

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İŞLENEMEZ SUÇ

DOKTORA TEZİ

Büşra ERDEM

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

İstanbul, 2022

ÖNSÖZ

İşlenemez suçı incelediğimiz, doktora tezimizi teşkil etmesi sebebiyle ayrı bir önemi olan bu eserin meydana gelmesinde emeği geçen herkese teşekkürlerimi sunmak isterim. Tez danışmanım kıymetli hocam Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK başta olmak üzere çalışmamızın şekillenmesinde yol gösterici olan tez izleme komitesi üyeleri sayın hocalarım, Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU ve Prof. Dr. Pınar KARTAL'a ayrıca şükranlarımı sunarım.

Tez konumuzun belirlenmesi ve araştırmalarımda fikir ve destekleri için değerli hocam Doç. Dr. Ali Hakan EVİK'e, tez çalışması için kaynak araştırmak üzere Almanya, Heidelberg'de bulunduğu esnada Almanca kaynaklara erişmem konusunda yardımları için sevgili dostum Arş. Gör. Hilal YÜKSEL'e teşekkür ederim.

Son olarak, manevi desteği ile birlikte, çeviri ve son tashihlerde vermiş olduğu destek, görüş ve önerileri için sevgili eşim Doç. Dr. Nuri ERDEM'e, bu süreçte benim en büyük motivasyon kaynağım olan sevgili kızım Doğa ERDEM'e sevgi ve en iyi dileklerimi bildirmek isterim.

Büşra ERDEM

Caddebostan, 16.04.2022

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	viii
RÉSUMÉ	xi
ABSTRACT	xv
ÖZET	xxiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞLENEMEZ SUÇUN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. İŞLENEMEZ SUÇ KAVRAMI	5
A. Terminoloji.....	5
1. Terminoloji Açısından Türk Hukukundaki Durum	5
2. Diğer Bazı Ülke Kanunlarında İşlenemez Suç	7
3. Değerlendirme.....	9
B. Tanım	10
1. Genel Olarak	10
2. Doktrinde Yer Alan Tanımlar	12
3. Değerlendirme.....	15
C. Tarihsel Gelişimi	16
1. Anglo Amerikan Hukuku’nda İşlenemez Suçun Tarihçesi	16
2. Kıta Avrupası Hukuku’nda İşlenemez Suçun Tarihçesi	18

II. İŞLENEMEZ SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİNİN TESPİTİ

BAĞLAMINDA BENZER CEZA HUKUKU KAVRAMLARIYLA İLİŞKİSİ

..... 23

A. İşlenemez Suç – Hata İlişkisi	24
1. Genel olarak	24
2. Hata Türleri	25
a. Tipikliğin Maddi Unsurlarında Hata	26
b. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Hata	31
c. Kusurluluğu Azaltan veya Kaldıran Sebeplerde Hata	34
d. Yasak Hatası	35
e. Suçun Unsurları Dışında Kalan Hallerde Hata	39
i. Suçun Önşartları	39
ii. Objektif Cezalandırılabilme Şartları	40
iii. Şahsi Cezasızlık Sebepleri	41
3. Değerlendirme	42
B. İşlenemez Suç – Mefruz Suç İlişkisi	45
C. İşlenemez Suç – Teşebbüs İlişkisi	53
1. Genel Olarak	53
2. Teşebbüse Müsait Olmayan Suçlar Bakımından İşlenemez Suç	56
a. Olası Kast ve Taksirle İşlenen Suçlar	56
b. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar	61
c. Neticesi Harekete Bitişik Suçlar	64
d. Tehlike Suçları	65
e. İhmali Suçlar	66
f. Kalkışma Suçları (Tamamlanması Öne Alınmış Suçlar)	69
3. Suça Teşebbüsün Şartları Bakımından İşlenemez Suç	70
a. Suç İşleme Kastının Varlığı	70

b. Elverişli Hareketlerle Suçun İcrasına Doğrudan Doğruya Başlanması .	73
c. İcra Hareketlerinin Tamamlanmaması veya Neticenin Gerçekleşmemesi	77
D. Alman Ceza Hukukundaki Elverişsiz Teşebbüs Kavramı	82
III. İŞLENEMEZ SUÇUN SUÇ GENEL TEORİSİNDEKİ YERİ	90

İKİNCİ BÖLÜM

İŞLENEMEZ SUÇUN GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

VE İŞLENEMEZ SUÇ AÇISINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI HALLER

