F. C. Schroeder*, suçu işlemeye kararlı bir kişinin yardımıyla suçun gerçekleşmesinin kesinliğini garanti edebilen dolaylı faile kıyasla azmettirenin başarısının kesin olmamasına atıfta bulunmaktadır. Öte yandan, bu yaklaşım azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki sınırı görünmez kılmaktadır ve bu bakımdan literatürde çok sayıda haklı itiraz almıştır.³⁶

4. Alman Federal Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Organizasyon Hâkimiyeti Teorisi

1988 yılında, *Katzenkönig* davası olarak bilinen davada, Alman Federal Mahkemesi ilk kez, örgütlü bir güç yapısı çerçevesinde işlenen suçlarda, doğrudan suç işleyen failin yanı sıra, perde arkasındakilerin de “failin arkasındaki failler” olarak cezalandırılabileceğini kabul

³³ F. C. Schroeder, JR 1995, s. 177 vd.

³⁴ F. C. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, s. 168.

³⁵ Schroeder, ZIS 2010, s. 569 vd.; Roxin, GA 1963, s. 201; Stein, Beteiligungsformenlehre, s. 203.

³⁶ Dolaylı failin azmettirenine kıyasla suçun gerçekleşeceğinden daha fazla emin olması halinin dolaylı failliği gerekçelendirmede kriter olmaması gerektiğine ilişkin bkz.: Murmann, GA 1996, s. 274; Bloy, Zurechnungstypus, s. 363; Rotsch, NSTZ 2005, s. 14.

etmiştir.³⁷ Kısa bir süre sonra Beşinci Ceza Dairesi, Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyeleri hakkında verdiği ünlü kararda bu hukuki kavramı uygulamıştır. Buna göre, ölümcül ateşi açan sınır askerlerinin yanı sıra Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyeleri de tam suç kastı ve tam sorumlulukla hareket etmiş olmaları koşuluyla dolaylı failer olarak cezalandırılmıştır.³⁸ Kararın özü aşağıdaki paragrafta ifade edilmektedir: “Bununla birlikte, sınırsız sorumlulukla hareket eden bir aracıya rağmen, suç ortağının katkısının neredeyse otomatik olarak bu suç ortağı tarafından amaçlanan suçun gerçekleşmesine yol açtığı vaka grupları vardır. Bu durum, suç ortağının suça katkısının düzenli süreçleri tetiklediği belirli çerçeve koşullarından yararlanmak için örgütsel yapıları kullanması halinde söz konusu olabilir. Düzenli prosedürlere sahip bu tür çerçeve koşulları özellikle devlet, şirket veya işletme benzeri örgütsel yapılar ve komuta hiyerarşileri söz konusu olduğunda geçerlidir. Böyle bir durumda, perde arkasındaki kişi bu koşulları bilerek hareket ederse, özellikle de doğrudan hareket eden kişinin suçu yerine getirme konusundaki koşulsuz isteğini istismar ederse ve perde arkasındaki kişi neticenin kendi eylemlerinin sonucu olmasını isterse, dolaylı fail olarak kabul edilir.”³⁹

Görüldüğü üzere Alman Federal Mahkemesi emir komuta zincirinin otomatik olarak suç fiiline dönüşmesinden, organize yapının

³⁷ BGHSt 35, 347, 353; BGHSt 18, 87, 89, 96.

³⁸ BGHSt 40, 218 vd.; 44, 204 vd: Bu kararlar Almanya'nın iç sınırında mültecilerin öldürülmesinden sorumlu olan Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin devlet iktidar yapıları çerçevesinde emir verenler olarak doğrudan failin gerçekleştirdiği sınır ihlali yapanların öldürülmesi eylemlerden dolayı dolaylı failer olarak cezalandırılmaları ile ilgiliydi. Azmettirici olarak cezalandırma, örgütün başındaki “masa başı fail” in rolüne uygun düşmeyeceği değerlendirilmiştir. Literatürün çoğunluğu bu görüşü takip etmiştir. BGHSt 39, 1 vd.; BGHSt 42, 65, 69 vd.; BGHSt 45, 270, 296 vd.; duvar koruma olayına ilişkin ayrıntılar için bkz.: Gropp, JuS, 1996, s. 13 vd.; Jung, JuS 1995, s. 173 vd.; emir veren kişiler bazı olaylarda sadece yardım eden olarak cezalandırılmışlardır: BGHSt 47, 100, 104.

³⁹ BGHSt 40, 218 vd.

mutat işleyişinin suç neticesini doğurmasından ve doğrudan failin iradesinin istismar edilmesinden yola çıkarak dolaylı failliği gerekçelendirmeye çalışmıştır.

Alman Federal Mahkemesinin değiştirilebilirlik yani ikame edilebilirlik yerine “doğrudan aktörün suçu yerine getirme konusundaki koşulsuz istekliliğinin istismar edilmesini” ifade etmesi dolaylı failliği gerekçelendirirken hem *Roxin*’in hem de *F. C. Schroeder*’in tezinden dayanaklar edindiğini göstermektedir.⁴⁰ Ancak gerekçenin geneline bakıldığında, açıkça belirtilmeyen değiştirilebilirlik kriterinin, organize yapılarda düzenli ve kurallı süreçlerin oluşturulması ve perde arkasındaki kişi tarafından amaçlanan suçun uygulanmasına ilişkin yarı-otomatizm kriterleri ile ikame edildiği sonucuna varılabilir.⁴¹

Söz konusu davalarda Alman Federal Mahkemesi, azmettirmeye kıyasla başarının kesinliğindeki artışı şu cümlelerle teyit etmektedir: “Burada karara bağlanacak türden davalarda, suçun arkasındaki kişi, hala aracı tarafından verilmesi gereken ancak çerçeve koşullar tarafından önceden belirlenmiş olan yasaya aykırı kararın, amaçladığı başarının gerçekleşmesine bir engel teşkil etmediğini biliyorsa, suçu işlemek için kapsamlı bir iradeye de sahiptir.”⁴²

Alman Federal Mahkemesi kararları ile literatürde ileri sürülen görüşler arasındaki en bariz farklılık organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisinin uygulama alanında yatmaktadır. Kavramı hukuki düzenden sıyrılmış iktidar aygıtlarıyla sınırlı tutan ve yalnızca devlet iktidarı, yeraltı hareketleri, gizli örgütler veya güçlü terör örgütleri tarafından işlenen eylemler bağlamında uygulanabilir kabul eden Roxin’in aksine Alman Federal Mahkemesi, “kurumsal veya işletme

⁴⁰ O dönemde bu karara müdahil olan Federal yargıç Nack, mahkemenin değiştirilebilirlik kriterini uygun bulmadığını, ancak kasıtlı olarak dolaylı faillğe ilişkin farklı bir görüşü tercih ettiğini açıklamıştır: Nack, GA 2006, s. 344.

⁴¹ Langneff, *Beteiligtgestrafbarkeit*, s. 77

⁴² BGHSt 40, 218, 237.

benzeri örgütsel yapıları ve komuta hiyerarşilerini”⁴³ de ekleyerek teorinin uygulama kapsamını genişletmiştir.⁴⁴

Alman Federal Mahkemesi 90’lı yıllardan itibaren doğrudan faille bizatihi isnad edilebilen neticeleri işletme yöneticilerine de dolaylı fail olarak yükleyebilmek için organize yapılar üzerindeki hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik kurumuna başvurmuştur.⁴⁵ Kararların gerekçelendirilmesindeki dayanak ise totaliter rejimlerle yönetilen devletlerin karar ve emir komuta aşamalarındaki sistematik işleyişin özü itibariyle cari hukuk içerisinde faaliyet gösteren ekonomik işletmeler için de geçerli olduğu tezidir. Söz konusu kararlarda eğer ticari işletme organizasyonunun yapısı içerisinde suç tipinin gerçekleşmesi için organizasyon yapısının ortaya çıkardığı çerçeve koşullar oluşturulmuş ve bunlardan yararlanılmış ise araç olarak kullanılan doğrudan hareket eden şirket çalışanlarının tam ceza sorumluluğunun yanı sıra söz konusu şirketin yöneticisi durumundaki kişilerin de organizasyon hâkimiyeti dolayısıyla dolaylı fail olduğu kabul edilmiştir.⁴⁶ Mahkemeye göre dolaylı failliğin varlığı, doğrudan failin kusurlu hareket etmesinden bağımsızdır.

Doğaya zarar verecek şekilde atıkların etkisiz hale getirilmesine ilişkin başka bir olayda Alman Federal Mahkemesi, bir şirkette işletme yöneticisi durumunda olan kişinin dolaylı faillik statüsünü gerekçelendirirken suç tipinin gerçekleşmesine “yol açtığına ve izlenecek yolu gösterdiğine” atıfta bulunmuştur. Mahkeme, işletme yöneticisinin atıkların kurallara uygun olarak etkisiz hale getirilmesi hususunda taşıdığı sorumluluk ve söz konusu fiilden sağladığı yarara

⁴³ BGHSt 43, 219 vd.; BGH NJW 1998, 767, 769.

⁴⁴ BGHSt. 40, 218, 236 vd.; BGH NStZ 2008, 89, 90; BGH JR 2004, 245, 246; BGHSt 48, 331, 342; bu yaklaşıma ilişkin eleştirel değerlendirmeler için bkz.: Roxin, Strafrecht AT II, § 25, No. 129 vd.; Schroeder, JR 1995, 177, 179; Schünemann, LK- StGB, § 25 No. 125, 130 vd.

⁴⁵ Rübenstahl, Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft Kraft Organisationsherrschaft auf Unternehmen durch den BGH -zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 3.7.2003, HRRS 2003, s. 2011 vd.

⁴⁶ BGHSt 48, 231 vd.; Rotsch, ZIS 2007, s. 262; Rübenstahl, HRRS 2003, s. 210 vd.

vurgu yapıp işletme yöneticisini de bu fiilden dolayı dolaylı fail olarak sorumlu tutmuştur.⁴⁷ İkame edilebilirlik ve doğrudan failin fiili işlemeye koşulsuz hazır olmasından faydalanılması kriterlerinden yola çıkarak mahkeme fiile egemenlik için arka plandaki kişinin gerekli iradeye sahip olduğunu ifade etmiştir.

Bu doktrinin uygulama alanının Federal Mahkeme tarafından genişletilmesi haklı olarak yoğun ve keskin eleştirilere neden olmuştur. Bu eleştirilerin odak noktası fail kavramının aşırı genişletilmesi⁴⁸ ve muğlaklaştırılmasıdır.⁴⁹ Ticari işletmelerde dolaylı failliğin tanınmasının da organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisini ile gerekçelendirildiği mevcut kararlar⁵⁰ dikkate alındığında, Federal Mahkemenin *Roxin* ve *F. C. Schroeder* tarafından geliştirilen kavramın ötesine geçtiği ve kendine özgü ve oldukça esnek bir tanım oluşturduğu söylenebilir.⁵¹ İşletme bünyesinde işlenen suçlara ilişkin kararlarda işletmenin türüne, organizasyon yapısına ve karar verme süreçlerine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmadan organizasyonu yönetenlerin doğrudan dolaylı fail olarak tanımlanması toptancı bir yaklaşımdır ve kabul edilemez.

Alman Federal Mahkemesi faillik ve şeriklik arasındaki ayrımı “geçişlerin değişken olduğu açık bir değerlendirme sorunu”⁵² olarak gördüğünden, öğretideki yazarların bir kısmı mahkemenin içtihadını bu ayrımı normatif olarak yaptığından bahisle, yani belirli kurallara göre değil yalnızca belirli davaların özelliklerine bağlı olarak olgusal olarak tanımlamakla eleştirmektedir.⁵³ Bu düşünce, federal mahkemenin yaklaşımının, belirli ön koşullara bağlı olan örgütsel kontrolün hukuki

⁴⁷ BGHSt 43, s. 231 vd.

⁴⁸ Herzberg, in: Amelung, s. 47; Joecks, MK-StGB, § 25 no.131 vd.; Koch, JuS 2008, s. 498.

⁴⁹ Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 554.

⁵⁰ BGH, NSTZ 2004, 457 vd.; BGHSt 48, 331 vd.

⁵¹ Rotsch, ZIS 2007, s. 262; Rotsch, NSTZ 2005, s. 16 vd.; Koch, JuS, s. 496 vd.

⁵² BGHSt 43, 219, 231 vd.; 35, 347, 353 vd.; BGHSt 39, 381, 388 vd.

⁵³ Rotsch, ZIS 2007, s. 260 vd.; Otto, Jura 2001, s. 757; bu eleştiriye karşı olarak: Rogall, in: Roxin/Widmaier, s. 426 vd.

kavramını tanımaktan ziyade, doğrudan failliğin tespiti için belirleyici kriterleri oluşturmaya çalışmakta olduğu görüşüne yol açmaktadır.

Bu kararlar ışığında Alman Federal Mahkemesinin örgütsel yapılar çerçevesinde işlenen suçlara yönelik genel yaklaşımının, düzenli süreçlere sahip bu tür çerçeve koşullarının tüm komuta hiyerarşilerinde mevcut olması nedeniyle, faillik kurumunda bir önem kaybına yol açmakta olduğu belirtilmelidir. Özellikle Federal Mahkeme'nin dolaylı failliği, akışkan geçişlere sahip bir “açık değerlendirme sorunu” olarak tanımlandığına dikkatimizi çektiğimizde tespitin doğruluğu ortaya çıkmış olacaktır. Mahkeme aslında ilgili dava dizilerinde, düzenli süreçlere ve “failin suç işleme iradesine” dayanan kendi normatif yaklaşımını izlemektedir. Bu nedenle, içtihadın görüşü *Roxin* veya *F. C. Schroeder* tarafından geliştirilen hukuki örgütsel hâkimiyet kavramıyla doğrudan bağlantılı veya uyumlu değildir, zira örgütsel hâkimiyet doktrininin kurucu gerekliliklerinden yoksundur.

5. Uluslararası Ceza Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Organizasyon Hâkimiyeti Teorisi

Uluslararası hukuk kapsamındaki suçlar⁵⁴, icrasında doğal olarak çok sayıda kişinin birlikte bulunduğu ve esas olarak bir devlet veya ordu, yani örgütlü bir birlik tarafından işlenen kolektif suçlar olarak belirlendiği ve soruşturulduğu için, suça iştirak müessesesi ve isnadiyet teorileri evleviyetle gündeme gelmekte, özellikle bu konuların örgütsel hâkimiyet doktrini ile bağlantısı önem kazanmaktadır.⁵⁵ Makalemizde

⁵⁴ Bunlar soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçları olup Roma Statüsü'nün 5-8. maddelerinde belirlenmiş ve tanımlanmıştır. Ayrıntılar için bkz.: Werle/Burghardt, FS für Maiwald, s. 851 vd.; Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi hakkında daha fazla bilgi için: Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 para. 117 vd.; Satzger, Völkerstrafrecht, § 14 para. 8.

⁵⁵ Bu gerçeklik, sivil nüfusa karşı sistematik bir saldırı olan insanlığa karşı suç gibi uluslararası suçların doğasından kaynaklanmaktadır. Sadece nadir istisnai durumlarda uluslararası suçlar bireyler tarafından işlenebilir. Uluslararası ceza hukuku kolektif sorumluluğu benimsememektedir. Buna mukabil sadece gerçek kişiler bireysel olarak sorumlu olabilir. Tüzel kişilerin ve diğer derneklerin cezai sorumluluğu uluslararası ceza hukukunda söz

uluslararası ceza mahkemesi kararlarında özellikle devlet aygıtını yöneten idareci veya askeri komutanların bu organize yapılar vasıtasıyla astlarının üzerinde kurdukları hâkimiyet dolayısıyla tam sorumlu doğrudan faillerin işledikleri suçlardan dolayı onlarla birlikte dolaylı fail olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacakları hususuna değinilmektedir.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurucu metni olan Roma Statüsü 'nün (UCM Statüsü) yürürlüğe girmesine kadar uzun bir süre boyunca uluslararası hukuk alanında organize bir yapı bünyesinde beraberce hareket edip suç işleyen kişilerin durumu ad hoc mahkemelerince o dönemde üstün sorumluluk, azmettirme, planlama ve emir verme temelinde veya - Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi kararında olduğu gibi - ortak suç girişimine (JCE) katılma temelinde değerlendiriliyordu.⁵⁶ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü) kabul edilene kadar, organize yapı eliyle işlenen uluslararası suçlardan dolayı dolaylı failler müşterek failliğin bir alt türü olarak geliştirilen bu hukuki kurum vasıtasıyla cezalandırılabilmekteydi. JCE'ler yani müşterek suç girişimi kurumu⁵⁷, ICTY (Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi) ve ICTR (Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi) Statülerinde açık ve spesifik bir düzenleme olmadığı için, işlenen diğer uluslararası suçlara

konusu değildir, bkz. Vogel, ZStW 114 (2002), s. 432; Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 No. 10 vd.; Satzger, Völkerstrafrecht, § 14, para. 50.

⁵⁶ Ortak suç girişimi, savaş suçları mahkemeleri sırasında, bir gruptaki bireyleri söz konusu grubun eylemlerinden dolayı kovuşturmak için kullanılan hukuki bir doktrindir: Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, No. 551 vd.; Werle/Burghardt, FS für Maiwald, s. 853; Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 No. 30 vd.

⁵⁷ Bu hukuki kavram ilk kez Temyiz Dairesi tarafından Tadic kararında geliştirilmiş ve literatürde sistemik atıf modeli olarak nitelendirilmiştir: ICTY Prosecutor v. Tadic, IT-94-1-A, 15.07.1999, para. 227 vd. Ayrıca ICTY, Prosecutor v. Kvočka, IT-98-30/1-A, 28 Şubat 2005, para. 97, 99, 112; ayrıca Ambos, AT des Völkerstrafrechts, § 15 para. 55 vd.; Vogel, ZStW 114 (2002), s. 420 vd.; Satzger, Völkerstrafrecht, § 15 para. 55 vd.; Herzig, ZIS 2013, s. 190; Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, No. 551 vd.; Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 No. 30 vd.

uygulanabilmeleri amacıyla, özellikle ad hoc mahkemelerin içtihatlarında müsterek failliğin bir alt biçimi olarak geliştirilmişlerdi.

Temmuz 1998'de Roma'da uluslararası hukukun temellerini içeren Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurucu metni olan Roma Statüsü kabul edilmiştir.⁵⁸ Bu metinle birlikte isnadiyet biçimleri çerçevesinde geliştirilen hukuki figürler, uluslararası ceza hukuku kapsamında sistemik suçlar anlamında örgüt liderlerinin cezalandırılması için otomatik olarak önem kazanmıştır. Ad hoc mahkemelerin gerekçeli kararları UCM Statüsü 'ne otomatik olarak geçirilmeyip statüde isnadiyet biçimlerini bağımsız olarak sistematik hale getirilmiş ve kapsamı belirlenmiştir.⁵⁹ Yerel yasalarla karşılaştırıldığında, Roma Statü'sünün dolaylı failliğe ilişkin ek bir ifade içermesi dikkat çekicidir; bu ifade, suçun arkasındaki kişinin cezai sorumluluğunun, tam ceza sorumluluğu ile hareket eden failden bağımsız olduğunu açıkça vurgulamaktadır ("*regardless of whether that other person criminally responsible*").⁶⁰ Bu vurgu, katı şahsi sorumluluk ilkesi ile "failin arkasındaki fail" figürü arasındaki çatışmayı çözmeye hizmet etmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü madde 25/3 a uyarınca tamamen sorumlu olan ön plandaki failin arkasındaki kişinin de dolaylı fail olarak cezalandırılabileceği açıkça kabul edilmiştir.⁶¹ Bu düzenlemede arka plandaki kişinin ceza sorumluluğu

⁵⁸ Ambos, ZStW 1999, s. 175 vd.

⁵⁹ Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, No. 561.

⁶⁰ Hükmün ilgili kısmının çevirisi (§ 25 III lit. a. ICC Statüsü): "Mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki bir suçu, diğerinin cezai sorumluluğu olup olmadığına bakılmaksızın, kendisi, bir başkasıyla birlikte veya bir başkası aracılığıyla işleyen" herkes ceza kovuşturmasına tabidir.; bkz. Roxin, ZIS 2009, s. 565 vd.; bu normun sınıflandırılmasında Anglo-Amerikan yazar ile Alman literatürü arasındaki fark hakkında Kreß, GA 2006, s. 307; ayrıca Vogel, ZStW 114(2002), s. 427 vd. ve 112. Dipnot.

⁶¹ Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, para. 572; Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 para. 25 vd., Ambos AT des Völkerstrafrechts, s. 568 vd; Satzger, Völkerstrafrecht, § 15 No. 59; Roxin, ZIS 2009, s. 565 vd.; Uluslararası ceza hukuku perspektifini eleştiren Kreß, GA 2006, s. 305; Randtke sözde varsayımı değerlendirirken dikkatli olmayı tercih eder. Çünkü uluslararası ceza hukuku alanında çeşitli atıf modelleri vardır ve bu

doğrudan failin cezalandırılabilmesi koşuluna bağlı tutulmadığı için doğrudan ve dolaylı failin yan yana sorumluluğu Roma Statü'süne göre mümkündür.⁶²

Roma Statüsünün söz konusu maddesi uyarınca verilmiş uluslararası ceza mahkemesi kararlarında örgütsel yapı aracılığıyla failin iradesine tahakküm kurma durumunun tespiti, hiyerarşik olarak yapılandırılmış bir devlet iktidar aygıtına hakim olan ve bu şekilde başkalarını suç işlemek için kullanan kişilerin cezalandırılması açısından büyük ve pratik öneme sahiptir.