I. GENEL OLARAK	94
II. HAREKETİN ELVERİŞSİZLİĞİ SEBEBİYLE İŞLENEMEZ SUÇ	95
A. Kavram	95
B. Aracın (Vasıtanın) Elverişsizliği - Hareketin Elverişsizliği Kavramlarının Değerlendirilmesi	97
C. Elverişliliğin Tespiti	98
1. Genel Olarak	98
2. Elverişliliğin Belirlenmesine Yönelik İleri Sürülen Teoriler	100
a. Objektif Teori	100
i. Klasik Objektif Teori	100
ii. Yeni Objektif Teori (Tehlike Teorisi)	104
b. Sübjektif Teori	108
3. Türk Hukukundaki Görüşler ve Yargıtay'ın Yaklaşımı	111
D. Değerlendirme	118
III. SUÇUN KONUSUNUN YOKLUĞU SEBEBİYLE İŞLENEMEZ SUÇ	120
A. Suçun Konusu Kavramı	125
B. Yokluğun Tespiti	127

1. Mutlak – Nisbi Yokluk Ayrımı.....	127
2. Ex Ante – Ex Post Yokluk Ayrımı	130
C. Doktrindeki Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi	132
IV. İŞLENEMEZ SUÇTA ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI HALLER.....	142
A. Ajan Provokatörün (Kışkırtıcı - Tahrikçi Ajanın) Varlığının İşlenemez Suça Sebebiyet Verip Vermeyeceği Meselesi	143
1. Genel Olarak	143
2. Ajan Provokatörün İşlenemez Suça Etkisi.....	145
B. İşlenemez Suç Karşısında Meşru Savunmanın Mümkün Olup Olmayacağı Meselesi	152
1. Genel Olarak	152
2. Meşru Savunma ve İşlenemez Suç	153

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞLENEMEZ SUÇUN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ MESELESİ

I. CEZA KAVRAMI VE CEZANIN AMACI.....	156
A. Genel Olarak	156
1. Ceza Kavramı.....	158
2. Cezanın Amacı ve Cezanın Amacına İlişkin Teoriler	160
a. Genel Olarak	160
b. Cezanın Amacı.....	161
c. Cezanın Amacına İlişkin Teoriler	162
i. Mutlak Teori: Cezanın İntikam (Misilleme) ve Ödetme (Kefaret) Amacı.....	163
ii. Nisbi (Önleyici) Teori: Cezanın Önleme Amacı.....	166
(a). Özel Önleme Teorisi.....	168

(b). Genel Önleme Teorisi	170
iii. Karma Teori.....	173
iv. Değerlendirme	176
B. Türk Ceza Hukuku Doktrinine Göre Cezanın Amacı	177
II. İŞLENEMEZ SUÇUN CEZALANDIRILMASI PROBLEMİ	180
A. Genel Olarak	180
B. İşlenemez Suçun Cezalandırılabilirliğine İlişkin Teoriler	180
1. Objektif Teori.....	181
2. Sübjektif Teori	183
3. Düalist Teori	185
4. Etki Teorisi.....	187
C. Türk Hukukunda Durum	190
III. DEĞERLENDİRME.....	195
SONUÇ	205
KAYNAKÇA.....	215
ÖZGEÇMİŞ	225
TEZ ONAY SAYFASI.....	226

KISALTMALAR

A.g.e.	: Adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	: Article
AsCK	: Askeri Ceza Kanunu
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
B.	: Band
BayObLG	: Das Bayerische Oberste Landesgericht
bkz.	: Bakınız
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
C.	: Cilt
CAA	: Criminal Attempts Act
CD	: Ceza Dairesi
CK	: Ceza Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
eTCK	: eski Türk Ceza Kanunu
f.	: Fıkra
H.	: Heft
HRCD	: Human Rights Case Digest

Hrsg.	: Herausgeber
I.	: Issue
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
Jahrg.	: Jahrgang
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
KG	: Kammergericht
kn.	: Kenar Numarası
LG	: Landgericht
LK	: Leipziger Kommentar
m.	: Madde
N.	: Numara / Number
neubearb.	: Neubearbeitung
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NK	: Nomos Kommentar
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
Rn.	: Randnummer
RReg.St	: Revisionsregister in Strafsachen
RStGB	: Reichsstrafgesetzbuch
s.	: Sayfa / Seite
S.	: Sayı
Sec.	: Section
StR	: Strafe
StAT	: Strafrecht Allgemeiner Teil
StGB	: Strafgesetzbuch