UCM Ön Soruşturma Dairesi de ilgili maddeleri örgütsel hâkimiyet doktrini ışığında yorumlamış ve sanıklar Kongolu milis lideri *Lubanga Dyilo*⁶³, *Katanga* ve *Ngudjolo Chui*⁶⁴ ve ordu mensuplarına emir verme yetkisine sahip olan Sudan Devlet Başkanı *El-Beşir*⁶⁵, hakkında tutuklama kararı çıkarmıştır. Hiyerarşik devlet yapılanmasını kontrol altında tutan kişilere kasıtlı olarak söz konusu suçları işlemek için ön plandaki doğrudan faillerden yararlanmış olmaları nedeniyle tam sorumlu olan doğrudan faillerin gerçekleştirdiği fiillerin isnat edilebileceği kabul edilmektedir.⁶⁶

Benzer şekilde Arjantin askeri diktatörlükleri ve Peru'da *Alberto Fujimori*'nin başkanlığı döneminde, birçok insan devlet tarafından organize edilen güç aygıtları tarafından kaçırılmış, işkence görmüş ve öldürülmüştür. Bu dönemde işlenen suçlar dolayısıyla gerçekleşen yargılamalarda Ceza Mahkemeleri organize bir yapıyı yönlendirme

ifade bunlardan birinin altına yerleştirilebilir. Radtke, GA 2006, s. 352 vd.; bu tür bir tanınmanın gerekliliğine ilişkin karşıt görüş: Vogel, ZStW 114 (2002), s. 427, 112 numaralı dipnot.

⁶² Radtke, GA 2006, s. 352.

⁶³ UCD'nın 29.1.2007 tarihli kararı (Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), § 326-339.

⁶⁴ UCD'nın 30.9.2008 tarihli kararı (Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I), § 484 vd.

⁶⁵ UCD'nın 4.3.2009 tarihli kararı (El-Beşir, Pre-Trial Chamber I), § 147.

⁶⁶ Burghardt/Geneuss, ZIS 2009, s. 138 vd.

yoluyla doğrudan faillerin iradesi üzerinde kurulan egemenliğine işaret ederek dolaylı faillik kurumunu gerekçelendirmeye çalışmışlardır.⁶⁷

III. ORGANİZASYON HÂKİMİYETİ TEORİSİNE KARŞI ELEŞTİRİLER

A. Giriş

Organize yapılar üzerinde kurulan hâkimiyetten kaynaklanan iradeye egemenlik yoluyla dolaylı faillik kurumu köklerini Alman Ceza Hukuku nazariyesinde bulmuş olsa da, farklı ülkelerin ceza kanunlarında ve mahkeme kararlarında da kabul edilmiş, özellikle Uluslararası ceza hukukunda da organize yapıya egemenlik dolayısıyla dolaylı faillik müessesesinin tam sorumlu doğrudan fail yanında gündeme gelebileceği Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 25/3-a'da açıkça kabul edilmiştir. Literatürde baskın görüş haline dönüşen ve mahkeme kararlarında uygulama alanının sürekli genişlemekte olduğu bu teori aşağıdaki satırlarda eleştirel bir incelemeye tabi tutulacaktır. Zira Roxin'in pragmatik hukuk öğretisinde yer tutan bu teori hem tarihsel gelişim serüveninde hem de günümüzdeki örgütsel suçlulukla mücadelede ceza hukuk enstrümanları içerisinde başat role bürünmüş olsa da ceza hukukunun temel kavramları ve nazariyesi muvazenesinde sistematik bir eleştiriden muaf tutulmamalıdır.

Bu eleştiriler iki ana başlık altında ele alınabilir. Öncelikle organize yapılara hâkimiyet yoluyla fiil hâkimiyeti sağlamak için gerekli olduğu söylenen normatif kriterler doğrulukları ve kendi içlerindeki tutarlılıkları bakımından değerlendirilecektir. Akabinde ise dolaylı failliği gerekçelendirmek için kullanılan ölçütler müstakil olarak ele alınacak, kişilerin irade ve fiilinde bağımsızlığı ve şahsi sorumluluk prensipleri özellikle ön plana çıkarılacak ve fiil hâkimiyetinin doğrudan failin iradi özgürlük alanı sınırlanmadan mümkün olamayacağı vurgulanacaktır.

Özet olarak ifade edecek olursak, örgütsel kontrolün dolaylı failliğin ayrı bir türü olarak kabul edilmesine yönelik itirazlar temel

⁶⁷ Jakobs, ZIS 11/2009, S. 572 vd.; Ambos, ZIS 2009, s. 552 vd.; Roxin, ZIS 2009, s. 565 vd.; Herzberg, ZIS 2009, s. 576 vd.

olarak sınırsız bir şahsi sorumluluk anlayışının kabul edilmesi, bunun sonucunda doğrudan doğruya kendi kararı ile suç işleyen failin araçsal bir aygıtı indirgenmesi ve fail sorumluluğunun esas fail ile arka plandaki kişi arasında olası dağılımının eleştirilmesi ile ilgilidir.

B. Örgütsel Güç Aygıtı Kriteri

Organize bir yapı bünyesinde ve üstlerden gelen emir ve talimat sonucu işlenen bir suç söz konusu olduğunda, bu organize yapının bir “güç aygıtı” olup olmadığını ve suça özgü bir şekilde “hukuktan ayrılıp ayrılmadığını” değerlendirmek hâkimin görev alanına girmektedir. Yer, zaman, kapsam ve yoğunluk açısından “henüz değil” ile “ama şimdi” arasındaki çizgiyi nerede ve nasıl çizeceği kendi takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle, söz konusu teorinin bilimsel olarak kullanılabilir olup olmadığı konusunda şüphe duyulmaktadır. Ayrıca teorinin kullanım alanı da zaman içerisinde kontrolsüzce genişlemiştir. Bunun sebebi ise sınırlarının ve içeriğinin tam olarak belli olmaması, ölçütlerinin yoruma açık kalmasıdır. Teorinin geliştiricilerinden olan Roxin bile ticari işletme yöneticilerinin sorumluluk alanını genişletici ve şirket çalışanlarının suç teşkil eden işlemlerinden dolayı yöneticilerin dolaylı fail olarak cezalandırılabilceği şeklinde gelişen Alman Federal Mahkeme kararlarından duyduğu rahatsızlığı belirtmiştir.⁶⁸

C. Neticeden Emniyet Ölçütü

Organize bir yapı kullanılması durumunun faile neticenin gerçekleşmesi hususunda daha kesin bir güven verebileceği iddiası ise gerçekçi değildir. Bir suç aparatına dönüşmüş organize yapının bu yapının yöneticilerine suç neticesini gerçekleşmesi hususunda daha kati bir güvence ve hâkimiyet sağlayacağı iddiası ispata muhtaçtır. Otomatik bir şekilde harekete geçen doğrudan failer yanında pek tabi emre itaat etmeyen, vicdanının sesini dinleyen, hedefi bulmada başarısız olan yahut tembellik veya umursamazlık gibi sebeplerle neticenin gerçekleşmesi ihtimalini arka plandaki kişi için kuvvetlendirmeyen kişiler de organize yapı içerisinde var olabilir.⁶⁹ Azmettirilen kişinin fiili icra edip etmeyeceği hususunda kendi kararına göre hareket edeceğini

⁶⁸ Roxin, AT II, § 25 No. 129 vd.

⁶⁹ Herzberg, in: Amelung, s. 39.

kabul edip, organizasyon bünyesinde hareket eden bir örgüt mensubu için bu karar mekanizmasını bila kayd u şart reddetmek ve esas failin özgür irade ve kusur sorumluluğu ilkeleri çerçevesinde alacağı kararı yok saymak doğru değildir.

D. İkame Edilebilirlik Ölçütü

Doğrudan failerin ikame edilebilirliğine yöneltlen en önemli eleştiri ikame edilen bir fail tarafından işlenen fiilin gerçekleşmeyen önceki fiille aynı fiil, dolayısıyla aynı suç olmaması vakiasıdır.⁷⁰ Örneğin, bir kaçağı öldürme emri bir sınır muhafızı tarafından reddedilirse, yerine geçen fiil veya başka bir askerin sonraki fiili artık aynı fiil değildir.⁷¹ Bilhassa sadece belirli özellikler veya sıfatlara sahip kişiler tarafından işlenebilen suçlarda ikame edilebilirlik kriteri fonksiyonunu ifa edemeyecektir.⁷² Bu minvalde eş zamanlılık prensibinden hareketle failliği gerekçelendiren fiil üzerindeki hâkimiyetin her hâlükârda belirli bir fiil üzerinde tesis edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.⁷³ İkame hareketle gerçekleşen haksızlığın ilk hareketle gerçekleşmesi beklenen haksızlık ile aynı muhteviyata sahip olduğu iddia edilemez. Çünkü fiil üzerindeki hâkimiyetten doğan faillik statüsünün fiilin icra aşamasında mevcut bulunması gerekmektedir. Hâlbuki ileri sürülen teoride üçüncü kişilerin varsayımsal eylemleri üzerinde kurulacak hâkimiyet dolaylı failliğin gerekçelendirilmesinde kullanılmaktadır.⁷⁴ İkame edilebilirlik kriterinden doğan her hal ve şartta suçun işlenmesi durumu ise arka planda emir veren kişiye fiil üzerinde değil sadece neticenin gerçekleşmesi üzerinde görece bir

⁷⁰ Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 528.

⁷¹ Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 528 vd.; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 89; Heinrich, Rechtsgutzugriff, s. 31; buna karşın Roxin'in fiilin masa başı fail için tek ve aynı suçun icrası anlamını taşıdığı yönünde savunması için bkz.: Roxin, AT II, § 25 Dipnot 117.

⁷² F. C. Schroeder, JR 1995, s. 178.; Freund, Strafrecht AT, § 10, No. 92; Ambos, AT des Völkerstrafrechts, s. 598; Joecks, MK-StGB, § 25 No. 149; Bosch, Organisationsverschulden, s. 236 vd.; Bu eleştiriye Roxin de kabul etmektedir: Roxin, ZIS 7/2006, s. 297; Roxin, AT II, § 25 No. 118.

⁷³ Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 561.