StPO	: Strafprozessordnung
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
V.	: Volume
vd.	: Ve Devamı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
ZIS	: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	: Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

RÉSUMÉ

Les tentatives impossibles font référence à des situations dans lesquelles il est impossible que le résultat du crime se produise en raison de l'inconvénient de l'action de l'auteur ou de l'absence du sujet du crime. Il n'y a aucun article réglementant les tentatives impossibles dans le Code pénal turc. Pour cette raison, il n'est pas possible de punir les tentatives impossibles dans le droit pénal turc. En revanche, le sujet a trouvé sa place dans la doctrine et de nombreux avis ont été émis notamment sur le point de savoir si les tentatives impossibles devaient être punies ou non. Le sujet de notre thèse est l'inconvénient de l'acte, qui constitue les éléments des tentatives impossibles, comment déterminer l'absence du sujet du crime, et si les tentatives impossibles doivent être punies ou non.

Notre analyse a commencé par la détermination du cadre conceptuel du sujet des tentatives impossibles. Dans ce contexte, ce qui est évalué comme controversé dans la doctrine, comment le sujet doit être dénommé terminologiquement et la définition du concept sont donnés. Dans ce sens, la façon dont le sujet est dénommé terminologiquement en droit comparé et le contenu définitionnel du concept sont discutés ainsi que le développement historique du sujet. Afin de souligner le cadre conceptuel des tentatives impossibles, sa relation avec des concepts similaires de droit pénal est expliquée dans le contexte de la détermination de la nature juridique de l'institution. Les questions d'erreur, de crime putatif et de tentative, qui sont étroitement liées aux tentatives impossibles, ont été évaluées en détail et surtout dans le cadre de leur relation avec les tentatives impossibles. En outre, sous ce titre, dans le cadre de la doctrine pénale allemande que nous avons utilisée tout au long de notre étude, la tentative inappropriée, qui contient la disposition du Code pénal allemand, dans laquelle la tentative est réglementée comme une tentative appropriée et inappropriée, et qui est assez similaire au concept de tentatives impossibles, est également inclus dans le contexte de sa relation avec les tentatives impossibles. A la fin de la première partie de notre étude, dans laquelle nous avons inclus le cadre conceptuel des tentatives impossibles, il a été expliqué où devait se situer la place des tentatives impossibles dans la théorie générale du droit pénal.

Il est possible de dire que le deuxième chapitre de notre étude se compose de deux parties. Le sujet dans la première partie du deuxième chapitre, nous décrivons

comme les éléments des tentatives impossibles, l'inopportunité de l'acte et l'absence du sujet du crime, les théories avancées pour leur détermination, dans la loi turque et la doctrine du droit allemand est incluse. Dans la deuxième partie de ce chapitre, la question de savoir si la présence d'un agent provocateur, qui a des caractéristiques en termes de tentatives impossibles, causera des tentatives impossibles et s'il sera possible d'alléguer une légitime défense contre des tentatives impossibles est discutée. Des théories objectives et subjectives ont été avancées concernant la détermination de l'inconvénient de l'acte comme l'un des éléments des tentatives impossibles. La théorie objective a été étudiée sous deux rubriques : la théorie objective classique et la nouvelle théorie objective, également connue sous le nom de théorie du risque. Les théories objectives se concentrent essentiellement sur le risque posé à la valeur juridique protégée par le crime. Selon la théorie objective classique, qui est l'une des plus anciennes variantes des théories objectives et est basée sur *Feuerbach*, l'éligibilité signifie que l'action de l'auteur est approprié à causer le résultat du préjudice ou danger inclus dans la définition juridique du crime. La théorie objective classique, qui fait cette évaluation de manière abstraite absolue et relative, a été critiquée à cet égard, et une nouvelle théorie objective a été formulée afin d'éliminer les déficiences de cette théorie et de s'opposer à la théorie subjective, qui est également défendu par la cour impériale allemande et est devenu de plus en plus importante. Avec cette théorie, également connue sous le nom de théorie du risque concret, il a été avancé que cette possibilité devait être évaluée *ex ante*, contrairement à la théorie objective classique, qui évalue la possibilité de préjudice ou de danger pour la valeur juridique protégée par le crime comme *ex poste*.