⁷⁴ Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 89.

hâkimiyet sağlamış olabilir.⁷⁵ Arka plandaki kişi kontrolü altındaki örgütsel yapı sayesinde fiili bilfiil icra edecek kişiden bağımsız olarak kendi planını hayata geçirme imkânına sahiptir. Lakin bu imkân somut olayda eksik olan gerçek fiil hâkimiyetini ikame edemez.⁷⁶ Bunun sebebi ise araya giren organizasyon içerisindeki emir komuta zinciri, emri veren arka plandaki kişinin eylemini gerçekten ortaya çıkan suçun icrasından koparmaktadır. Bu nedenle, suçun gerçekleştirilmesi için ikame edilebilir bir aktör tarafından sağlandığı iddia edilen güvence, dolaylı failliği gerekçelendiremez ve azmettirmeden farklılığını makul bir şekilde haklı gösteremez veya kanıtlayamaz.⁷⁷

E. Hukuk Düzeninden Sıyrılmış Olma Ölçütü

Hukuk düzeninden sıyrılmış olma ölçütü de birçok yazar tarafından eleştiriye tabi tutulmaktadır.⁷⁸ Bu kriterin organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla dolaylı failliği gerekçelendirmek için bir gerek şart olarak kabul edildiği takdirde arka plandaki kişinin fiil üzerinde hâkimiyet kurması da bu ölçüte bağlı kılınmalıydı. Hâlbuki durum birçok örnekte böyle değildir. Tam tersine eğer arka plandaki kişinin kontrolündeki bir güç aparatına dönüşen organize yapı hukuk düzeninin tanıdığı bir örgütlenme yahut devlet aygıtının kendisi ise bu durumda bu kişinin suç teşkil eden eylem üzerindeki hâkimiyeti daha güçlü ve neticenin gerçekleşmesi yönünden daha emniyetli olacaktır.⁷⁹ Bu ölçütün eleştirildiği bir diğer nokta ise bazı durumlarda organize yapının sadece belirli bir kısmı mevcut hukuk düzeninden kopuk olması ve bu durumda bu yapının tamamının nasıl değerlendirileceğinin meçhul kalmasıdır. Son olarak organize yapının hiyerarşisi ve işleyişi ile ilgili olarak bazı tutarsızlıklar ortaya çıkabilir. Mesela mafyatik düzenle işleyen bir devlet aygıtı mevzu bahis olduğunda bu organizasyonun

⁷⁵ Rotsch, NStZ 1998, s. 493.

⁷⁶ Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 89.

⁷⁷ Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 526, 561; Hoyer, SK-StGB, § 25 No. 90.

⁷⁸ Ambos, GA 1998, s. 243 vd.; Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 533 vd.; Schild, Täterschaft, s. 22 vd.; F .C. Schroeder, Täter hinter dem Täter, s. 168; Herzberg, ZIS 2009, s. 577; karşıt görüş için bkz.: Munoz Conde, FS für Roxin, s. 620.

⁷⁹ Ambos, GA 1998, s. 242 vd.

hukuk düzeninden sıyrılmış mı olduğu yoksa hala meşru devlet organlarına sahip olmaya devam mı ettiği hususu tartışmalı kalacaktır. Darbe yönetimleri, askeri cuntalar yahut nasyonal sosyalizm dönemindeki alman yönetim komisyonu üyelerinin kurmuş oldukları organizasyonların devletin o dönemki cari hukukuyla bağlı olmadığını iddia etmek doğru olmayacaktır.

F. İradi Bağımsızlık Ve Şahsi Sorumluluk Prensibi Çerçevesindeki Eleştiriler

Bu aşamaya kadar olan eleştirel yaklaşımlar büyük oranda organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisinin kriterlerinin kendi içerisindeki eksikleri, yanlışları ve çelişkileri üzerine serdedilmişti. Bundan sonra ise dolaylı failliğin gerekçelendirilmesinde başvuru kriterler ve prensiplerin suç fiili üzerindeki hâkimiyet teorisinden ayrışıp müstakil bir gerekçe oluşturduğu noktalar gündeme taşınacaktır. Organize yapılar üzerinde kurulan hâkimiyetin dolaylı failliğin yeni bir görünüm şekli olduğu iddiasını ele almadan önce, dolaylı faillik kurumunun hukuki dayanak noktalarını ve gerekçelendirilmesini açıklamak faydalı olacaktır. Fiil üzerindeki hâkimiyet teorisini failin gerçek manada olayların gelişimi üzerindeki etkisine, katkısına ve hâkimiyetine bağlayan anlayışın eleştirildiği noktalar gündeme gelecektir. Nihayetinde ortaya konulacak temel tez şudur: Suç eylemi üzerindeki hâkimiyet teorisi çerçevesinde gerekçelendirilen faillik anlayışından neşet eden bu teori dolaylı failliği gerekçelendirmede farklı kriterler kullanıldığında geçerliliğini yitirebilir.

Alman Ceza Hukuku literatüründe ve mahkeme kararlarında yaygın olarak kabul edilen görüşe göre dolaylı failliği gerekçelendiren temel unsur arka plandaki kişinin suç fiili üzerinde irade hâkimiyetinden kaynaklanan fiil hâkimiyetinin olmasıdır. Organize yapılar söz konusu olduğunda ise arka plandaki kişi bu irade hâkimiyetini kurup yönettiği organize örgütsel yapı marifetiyle elde etmektedir. Bu kabulün eleştirildiği temel nokta şudur: Hataya düşürülen, cebir ve tehdit ile iradesi sakatlanan yahut yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi sebeplerle kusurluluğu bulunmayan kişi üzerinde irade hâkimiyetinin arka plandaki fail tarafından kurulabileceği üzerinde ittifak varken, tam sorumlu bir kişinin sırf

herhangi bir organize yapıya dâhil olduğu için iradesi üzerinde hâkimiyet kurulduğunu iddia etmek şahsi sorumluluk ve kişinin irade ve eylemlerinde bağımsızlığı prensiplerine aykırıdır. Şahsi sorumluluk prensibi şu şekilde anlaşılmalıdır: “Her kişi sadece kendi davranışlarından sorumludur ve asla özgürce hareket eden diğerlerinin davranışlarından sorumlu değildir”.⁸⁰ Nihai düzeyde şahsi sorumluluk ilkesi, bir fiilin öncelikle tam sorumlu doğrudan faile isnad edilebilmesi halinde arka plandaki başka bir kişinin fiili olarak değerlendirilmesine yönelik bir yasak olarak işlev görür.

Faillik tanımı yaparken fiil hâkimiyeti kavramının özel bir formu olan irade hâkimiyeti unsurunu somut olaydaki nedensel süreçler üzerindeki fiili belirleyici güç ve etkinin sahibi üzerinden okursak⁸¹ şu hataya düşebiliriz. Organize bir yapı vasıtasıyla kast ettiği bir suç neticesinin gerçekleşmesini sağlayan kişi suç tipinin gerçekleşmesinde çoğu zaman azmettirenenden hatta doğrudan failden bile daha etkili bir irade hâkimiyeti, bu vesileyle de fiil hâkimiyetine sahip olabilir.⁸² Bu bakımdan fiil hâkimiyetinin özel bir görünüş şekli olarak kabul edilen iradi hâkimiyet kavramını fiili durumdan yola çıkarak değil normatif açıdan ele almak gerekmektedir.

Dolaylı failliği gerekçelendirirken dikkate alınması gereken somut gerçeklikten en önemlisi doğrudan suç fiilini gerçekleştiren esas failin iradi yönden tam bağımsız olmaması halidir. Kendi davranışlarını hukuk normları çerçevesinde değerlendirebilecek ve hukuken meşru görülen alan içerisinde sergileyebilecek imkân ve kabiliyete sahip olmayan, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, hataya düşme hali yahut cebir ve tehdit altında olması hasebiyle iradesi sakatlanmış ve bağımsız davranabilme imkânını yitirmiş bulunan kişinin bu halinden istifade eden ve sakatlanan bu iradeyi kendi şahsi plan ve kastına göre

⁸⁰ Otto, AT, § 6 No. 49; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, s. 6, 42; Walther, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, s. 80; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 73.

⁸¹ Roxin irade hâkimiyeti kavramını fiil hâkimiyeti olarak yorumlamaktadır: Roxin, Festschrift für Friedrich- Christian Schroeder, s. 398.

⁸² Greco, ZIS 2011, s. 11 vd.

yönlendirip suç işleme yönünde sevk eden arka plandaki şahsa dolaylı fail demektedir. Bu durumların ortak noktası ise fiili doğrudan gerçekleştiren kişinin iradi ve eylemsel bağımsızlık hali zarar gördüğü yahut önemli ölçüde sınırlandığı için iradesini serbestçe yönlendirme imkânına sahip olmamasıdır. Bir kişi başka bir bireyin iradesini ancak o birey bunu kendisi yapabilecek durumda değilse, yani kendini kontrol edemiyorsa hâkimiyeti altında tutabilir.⁸³ Dolaylı faillikte arka plandaki kişinin faillik statüsünü kazanabilmesi için ön plandaki doğrudan failin özerkliğinin hilafına onu önemli ölçüde sınırlandıran bir irade ortaya koyması gerekir. Tersten okuma yapacak olursak ön plandaki esas failin hareketinde özerk ve iradesinde bağımsız olması arka plandaki herhangi bir kişinin fiil üzerinde hâkimiyet kurmasına mâni olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus sadece doğrudan failin iradi yönden bağımsızlığının sınırlandırılmış olması değil, bu eksiklikten ötürü arka plandaki kişinin esas failin fiili üzerinde hâkim pozisyona geçmesi hali dolaylı failliği gerekçelendirmektedir. Kişinin iradesinin bağımsızlığı var yahut yok şeklinde değil dereceli bir sınıflandırılmaya tabi tutulmalıdır. Bu derecelendirme ve değerlendirme pek tabi bu iradeyi sınırlandıran, onu baskılayan hatta ona hâkim pozisyona bürünen bir başka üst konumlu irade göz önüne alınarak yapılmalıdır. Dolayısıyla dolaylı faillikte arka plandaki kişinin fiil hâkimiyeti ile ön plandaki esas failin iradesindeki bağımsızlığın birlikte ve karşılıklı değerlendirilmesi gerekir. Bu şekilde ortaya konulmaktadır ki, sadece ve sadece doğrudan fiili icra eden kişi kendi iradesini yönlendirme yeteneğinden mahrum ise veya bu hale getirilmiş ise o kişinin fiili, hâkim iradeden kaynaklı olarak yönetilebilir, yönlendirilebilir.

Organize bir yapının işleyişi esnasında doğrudan failin fiilinin arka plandaki kişinin iradesinden bir şekilde az ya da çok etkilendiği doğrudur. Lakin bu etkilenme şahsi sorumluluğu ve iradesindeki bağımsızlığı etkileyecek seviyede değildir. Emri veren taraf, ikame edilebilen kişiler topluluğu üzerindeki kontrolü sayesinde suç

⁸³ Welzel, SJZ 1947, s. 650; Otto, Jura 2001, s. 756 vd.; Jescheck/Weigend, AT § 62 II 8; Murmann, GA 1996, s. 275 vd.; Kutzner, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft, s. 250; Zaczyk, GA 2006, s. 413.

neticesinin gerçekleşmesini ağırlıklı olarak kontrol edebilse de bu ona suç fiili üzerinde kontrol yerine suçun başarısı, neticenin gerçekleşme ihtimali üzerinde görece bir kontrol kurmayı sağlar ve bu da faillik statüsünü kanıtlamak için yeterli veri sayılamaz. Organize yapı üyelerinin ikame edilebilirliği ve sıkı hiyerarşik yapı arka plandaki kişi için suç neticesinin gerçekleşme ihtimalini kuvvetlendirme görevi yapabilir. Bu gerçekliğe rağmen söz konusu teori neticenin gerçekleşmesi için emniyet sağlayan unsura, yani organize yapının kurulup yönetilmesine, yanlış bir şekilde failin fiiline doğrudan hükmetme kabiliyeti tanımıştır.

Lakin cebir tehdit yahut hata gibi esas failin iradesi üzerinde doğrudan tesir etmeyen bu tip psikolojik yahut fiziki unsurlar kararlarında ve davranışlarında muhtariyet sahibi olduğu kabulünü taşıdığımız insani kullanışlı bir araç statüsüne indirgememize izin vermemelidir. Sırf bir organize yapıya üye olduğu için suç işleme yönünde emir ve talimat alan kişinin iradesindeki muhtariyette bu bakımdan bir eksiklikten bahsedilemez. Sıkı hiyerarşik örgütlenmelere sahip yapılar muhakkak kişinin özgür iradesi üzerinde birtakım etkilerde bulunurlar, lakin sosyal hayatta yaşamak, diğer insanlarla çeşitli ünsiyetler geliştirme noktasında birçok fiziki veya fikri düzlemdeki bağılıklar kişinin kişiliğinin, karakterinin ve yaşam tarzının bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Dernek, vakıf, spor kulübü üyeliği, askerlik vazifesi, devlet memurluğu, şirket personeli olma yahut herhangi bir aileye mensup olma gibi günlük hayatta karşımıza çıkan birçok sosyal birliktelikler kendi dinamikleri içerisinde hiyerarşik bir örgütlenme arz edebilirler. Emir talimat veren ve bu talimatları icra etme pozisyonunda olan kişiler birlikteliğin hukuki statüsüne bakılmaksızın sosyal hayatın her katmanında ortaya çıkabilir. Bu yapılar eliyle suç işleme ihtimalleri ortaya çıktığında ise emir talimat veren arka plandaki kişi ile suçun icrasını kendi elleriyle gerçekleştiren doğrudan fail arasındaki ilişki de ilkesel olarak iştirak hukukuna ilişkin temel kaideler üzerinden değerlendirilmelidir. Her ne kadar failin iradesi üzerinde mensup olduğu yapı bir etki de bulunmuş olsa da her bir birey belirli bir suç tipini gerçekleştirme anlamında hareket etme kararında hala özgür ve bağımsızdır. Hukuka aykırı emir ve talimatı alan herkes bu emri ifadan kaçınma hakkına irade hürriyeti ve hukuk

devletine sadakat yükümlülüğü zaviyesinden sahiptir. Pek tabi bazı özel durumlar için fail ile mağdur arasındaki ilişkinin normatif olarak tanımlanması ve o noktadan bir dolaylı faillik gerekçelendirilmesi yapılması aşağıdaki satırlarda görüleceği üzere imkân dâhilindedir.

IV. ORGANİZE YAPILAR MARİFETİYLE İŞLENEN SUÇLARDA ARKA PLANDAKİ KİŞİNİN STATÜSÜNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

A. Arka Plandaki Kişiyi Azmettiren Olarak Kabul Eden Yaklaşım

Literatürde dikkat çeken bir diğer görüş ise bir organize yapıya hükmetme marifetiyle astlarına emir vererek suç işlenmesini temin eden kişinin doğrudan failin işlediği suçtan dolayı azmettiren olarak cezalandırılması gerektiğidir.⁸⁴ Bu görüşler genelde faillik kavramına yükledikleri anlam, şahsi sorumluluk prensibine yaptıkları vurgu ve organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik kabulünü eksik yahut yanlış bulmaları bakımından öne çıkmaktadırlar. Her ne kadar kanunda azmettirme için belirli bir tanım yapılmamış olsa da azmettirme bir başka kişide kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirme fikrinin oluşmasını sağlamaktır şeklinde tanımlanabilir.⁸⁵ Bu meyanda suçun işlenmesi için örgütsel bir güç yapısı bünyesinde suç işlemesi için yönlendirilip teşvik edilen kişiler genel kurallar çerçevesinde azmettirilen olarak değerlendirilmelidir. Suçu doğrudan işleyen failin anlamı ve fonksiyonu organize yapıyı kurup kontrol altında tutan kimse için suç işlemeye teşvik edilen dolayısıyla azmettirilen olarak kabul edilen kişiden farklı değildir.⁸⁶ Azmettirme kurumunda mündemiç bulunan dikey ilişki biçimi, yani olay örgüsü ve gelişiminin yukarıdan aşağıya, tetikleyiciden tetiklenene doğru

⁸⁴ Herzberg, in: Amelung, s. 33, 47 vd.; Herzberg, ZIS 2009, s. 576 vd.; zincirleme azmettiren tabiri için bkz.: Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 561 vd.; Rotsch, NStZ 2005, s. 13 vd.; Köhler, AT, s. 510 vd.; Renzikowski bu görüşünü otonomi prensibi ile açıklamaktadır: Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 87 vd.; Zaczyk, GA 2006, s. 414.

⁸⁵ Tanım için TCK 38. madde gerekçesine bakınız.

⁸⁶ Herzberg, in: Amelung, s. 47 vd.; karşıt görüş için bkz.: Spendel, FS für Lange, s. 164.

seyretmesi bu tip organize yapılar marifetiyle işlenen suçlardaki ilişki biçimine çok daha uygun düşmektedir.

İştirak müesseselerine ilişkin doktrindeki gelişmeleri kronolojik ve içeriksel olarak analiz eden *Hruschka*, dolaylı failliği organize yapılar üzerindeki hâkimiyet yoluyla gerçekleşen suçlarda arka plandaki kişi için kabul eden görüşlerin 18. yüzyılda *Pufendorf* tarafından sistematize edilen ikili iştirak sistemine dayandığını vurgulamaktadır. Buna göre suça katılanlar eser sahibi (*Urheber*) ve yardım eden (*Gehilfe*) olarak ayrılmaktaydı. Eser sahibi kavramı “fiziksel ve entelektüel” olarak ikiye ayrılmış, ikincisi yaygın kanaate göre azmettiren olarak görülmüştür ve bir başka kişinin iradesini kasıtlı olarak suç işlemeye yönlendirme olarak tanımlanmıştır.⁸⁷ O dönemdeki ikili ayırım açısından kabul edilebilir olan teori, şu an yürürlükte olan 3 dereceli iştirak öğretisine göre ise -bir başka kişiyi suç işlemeye kasıtlı olarak yönlendiren kişi azmettiren olarak değerlendirildiği için- geçersizdir.

Azmettirmeyi bir başkasında kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiil icra etme düşüncesi oluşturmak olarak tanımladığımızda, organize yapılar marifetiyle astlarına suç işleme emri veren ve bu güç aygıtı yardımıyla suç neticesinin gerçekleşmesini emniyet altına alan kişinin hareketi eğer kendisinin emir ve talimatı hukuki manada bir cebir, tehdit yahut aldatma içermiyor ve doğrudan failin iradesini önemli ölçüde sakatlamıyorsa ve kendisinin şahsi sorumluluğuna zeval getirmiyorsa sadece azmettirme olarak değerlendirilebilir.

Arka plandaki kişinin emir ve talimatları ve kendi kararlarını dayatmasından yola çıkarak fiilin işlenip işlenmeyeceğine karar veren merciinin kendisi olduğu vurgusu ile bu durumun dolaylı failliği gerekçelendireceğini iddia etmek doğru değildir. Çünkü arka plandaki kişi suç neticesinin gerçekleştirilmesine ilişkin kararı veren kişi olsa dahi, belirli olan o suç tipinin diğer maddi unsurları olan fail ve fiili üzerinde hâkimiyet kurmuş değildir. Vermiş olduğu karar suç tipinin bu unsurlarını ihata etmemektedir. Neticenin gerçekleşmesini bir vesile ile sağlayabiliyor olmak yahut neticeyi garanti altına alacak

⁸⁷ Feuerbach, Lehrbuch, § 44 s. 50 vd.; Hruschka ZStW 110 (1998), s. 595; Haas, ZStW 119 (2007), s. 538.

düzenlemeleri yapmış olmak somut olayın faili ve oluş biçimini üzerinde iradi ve eylemsel bir hâkimiyet kurulduğunu ispatlamaya yetmeyecektir. Bu sebepten arka plandaki kişinin tam sorumlu olan doğrudan failin işlediği fiil üzerinde değil suç neticesinin gerçekleşmesi üzerinde bir hâkimiyetinden bahsedilebilir. Gerçekleşen suç neticesinden verdiği emir sebebiyle merkezi sorumluluğu devam etmektedir lakin güç aparatını kurup yönettiği için kendisine somut olayın akışı üzerinde üstün bir irade hâkimiyeti tanımak gerçekle bağdaşmamaktadır.

Bununla birlikte bahsettiğimiz olayların birçoğunda özellikle askeri hiyerarşi içerisinde devlet otoritesinin kendisi genel hukuk normları dışında hareket etmektedir. Bu durumda emir ve talimat alan kişi sığınabileceği bir hukuk sistemi olmadığı için aynı zamanda fiili olarak cebir ve tehdit altında sayılabilir. Bu sebepten söz konusu olaylarda bir başka özgür kişide suç işleme kararı uyandırmak olarak tanımlanan azmettirme fiilinden daha kapsamlı olarak doğrudan failin iradesi üzerinde çok daha etkin ve belirleyici bir güçten bahsedebiliriz. Organizasyonu yöneten kişinin davranışı ile sıradan bir azmettiricinin davranışı mukayese edilemez.⁸⁸ Dolayısıyla bu vakıaların hem doğrudan fail hem de arka plandaki kişi açısından azmettirme müessesesinden çok daha farklı bir boyutu olduğunu kabul etmek gerekir.

B. Arka Plandaki Kişiyi Müsterek Fail Olarak Kabul Eden Yaklaşım

Birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararı alıp, suçun kanuni tanımındaki fiili birlikte gerçekleştirdikleri durumda müsterek faillikten bahsedilmektedir.⁸⁹ Öğretide birçok yazar arka plandaki kişi ile fiili doğrudan işleyen kişiyi, organizasyona egemenlik durumunda iş birliği yaptıklarından ötürü birlikte fail olarak nitelendirmektedir.⁹⁰

⁸⁸ Ambos, AT des Volkerstrafrechts, s. 593.

⁸⁹ Koca-Üzülmez, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 422.

⁹⁰ Jakobs, AT, 21/103; Otto, Grundkurs Strafrecht, § 21 no. 92; Otto, Jura 2001, s. 753 vd.; Haas, ZStW 119 (2007), s. 542 vd.; Jescheck/Weigend, AT, § 62 II 8; Lampe, ZStW 119 (2007), s. 508 vd.