Après avoir expliqué les réflexions en droit turc concernant la détermination de l'éligibilité et l'approche de la Cour suprême sur cette question, nous avons inclus notre opinion sur la détermination de l'éligibilité dans la section d'évaluation. Selon la théorie du risque concret, à laquelle nous souscrivons également, l'évaluation de la faisabilité de l'acte devrait se faire *ex ante*. Dès lors, il conviendrait d'évaluer l'évolution de l'acte et les situations qui peuvent être apprises par la suite (car une impossibilité qui survient après une évaluation *ex post* peut donner lieu à une tentative de crime) et objectivement, en tenant compte des caractéristiques de l'événement concret. Dans ce cadre, nous pensons qu'il serait correct de déterminer si le résultat est adapté à l'événement ou non, selon les expériences de la personne moyenne et selon la théorie appelée « *la loi des grands nombres* », selon l'ordinaire cours de la vie,

statistiquement et surtout dans les situations probables et compte tenu de la connaissance privée de l'auteur de l'événement concret.

Par la suite, la tentative impossible en raison de l'absence du sujet du crime, a été discutée. En guise d'introduction au sujet, tout d'abord, ce que l'on entend par le sujet du crime est expliqué. En se référant à la distinction entre l'objet matériel et juridique du crime, qui est importante pour déterminer l'absence de l'objet du crime. Il est dit que ce que nous voulons exprimer avec le sujet du crime n'est pas le sujet juridique du crime au sens de la valeur juridique protégée par le crime ; ce que l'on entend par sujet du crime, c'est le sujet matériel du crime en tant que personne ou chose sur laquelle l'action a lieu. L'absence *absolue - relative et la distinction ex ante - ex post* sont utilisées pour déterminer l'absence du sujet du crime. Enfin, notre avis a été avancé par l'évaluation dans la doctrine et l'évaluation de ces points de vue.

En tant que sujet de la deuxième partie, il sera discuté de manière générale, si la présence de l'agent provocateur provoquera ou non les tentatives impossibles, ce qui est l'une des situations particulières de la deuxième partie. Ensuite, dans notre étude, plus précisément, l'effet de l'agent provocateur sur le crime non commis a été discuté. Immédiatement après, comme deuxième situation, caractéristique des tentatives impossibles, la question de savoir s'il sera possible de se défendre légalement contre des tentatives impossibles a été discutée.

Nous pensons que peut-être l'un des points les plus importants de notre thèse est la question de la punissabilité des tentatives impossibles. Le concept de punition, qui est l'une des questions fondamentales du droit pénal, et le but de la punition sont également très importants pour notre sujet. Pour cette raison, notre troisième chapitre, dans lequel la question de la punissabilité des tentatives impossibles est examinée, commencent par le concept de punition et les théories avancées pour expliquer le but de la punition.

D'hier à aujourd'hui, de nombreux points de vue ont été avancés concernant le but de la punition. Il est possible de classer ces points de vue en théories de la punition absolue, théories de la punition relative et théories combinées. Les théories de la punition absolue, défendues par les célèbres philosophes *Kant* et *Hegel*, ont été façonnées par l'idée que la punition a pour but la vengeance et la pénitence. D'autre part, les théories de la punition relative contiennent des opinions selon lesquelles la punition est orientée vers l'avenir et que la punition devrait être infligée afin de

prévenir le crime. Les théories de la punition relative sont divisées en deux points de vue en tant que théories de prévention spéciale et de prévention générale concernant la punition orientée vers l'avenir. Selon la théorie de la prévention spéciale, le répondant de la punition est l'auteur. Selon *von Liszt*, l'un des représentants de la théorie de la prévention spéciale, la punition devrait avant tout empêcher l'auteur de récidiver et d'être inclus dans le système de justice pénale. Selon la théorie générale de la prévention, qui est une autre théorie relative, la cible de la punition est la société. Selon la théorie, il vise à refléter l'effet psychologique du crime sur la société en punissant la personne qui a commis le crime. Ainsi, il vise à dissuader les auteurs potentiels de crimes dans la société. Cet aspect de la prévention générale, connu sous le nom de doctrine de dissuasion, a été regroupé sous le sous-titre de prévention générale négative. D'autre part, dans la prévention générale positive, elle vise à créer un effet positif sur la société en punissant l'auteur, à établir la confiance dans la validité et l'applicabilité de l'ordre juridique dans la société, et ainsi à renforcer la conformité des individus avec la loi. La théorie combinée a émergé afin d'éviter les faiblesses des deux théories face aux inconvénients de l'approche de justice stricte et pure des théories absolues et de la disproportion des théories relatives dans la punition. Selon la théorie combinée, qui est généralement acceptée aujourd'hui dans le droit pénal moderne, on soutient qu'en suivant une méthode unificatrice, la peine devrait à la fois avoir un but de pénitence et que le but de réhabiliter l'auteur devrait être poursuivi en même temps que l'effet préventif de la punition. En effet, il est possible de dire que le but de la peine dans le Code pénal turc va dans ce sens.

Dans notre étude, après avoir donné lieu aux théories expliquant le but de la punition, les théories sur la façon de résoudre le problème de punir les tentatives impossibles sont incluses. Selon la théorie objective, qui a été fondée par *Romagnosi* en Italie et développée par *Feuerbach*, *Mittermainer*, *Rossi*, *Carrara*, *Carmignani* et *Ortolan*, les tentatives impossibles ne doivent pas être punies. Dans le cas de tentatives impossibles, qui par le résultat est impossible, seule l'intention de l'auteur de commettre un crime n'est pas considérée comme suffisante pour que l'auteur soit puni. D'autre part, selon le défenseur de la théorie subjective, juge de la Cour impériale allemande *Maximilian von Buri*, le facteur déterminant dans la punition de l'auteur de tentatives impossibles est que l'auteur est enclin à commettre plus de crimes parce qu'il montre l'intention commettre un crime. Selon ce point de vue, il suffit que l'auteur reflète son intention contre cet ordre au monde extérieur par ses actions, plutôt que le

fait que la valeur juridique protégée par l'ordre juridique est objectivement menacée afin de punir les tentatives impossibles. *Schmidhäuser*, qui a adopté la philosophie dualiste dans la doctrine allemande, et *Alwart*, qui l'a suivi, ont exprimé l'opinion que des tentatives impossibles peuvent être punies en présence d'intention directe ou si l'action de l'auteur met le sujet du crime en danger concret. Selon *Schmidhäuser*, les tentatives impossibles ne devraient pas être punies si l'action de l'auteur est impropre à causer un danger concret *ex post*. La théorie de l'impact proposée par *Mezger*, vue comme une modification de la théorie subjective et formant l'opinion dominante dans la doctrine allemande, se fonde également sur la dangerosité de l'auteur ; cependant, la théorie détermine cette dangerosité non pas en fonction de l'événement concret, mais en fonction de l'effet du mouvement sur la société. Ainsi, il a été défendu par les partisans de la théorie selon laquelle, que l'action de l'auteur soit apte ou non à produire le résultat, les tentatives impossibles doivent être punies parce que l'auteur a révélé son intention de commettre un crime.

Il existe de nombreuses opinions différentes dans le droit turc sur la question de savoir si les tentatives impossibles doivent être punies ou non. Le point commun de ces vues est la nécessité de faire place aux tentatives impossibles dans le statut, que les tentatives impossibles soient punies ou non. Cependant, on peut dire que la vision dominante en droit turc est de punir l'auteur et/ou d'appliquer une mesure de sécurité en cas de tentative impossible. A la fin du troisième chapitre de notre travail, il y a la partie de l'évaluation de notre avis si les tentatives impossibles doivent être sanctionnées ou non. Dans cette partie d'évaluation, où nous avons composé des opinions sur le sujet, nous avons déclaré que justifier la punition des tentatives impossibles en se basant uniquement sur l'intention de l'auteur signifierait la punition de la pensée, et cela entraînerait des conséquences inacceptables en termes de droits et libertés. D'autre part, se fonder sur la théorie objective conduit à éliminer le fait que l'auteur, qui agit sans savoir que l'action n'est pas apte à produire le résultat en raison de l'absence du sujet du crime ou de l'inadéquation de son action, a mis sa pensée vers la commission du crime en action en révélant son intention de commettre un crime, et donc l'auteur est dangereux. Pour cette raison, la réponse que nous donnerons à la question de savoir si le crime non commis doit être puni est qu'il n'est pas possible de punir objectivement l'auteur du crime non commis. D'autre part, puisque l'auteur a démontré sa dangerosité par les actes qu'il a posés en manifestant la volonté de commettre un crime, notre proposition renonce au but de l'expiation et met l'accent sur le caractère préventif et

curatif des mesures de sécurité, conformément à la de l'avis de la majorité dans la doctrine turque, d'inclure le crime non commis dans la loi et au juge et à l'auteur. Elle est d'avis qu'il conviendrait d'accorder un pouvoir discrétionnaire quant à la mise en œuvre des mesures de sécurité.