Organize bir otoriter yapı bünyesinde doğrudan fiili icra eden kişi ile hiyerarşik olarak onun üzerinde bulunan emir vericiler arasında ortak suç işleme kararı bulunduğu tezi bu görüşü savunanlarca iddia edilmektedir. Bir suçu işlemeye yönelik ortak bir karardan bahsedebilmek için, emri verenin talimatları doğrultusunda belirli bir fiilin veya aynı türden birkaç fiilin gerçekleştirileceğinin emir veren arka plandaki kişi ve doğrudan doğruya fiili gerçekleştiren fail tarafından bilinmesi yeterlidir.⁹¹ Bu durumun iki görünüm şekli vardır. İlk durumda kendisine üstü konumundaki kişi tarafından eksik suç planı intikal eden kişi planı tamamlamakta ve suç işlenişine ilişkin fiile yaptığı katkı dolayısıyla hiyerarşik amirinin planına ortak hale gelmektedir. Müşterek faillikte faillerin diğer failin davranışını tüm ayrıntıları ile bilmesine gerek olmadığı için, bu tip bir fiili davranışlarla ortaya çıkan zımnî mutabakat suç planına ilişkin ortak karar ve icra aşamasındaki birliktelik şartlarını sağlamaktadır. İkinci durumda ise tam ve eksiksiz olan emri alan doğrudan fail buna tam uygun bir icra faaliyeti gerçekleştirmektedir. Bu durumda ise bu kişi organize bir yapıya dahil olması, o yapının amacına hizmet ettiğinin farkında olması ve fiili gerçekleştirmeye yönelik talimata uygun hareket etmesi sebepleriyle soyut suç işlemeye hazır olma halinden sıyrılıp, somut olarak bir fiil emri veren arka plandaki kişinin suç işleme kararına eşlik etmek ve suç fiilini doğrudan doğruya gerçekleştirmek suretiyle müşterek fail statüsüne geçiş yapmıştır.⁹² Tam ve şahsi sorumlu olarak aldığı emri yerine getiren bir kimsenin iradesine hükmedildiğinden bahsedilemeyeceği için bu kişi suç fiilini icra suretiyle arka plandaki tasarlayıcının planına ortak olmuş müşterek fail statüsü kazanmıştır.⁹³ Birlikte failler arasında kişisel ve direk bir bağlantı bulunmadan, organize yapı mensubiyeti ve kararların ifasında iştirak etmeleri durumu dikkate alınarak kişilerin her ikisi de birlikte fail olarak sınıflandırılabilirler.

Bu kabule dayanak olarak öne sürülen bir diğer görüş ise faillik iradesiyle hareket etmiş olmak koşuluyla henüz suçun icra hareketleri başlamadan hazırlık aşamasında gerçekleştirilen bir katkının da birlikte

⁹¹ Jescheck/Weigend, AT, § 62 II 8.

⁹² Jakobs, AT, 21/103.

⁹³ Otto, Grundkurs Strafrecht, § 21 No. 92; Jakobs, NStZ 1995, s. 27.

failliğin kabulü için yeterli olduğudur.⁹⁴ Organize bir yapı içerisinde arka plandaki kişinin suçu işlemeye yol açan organize yapıyı hazır tutması hâksiz neticenin gerçekleşmesi bakımından önemlidir ve bu sebeple “fiili birlikte işleme” olarak değerlendirilmelidir.

Bu noktadaki tartışma ortak suç işleme kararından ne anlaşılması gerektiği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Öğretide bizimde katıldığımız bir görüş böyle bir kararın varlığının kabul edilebilmesi için, eşit derecedeki kişiler arasında işbölümüne dayalı ve fiilin icrası sırasında mevcut bulunan bir anlaşmayı şart koşarken⁹⁵, diğer görüş organize yapıya dâhil olmak suretiyle soyut olarak suç işlemeye hazır olma halindeki kişinin verilen emri yerine getirerek arka plandaki kişinin suç işleme kararıyla örtüşen ve somut bir eyleme dönüşen suç işleme kararına dâhil olma halini yeterli görmektedir.⁹⁶ Birlikte failliği savunan yazarlar ortak karar alınması için kararın oluşumunda tarafların eşit güç ve konumda bulunmasını değil verilen talimatı ve anlamını bilip bu bilince uygun bir istençle eylemi gerçekleştirmenin karara iştirak için yeterli olduğunu belirtmektedirler. Bu görüşü savunanlarca emir verenin talimatlarına uygun olarak suç fiilini gerçekleştirdiğinin bilincinde olan kişinin ortak suç işleme kararından bahsetmek mümkündür.⁹⁷

İştirak ettiğimiz görüşe göre ise hukuken eşit statülerde bulunmayan, astlık üstlük ilişkisi içerisinde bulunan kişiler arasında gerçekleşen emir talimat biçimindeki bağlantılar ortak karar olarak adlandırılmaz.⁹⁸ İstek ve iradesini üzerinde mutabık kalınan konuda serbestçe ifade edip, gerçekleşecek fiile yansıma becerinden mahrum olan bir kişinin ortak verilmiş bir kararın paydaşı olması düşünülemez. Ayrıca müşterek failliğin diğer unsuru olan suçun birlikte icrası kriteri de söz konusu olaylarda gerçekleşmemiştir. Zira talimat veren kişi suç fiilinin icra hareketlerine dâhil olmamıştır. Çoğu durumda eylemin gerçekleştiği yer ve zamandan dahi habersizdir. Hazırlık aşamasında suç tipinin gerçekleşmesi adına sunduğu katkı ise sadece planlamadır,

⁹⁴ Jecheck/Weigend, AT, § 63 III 1; Roxin, AT II, § 25 No. 92.

⁹⁵ Kuhl, AT, § 20 No. 99; Seher, JuS 2009, s. 304 vd.

⁹⁶ Otto, Jura 2001, s. 758; Otto, Grundkurs Strafrecht, § 21 IV 3 d.; Jakobs, AT, 21/103.

⁹⁷ Jescheck/Weigend, AT, § 62 II 8.

⁹⁸ Roxin, AT II, § 25 No. 121; Roxin, ZIS 2006, s. 293.

ortak bir icra gerçekleşmemiştir. Müşterek faillik için belirleyici olan iş bölümü unsuru ise talimatlarının gerçekleşmesi için tüm işleyişi altlarına yükleyen bir organizasyon yöneticisi söz konusu olduğunda mevzu bahis olmayacaktır.

III. FAİL İLE MAĞDUR ARASINDAKİ TANINMA İLİŞKİSİNİN ZEDELENMESİ

Faillik ve dolaylı faillik müesseselerini gerekçelendirirken fiili hâkimiyet teorisinden ayrışıp, haksızlık teorilerinden biri olarak literatürde kabul edilen ve haksızlığı özgür bireyler arası davranış normlarının ihlali sebebiyle hukuki ilişkilerin zarar görmesi üzerinden okuyan anlayışı kabul edecek olursak, organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik kurumunu sağlıklı bir şekilde gerekçelendirebiliriz. Kökenlerini Alman filozoflar *Kant* ve *Fichte*'nin bireysel otonomi anlayışından alan haksızlık teorisine göre kısaca ceza hukuku soyut hukuki değerlerin yani sıra, bu hukuki değerlerin taşıyıcısı olan bireylerin kişisel haklarını, bireylerin bağımsız olarak hareket edebilecekleri bu hak alanlarına muhatap kimselerden gelebilecek mütecaviz davranışlardan korumakla görevlidir. Bir başka deyişle haksızlık teşkil eden suç sübjektif hakların zarara uğratılması olarak tanımlanmaktadır.⁹⁹ Bahse konu haksızlık öğretisinde kişiler arası hukuki ilişkinin maddi özü ön plana çıkarılmakta ve ceza hukuku bakımından haksızlık kavramı kişiler arası hukuki ilişkide gerekli olan karşılıklı birliğin ve tanınma ilişkisinin fail tarafından yadsınması olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Fail, suç eylemini gerçekleştirerek kategorik buyruğun belirlediği davranış normlarını ihlal eder ve bu şekilde mağdur ile aralarında var olan eşitliğe dayalı tanınma ilişkisini bozarak onun özerk hak sahasını ihlal eder.

Özgür bireylerin bir arada yaşamasını düzenleyen ve mümkün kılan bir yapı olarak pozitif hukukun işlevi, geniş ölçekte toplumsal düzende tüm bireylerin özerk alanlarını korumaktır. Tüm öznelerin kısmen çatışan ve kısmen uyumlu pratik davranışları arasındaki denge pozitif hukuk düzeninin yardımıyla korunur. Hukuk düzeni özgür bireylerin aralarındaki hukuki ilişkileri ve statülerini düzenlenmesi anlamına gelir. İradi ve eylemsel açıdan özerk ve özgür bireylerin

⁹⁹ Greco, Feuerbach, s. 56 vd.

¹⁰⁰ Rath, Zur Unerheblichkeit, s. 32.

varlığının tanınması hukuk devleti ilkesinin temel kabulüdür. Bu bağlamda devletin ve pozitif ceza hukukunun temeli, kasıtlı veya taksirli suçlar şeklinde görülebilen bu kişisel alanlara yönelik mütecaviz davranışları önlemeye yönelik olmalıdır.

Bu temeldeki haksızlık anlayışına göre hukuki ilişkiler birden çok bireyin arasında tesis edilir ve üçlü bir yapı arz eder. Hak sahibi, üzerinde hak tesis edilen konu ve bu hakkın sahibine tanınan özerk alanı ihlal etmemekle yükümlü olan muhatap kişiler.¹⁰¹ Anayasa ve toplumsal normlarla kişilere tanınan hakların sınırlarının bir başka kişinin davranışı ile ihlal edilmesi durumunda ceza hukuku bakımından bir haksızlıktan ve dolayısıyla suçtan bahsetmek mümkündür. Ceza hukuku soyut normlarla ifade edilen hukuki değerlerin yanında toplumu oluşturan bireylerin her birinin özerk ve özgür olarak davranabildikleri somut hak alanlarını korumalı ve bu alanlara yönelik ihlalleri cezalandırmalıdır. Başka bir deyişle bu hak alanlarını korumak üzere tahsis edilen davranış normlarının ihlal edilmesi ceza hukukunun devreye girmesini gerektirmektedir. Suç fiili ise bir hukuki değerden neşet eden somut bir kişisel hak alanını ihlal eden bir başka kişinin mütecaviz davranışına denir. Suç, özgür bir kişi olarak mağdurun özerk alanının fail tarafından yadsınması ve ihlal edilmesi ve karşılıklı hukuki tanıma ilişkisinin kopması anlamına gelir.¹⁰² Fail mağdur ile kurmuş olduğu fiili münasebet dolayısıyla, yani mağdura tahsis edilen ve içerisinde özerk olarak hareket edebileceği hak sahasına müdahale etmek suretiyle aralarındaki hukuki ilişkiyi koparır. Bu hukuki ilişki içeriği ve kapsamı açısından yazılı hukuk metinleri ve toplumsal normlar tarafından belirlenir.

Yukarıda kısaca değinilen haksızlık teorisinin yardımı ile faillik kavramını nedensel süreçler üzerindeki fiili hâkimiyete indirgemek yerine, fail ile mağdur arasındaki normatif ilişkinin zarara uğratılması ve haksızlığı da mağdurun özerk alanına müdahale edilmesi nedeniyle fail ile mağdur arasındaki yasal olarak tanınan ilişkilerden doğan sorumluluğun ihlali şeklinde tanımladığımızda, organize bir yapı

¹⁰¹ Renzikowski, GA 2007, s. 566 vd.; Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, s. 58 vd.

¹⁰² E. A Wolff, in: Hassamer, s. 211 vd.; karşıt görüş için bkz.: Roxin/Greco, AT I, § 2 No. 125 m vd.

marifetiyle gerçekleşen suçlarda dolaylı faillik müessesesini hukuken gerekçelendirebiliriz. Eğer arka plandaki kişiden mağdurla olan hukuki ilişkisi temelinde özel yükümlülükler talep edilebiliyor ve esas faile verdiği emir ve talimat bu ilişkiden doğan sorumluluğun ihlali şeklinde tanımlanabiliyorsa, bu kişinin mağdurun hak sahasına doğrudan müdahale ettiğinden ve dolayısıyla dolaylı faillik statüsünden bahsedilebilir.¹⁰³

Bu ilişki, ilgili yasal ilişkilerin özelliklerine bağlı olarak farklı şekillerde ihlal edilebilir. Örneğin dar anlamda devlet yöneticilerinin geniş anlamda ise devlet hiyerarşisi içerisinde bulunan tüm emir sahiplerinin vatandaşlar ile arasında anayasa ve kanunlardan kaynaklanan ve karşılıklı hak ve sorumlulukları taşıyan hukuki münasebetleri mevcuttur. Bu ilişki iki tarafa da belirli davranış normlarına uygun hareket etme yükümlüğü getirmektedir. Eğer bu davranış normları devlet aygıtını yönetenler tarafından ihlal edilir ve bireylerin özgürlük alanına kanunsuz bir şekilde müdahale edilirse bu müdahaleyi yapanlar vatandaşlar ile arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettikleri için doğrudan failin gerçekleştirdiği fiilin dolaylı faili olarak değerlendirilebilirler. Suç örgütleri yahut ticari şirketler gibi organize yapılarda ise ticari işletmelerin yönetim organlarının veya suç örgütlerinin çete liderlerinin mağdurlara karşı aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan benzer bir yükümlülükleri prensip olarak mevcut değildir. Hukuki ilişkilerinde karşılıklı tanınmış hak alanları mevzu bahis olmadığı için taraflara özel bir davranış yükümlülüğünden bahsedilemez. Bu tip yapılarda organizasyondan sorumlu olanların garantör konumu organizasyonel risklerden kaynaklanır ve bu risklerden doğan hukuki ilişkilerin zarara uğraması durumlarıyla sınırlıdır. Ne şirket yöneticisi şirket personelinin müşterilerine karşı işlediği suçlara ilişkin ne de suç örgütü lideri örgüt üyelerinin işlediği suçlardan ötürü özel bir önleme yükümlülüğü olmadığı müddetçe dolaylı fail olarak cezalandırılmaz. Zira bahsi geçen kişiler arasında böylesi bir suç eylemine ilişkin özel önleme yükümlülüğü ilişkisi mevcut değildir. Ancak şirketin faaliyet alanı, olası riskler nedeniyle üçüncü bir kişiye, yani mağdura karşı bu tür

¹⁰³ Murmann, GA 1996, s. 278, 281.

görevlerin üstlenilmesini gerektiriyorsa, yöneticinin dolaylı failliği ihtimali müstakil olarak incelenip tespit edilebilir.¹⁰⁴

Bu çerçevede fiili hâkimiyet teorisine başvurmadan ve haksızlık kavramını kişiler arası tanınan hukuki ilişkilerin zedelenmesi ve mağdurun otonom şekilde hareket edebileceği hak sahasının fail tarafından mağdurla arasındaki hukuki ilişkisinden kaynaklı yükümlülüklerine aykırı bir şekilde yadsınması olarak tanımladığımızda organize yapılar yoluyla dolaylı faillik kurumunu tutarlı bir şekilde gerekçelendirip, uygulama sahasını da belirlemiş olmaktadır.

SONUÇ

Organize güç ilişkisine dayalı bir yapı içerisinde arka plandaki kişinin, tam sorumlu olan doğrudan failin işlediği fiile egemen olduğu savının hukuki dayanaktan yoksun olduğu ortaya konulmuş oldu. Şahsi sorumluluk prensibi ve özgür bireylerin davranışlarındaki muhtariyeti karinesi bu teorinin felsefi dayanaktan mahrum, pragmatik ve çözüm odaklı bir yaklaşım olduğu fikrini güçlendirdi. Doğrudan failin iradesi üzerinde hâkimiyet sağlamak için bu kişinin iradi yönden bir eksiklik taşıması ve onun bu durumunu dolaylı failin istismar etmesi durumu bahse konu olaylarda mevcut değildir. Söz konusu tezi gerekçelendirmek için kabul edilen organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla fiili hâkimiyet teorisinin belirli ön koşullara bağlı olan hukuksal bir faillik kurumun normatif yapısını oluşturmaktan ziyade dolaylı failliğin tespiti için belirleyici kriterleri oluşturmaya çalıştığı görülmüştür. Fakat faillik kavramının hukuk tekniği bakımından normatif içeriği belirlenirken organize yapılar üzerinde kurulan hâkimiyet ile esas failin fiili arasında kurulan ilişki yeterli açıklıkta kurulamamış, gerekçelendirilmemiştir.¹⁰⁵ Bununla beraber sıkı hiyerarşik ilişkilerin mevcut olduğu, emir altında birçok kişinin bulunduğu ve bu sayede neticenin gerçekleşmesinin organize yapıyı kontrol altında tutan kişi için görece kolaylaştığı örgütlü yapılarda, arka plandaki kişilerin gerçekleştirdiği haksızlığın herhangi bir azmettirenin

¹⁰⁴ Murmann, GA 1996, s. 280 vd.

¹⁰⁵ Zira bu gerekçelendirmeyi yapmak için geniş bir literatür oluşmuştur: Bottke, Gestaltungsherrschaft, s. 64; Schild, Täterschaft, s. 24; Hoyer, SK-StGB, § 25 No. 92; Murmann, GA 1996, s. 269 vd.

gerçekleştirdiği haksızlıktan nitelik ve niceliksel açıdan daha farklı ve ağır olduğu kabul edilmelidir.

Makalemizde arka plandaki kişinin organize yapıya hâkimiyeti nedeniyle doğrudan failin gerçekleştirdiği suç neticesinden dolayı fail olarak sorumlu tutulabilmesi için haksızlık teorilerinden yardım alınabileceği fikri önerilmiştir. Ceza hukuku bakımından haksızlık kavramını fail ile mağdur arasındaki yasal olarak tanınan hukuki ilişkilerden doğan sorumluluğun ihlali şeklinde tanımladığımızda, organize bir yapı marifetiyle gerçekleşen suçlarda dolaylı faillik müessesesini şu durumlarda gerekçelendirebileceğimiz kabul edilmiştir: Eğer arka plandaki kişiden mağdurla olan hukuki ilişkisi temelinde özel yükümlülükler talep edilebiliyor ve arka plandaki bu kişinin esas faile verdiği emir ve talimat bu ilişkiden doğan sorumluluğun ihlali anlamına geliyorsa, bu kişinin mağdurun hak sahasına doğrudan müdahale ettiğinden, bu şekilde mağdur kişinin irade ve eylemlerindeki özerklik statüsüne zarar verdiğinden ve dolayısıyla dolaylı faillik statüsünden bahsedilebilir. Bu yorum ile hem organize yapılar yoluyla işlenen suçlarda dolaylı faillik kurumu tutarlı bir şekilde gerekçelendirilmiş hem de uygulama alanının sınırları belirlenmiş olmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel befasste sich mit der strafrechtlichen Verantwortung desjenigen, der die Herrschaft über organisierte Strukturen innehat, für den Erfolg der vom Täter begangenen Straftat, der, obwohl er diesen Strukturen angehört, die Tat unmittelbar ausführt, und mit der strafrechtstheoretischen und -philosophischen Begründung der möglichen strafrechtlichen Verantwortung. Die Theorie der Willensherrschaft durch Organisationsherrschaft, die als Sonderform der eigentlichen Tatherrschaft akzeptiert wird, die in der Rechtfertigung der Bestrafung desjenigen, der als mittelbarer Täter durch hierarchische und organisierte Strukturen für die Begehung einer Straftat sorgt, weit verbreitet ist, wurde kritisch beleuchtet.

Das Grundprinzip der Eigenverantwortung und die Annahme der Autonomie freier Individuen in ihrem Verhalten bestärkten den Gedanken, dass es sich bei dieser Theorie um einen pragmatischen und lösungsorientierten Ansatz handelt, der keine hinreichend befestigte philosophische Grundlage hat. Um den Willen des unmittelbaren Täters zu beherrschen, muss dieser einen Willensmangel aufweisen, und der mittelbare Täter muss diese Situation ausnutzen. Es wurde festgestellt, dass die Theorie der Organisationsherrschaft versucht, die maßgeblichen Kriterien für die Feststellung mittelbarer Täterschaft zu bestimmen, anstatt die normative Struktur eines Rechtsinstituts der mittelbaren Täterschaft zu etablieren, die bestimmten Voraussetzungen unterworfen sind.

Es muss jedoch akzeptiert werden, dass in organisierten Strukturen, in denen es strenge hierarchische Beziehungen gibt, in denen viele Menschen Befehlen unterworfen sind und somit die Verwirklichung des Erfolgs für die Person, die die organisierte Struktur kontrolliert, relativ einfach ist, dass das Unrecht, das von den Menschen im Hintergrund begangen wird, qualitativ und quantitativ anders und schwerwiegender ist als das Unrecht, das von irgendeinem Anstifter begangen wird. Deshalb ist näher zu untersuchen, warum die von den Personen im Hintergrund begangene Straftat einen Grund für mittelbar Täterschaft darstellen kann.

Diesbezüglich wurde als alternativer Ansatz vorgeschlagen, dass die Unrechtstheorien zur Rechtfertigung und Begründung der mittelbaren Täterschaft in diesen Fällen herangezogen werden können. Wenn man bei der

Rechtfertigung der Täterschaft und mittelbaren Täterschaft von der allgemein anerkannten Tatherrschaftslehre abweicht und das in der Literatur als eine der Unrechtstheorien akzeptierte Verständnis akzeptiert, das das strafrechtliche Unrecht durch die Schädigung des Anerkennungsverhältnisses zwischen freien Individuen aufgrund der Verletzung von Verhaltensnormen liest, kann man die mittelbare Täterschaft durch Herrschaft über organisierte Strukturen sachgerecht begründen.

In dieser Unrechtslehre wird das materielle Wesen des Rechtsverhältnisses zwischen Personen hervorgehoben und der strafrechtliche Unrechtsbegriff als Leugnung der im Rechtsverhältnis zwischen Personen erforderlichen gegenseitigen Einheit und Anerkennungsbeziehung durch den Täter angenommen. Wenn man dieses Verständnis auf die Lehre der Täterschaft sowie mittelbarer Täterschaft überträgt, kann man den begrifflichen Inhalt dieser Rechtsinstitute sachgemäß erfassen. Wenn von der Person im Hintergrund aufgrund ihres Rechtsverhältnisses zum Opfer besondere Pflichten verlangt werden können und die Befehle und Weisungen dieser Person an den unmittelbaren Täter eine Verletzung der sich aus diesem Verhältnis ergebenden Pflichten bedeuten, kann gesagt werden, dass diese Person im Hintergrund unmittelbar in den Bereich der Rechte des Opfers eingreift und dadurch die Autonomie des Opfers in seinem Willen und Handeln beeinträchtigt, und somit kann von mittelbarer Täterschaft gesprochen werden. Mit dieser Auslegung wird sowohl das Institut der mittelbaren Täterschaft bei Straftaten, die durch organisierte Strukturen begangen werden, kohärent begründet als auch die Grenzen des Anwendungsbereichs festgelegt.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Anm.	: Anmerkung
AT	: Allgemeiner Teil
Aufl.	: Auflage
Bd.	: Band
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungen des BGH in Strafsachen
Bkz.	: Bakınız
CHKD	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
DDR	: Deutsche Demokratische Republik
Dn.	: Dipnot
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
F.-C.	: Friedrich Christian
FS	: Festschrift
GA	: Goltdammer' Archiv für Strafrecht
HRRS	: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	: Herausgeber
ICC	: International Criminal Court
ICTR	: International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
JCE	: Joint criminal Enterprise
JR	: Juristische Rundschau
Jura	: Juristische Ausbildung
JA	: Juristischer Arbeitsblätter
JuS	: Juristische Schulung

LK- StGB	: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
m.	: madde
MK-StGB	: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
No.	: Numara
Nr.	: Nummer
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
para.	: paragraf
RGSt	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
s.	: sayfa
SJZ	: Süddeutsche Juristen-Zeitung
SK-StGB	: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	: Strafgesetzbuch
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
v.	: versus
vd.	: ve devamı
ZIS	: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStR	: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

KAYNAKÇA

- AMBOS, Kai: Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung, Berlin 2002.
- AMBOS, Kai: Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze, GA 1998, s. 226-245.
- AMBOS, Kai: Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht Europäisches Strafrecht- Rechtshilfe. 5. Aufl., C.H. Beck, 2018.
- AMBOS, Kai: Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori, ZIS 11/2009, s. 552-564.
- AMBOS, Kai: Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs, ZStW 111 (1999), s. 175-211
- ARENDT, Hannah: Eichmann in Jerusalem, Ein Bericht von der Banalität des Bösen, 4. Aufl., München 2009.
- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang/EISELE, Jörg: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Aufl., Bielefeld 2016.
- BLOY, René: Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1985.
- BLOY, René: Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, s. 424-442.
- BOSCH, Nikolaus: Organisationsverschulden in Unternehmen, 1. Aufl. Baden-Baden, 2002.
- BOTTKE, Wilfried: Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, Heidelberg 1992.

BOTTKE, Wilfrid: Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftsstrafrecht- de lege lata und de lege ferenda, Heft 4, JuS 2002, s. 320-324.

BURGHARDT, Boris/Geneuss, Julia: Der Präsident und sein Gericht, Die Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir, ZIS 4/2009, s. 126-142.

CRAMER, Peter: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 23. Aufl., München 1988.

ERDEM, Mustafa Ruhan: "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", CHKD 2/2014, s. 11-30.

FEUERBACH, Anselm Ritter: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 12. Aufl., 1836.

FREUND, Georg: Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York 2009.

GRECO, Luis: Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin 2009.

GRECO, Luis: Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip, ZIS 1/2011, s. 9-13.

GROPP, Walter: Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als „Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern?“, JuS 1996, s. 13-18.

GROPP, Walter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin / Heidelberg 2005.

HAAS, Volker: Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, Berlin 2002.

HAAS, Volker: Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119 (2007), s. 519-546.

HEFENDEHL, Roland: Tatherrschaft in Unternehmen vor kriminologischer Perspektive, GA 2004, s. 575-586.

HEINRICH, Bernd: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stuttgart 2016.

HEINRICH, Manfred: Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, in: Münchener Universitätsschriften, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin, Bd. 168, München 2002.

HERZBERG, Rolf Dietrich: Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums–BGHSt 35, 347 –, Jura 1990, s. 16-26.

HERZBERG, Rolf Dietrich: Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates, ZIS 11/2009, s. 576-580.

HERZBERG, Rolf Dietrich: Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, JuS 1974, s. 374-379.

HERZBERG, Rolf Dietrich: Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, hrsg. von Knut Amelung (Hrsg.), Sinzheim 2000.

HERZBERG, Rolf Dietrich: Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, München 1977.

HERZIG, Andreas: Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshof, ZIS 4/2013, s. 189-200.

HILLENKAMP, Thomas: 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 2012.

HOYER, Andreas: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I §§ 1-37 StGB, 8. Aufl., Köln 2013.

HRUSCHKA, Joachim: Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, ZStW 110 (1998), s. 581-610.

İSFEN Osman: “Yeni TCK’da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK M. 220/5)”, Hukuki Perspektifler Dergisi 2006/7, s. 53-61.

- İNCİ, Özen: "Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5' inci Maddesi' nin Anayasaya Aykırılığı", İzmir Barosu Dergisi, 2014, s. 10-33.
- JAKOBS, Günther: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.7.1994 -5 StR 98/94, NStZ 1995, s. 26 vd.
- JAKOBS, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin/New York 1991.
- JAKOBS, Günther: Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori, ZIS 11/2009, s. 572-575.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
- JOECKS, Wolfgang: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 §§ 1-37 StGB, 2. Aufl., München 2011.
- JUNG, Heike: Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrates der DDR für Tötungen an der DDR-Grenze, Heft 2, JuS 1995, s. 173-174.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- KOCH, Arnd: Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB, JuS 2008, s. 399-402, s. 496-499.
- KÖHLER, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1997.
- KOHLRAUSCH, Edward/LANGE, Richard: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen, nebst Nachtrag, 41. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin 1956.
- KRESS, Claus: Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht, GA 2006, s. 304-310.
- KREY, Volker/ESSER, Robert: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stuttgart 2016.
- KUTZNER, Lars: Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft, 2004.

- KÜHL, Kristian: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 2017.
- KÜPPER, Georg: Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, s. 519-529.
- LAMPE, Ernst- Joachim: Tätersysteme: Spuren und Strukturen, ZStW 119 (2007), s. 471-518.
- LANGNEFF, Katja: Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, Aachen, Shaker, 2000.
- MUNOZ CONDE, Francisco: Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen „nichtrechtsgelöster“ Organisationen, hrsg. von Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin und New York 2001, s. 609-624.
- MURMANN, Uwe: Tatherrschaft durch Weisungsmacht, GA 1996, s. 269-281.
- MURMANN, Uwe: Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft (§ 25 I 2. Alt. StGB), JA 2008, s. 321-326.
- MURMANN, Uwe: Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotsirrtum des Vordermannes, GA 1998, s. 78-88.
- NACK, Armin: Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe, GA 2006, s. 342-345.
- OTTO, Harro: Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin/New York, 2004.
- OTTO, Harro: Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, Jura 2001, s. 753-759.
- RADTKE, Henning: Mittelbare Täterschaft Kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht, GA 2006, s. 350. 356.
- RATH, Jürgen: Zur Unerheblichkeit des error in persona vel in objecto, Sinzheim 1996.

- RENZIKOWSKI, Joachim: Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997.
- RENZIKOWSKI, Joachim: Pflichten und Rechte – Rechtsverhältnis und Zurechnung, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2007, s. 423-439.
- ROGALL, Klaus: Bewältigung von Systemkriminalität, in: Claus Roxin/Gunter Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, München 2000, s. 383-438.
- ROTSCH, Thomas: Der ökonomische Täterbegriff, Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik, ZIS 7/2007, s. 260-265.
- ROTSCH, Thomas: Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, NStZ 1998, s. 491-495.
- ROTSCH, Thomas: Neues zur Organisationsherrschaft, NStZ 117, (2005), s. 13-18
- ROTSCH, Thomas: Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft? ZStW 112 (2000), s. 518-562.
- ROXIN, Claus: Bemerkungen zum Fujimori- Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru, ZIS 11/2009, s. 565-568.
- ROXIN, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 2003.
- ROXIN, Claus: Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, s. 193-207.
- ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Auflage, Berlin 2015.
- ROXIN, Claus: Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, ZIS, 7/2006, s. 293-300.
- ROXIN, Claus: Organisationsherrschaft als eigenständige Form der mittelbaren Täterschaft, ZStrR 125 (2007), s. 1-16.

ROXIN, Claus: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., Erster Band, De Gruyter Recht, Berlin 2003.

ROXIN, Claus: Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, in: Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, hrsg. von Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut Frister/Wolfram Reiß, Baden-Baden 1999, s. 549-561.

ROXIN, Claus: Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA 2012, s. 395-415.

ROXIN, Claus und GRECO, LUIS: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl. Band 1, München 2020.

RÜBENSTAHL, Markus: Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Unternehmen durch den BGH -zugleich Besprechung von BGH, Urt. vom 3.7.2003, HRRS 2003.

SATZGER, Helmut: Internationales und europäisches Strafrecht, Strafanwendungsrecht, europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht. 8. Aufl., 2018.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Auflage, Tübingen 1970.

SCHILD, Wolfgang: Täterschaft als Tatherrschaft, Berlin/New York 1994.

SCHUMANN, Heribert: Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986.

SCHÜNEMANN, Bernd: Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, ZIS 7/2006, s. 301-308.

SCHÜNEMANN, Bernd: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Erster Band, Berlin 2006.

SCHROEDER, Friedrich-Christian: Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis- Zugleich Besprechungsaufsatz zum Urteil des BGH vom 26. 7. 94 – 5 StR 98/94 -, JR 1995, s. 177-180.

SCHROEDER, Friedrich-Christian: Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Berlin 1965.

SCHROEDER, Friedrich-Christian: Tatbereitschaft gegen Fungibilität, ZIS 11/2009, s. 569-571.

SPENDEL, Günter: Der „Täter hinter dem Täter“- eine notwendige Rechtsfigur? Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, hrsg. von Günter Warda, Heribert Waider, Reinland von Hippel und Dieter Meurer, Berlin/New York 1976.

STEIN, Ulrich: Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin 1988.

TULAY, Muhammed Emre: Suç örgütü liderinin cezai sorumluluğuna ilişkin hukuki analiz ve öneriler (TCK m. 220/5), TAAD, Yıl: 11, Sayı: 38 (Nisan 2019), s. 89-106.

ÜZÜLMEZ, İlhan: Dolaylı Faillik (TCK 37/2), EÜHFD Cilt I, Sayı 2, 2006, s. 79-95.

WALTHER, Susanne: Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung: zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1991.

WELZEL, Hans: Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, Süddeutsche Juristen-Zeitung (SJZ), Bd. 2, Nr. 12, 1947.

WERLE, Gerhard / FLORIAN Jeßberger: Völkerstrafrecht. 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2016.

WERLE, Gerhard/ BURGHARDT, Boris: Die mittelbare Mittäterschaft-Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?, in: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, hrsg. Von Rene Bloy, Martin Böse, Thomas Hillenkamp, Carsten Momsen und Peter Rackow, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner/ SATZGER, Helmut: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 47. Auflage, Heidelberg 2013.

WOLFF, E. A.: Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Hassemer (Hrsg.) 1987.

VOGEL, Joachim: Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), s. 403-436.

ZACZYK, Rainer: Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate und der BGH, GA 2006, s. 411-415.