ABSTRACT

Impossible attempts refer to situations in which it is impossible for the result of the crime to occur due to the inconvenience of the perpetrator's action or the absence of the subject of the crime. There is no article regulating impossible attempts in the Turkish Penal Code. For that reason, it is not possible to punish the impossible attempts in Turkish criminal law. On the other hand, the subject has found its place in the doctrine and many opinions have been put forward especially on whether the impossible attempts should be punished or not. The subject of our thesis is the inconvenience of the act, which constitutes the elements of the impossible attempts, how to determine the absence of the subject of the crime, and whether the impossible attempts should be punished or not.

Our analysis started with the determination of the conceptual framework of the subject of impossible attempts. In this context, what is evaluated as controversial in the doctrine, how the subject should be denominated terminologically, and the definition of the concept are given. In this direction, how the subject is terminologically denominated in comparative law and the definitional content of the concept are discussed together with the historical development of the subject. In order to remark the conceptual framework of the impossible attempts, its relationship with similar criminal law concepts is explained in the context of determining the legal nature of the institution. The issues of mistake, putative crime and attempt, which are closely related to the impossible attempts, have been evaluated in detail and especially within the framework of their relationship with the impossible attempts. In addition, under this title, within the framework of German criminal law doctrine that we have used throughout our study, the inappropriate attempt, which contains the provision in the German Penal Code, in which the attempt is regulated as an appropriate and inappropriate attempt, and which is quite similar to the concept of impossible attempts, is also included in the context of its relationship with the impossible attempts. At the end of the first part of our study, in which we included the conceptual framework of the impossible attempts, it was explained where the place of the impossible attempts should be in the general theory of Criminal Law.

It is possible to say that the second chapter of our study consists of two parts. The subject in the first part of the second chapter, we describe as the elements of the impossible attempts, the inopportuneness of the act and the absence of the subject of

the crime, the theories put forward for their determination, in the Turkish law and the German law doctrine are included. In the second part of this chapter, the issue of whether the presence of an agent provocateur, which has characteristics in terms of impossible attempts, will cause impossible attempts and whether it will be possible to allege a self-defense defend against impossible attempts are discussed. Objective and subjective theories have been put forward regarding the determination of the inconvenience of the act as one of the elements of the impossible attempts. Objective theory has been studied under two headings as classical objective theory and new objective theory, also known as risk theory. The focus of objective theories is basically the risk posed to the legal value protected by crime. According to the classical objective theory, which is one of the oldest variants of the objective theories and is based on *Feuerbach*, eligibility means that the perpetrator's action is suitable for causing the harm or danger result included in the legal definition of the crime. The classical objective theory, which makes this evaluation in an absolute and relative abstract way, has been criticized in this respect, and a new objective theory has been formulated in order to eliminate the deficiencies of this theory and to oppose the subjective theory, which is also defended by the German Imperial Court and has become more and more important. With this theory, also known as the concrete risk theory, it has been argued that this possibility should be evaluated *ex ante*, unlike the classical objective theory, which evaluates the possibility of damage or danger to the legal value protected by crime as *ex post*.

After explaining the thoughts in Turkish law regarding the determination of eligibility and the approach of the Supreme Court on this issue, we have included our opinion on the determination of eligibility in the evaluation section. According to the concrete risk theory, that we also agree with, the evaluation of the feasibility of the act should be done *ex ante*. Accordingly, it would be appropriate to evaluate the development of the act and the situations that can be learned afterwards (because an impossibility that occurs after an *ex post* evaluation may give rise to an attempt to commit a crime) and objectively, taking into account the characteristics of the concrete event. In this context, we believe, it would be right to determine whether the outcome is suitable for the occurrence or not, according to the experiences of the average person and according to the theory called “*the law of large numbers*”, according to the ordinary course of life, statistically and mostly within the probable situations and considering the perpetrator's private knowledge of the concrete event.

Subsequently, impossible attempt due to the absence of the subject of the crime, was discussed. As an introduction to the topic, that is meant by the subject of the crime is explained. By referring to the distinction between the material and the legal subject of the crime, which is important in determining the absence of the subject of the crime. It is stated what we want to express with the subject of the crime is not the legal subject of the crime in the sense of the legal value protected by the crime; what is meant by the subject of the crime is the material subject of the crime as a person or thing on which the action takes place. Then, *Absolute - relative* absence and *ex ante - ex post* distinction is used to determine the absence of the subject of the crime. Finally, our opinion has been put forward by evaluating in the doctrine and the evaluation of these views.

In the second part, it will be discussed in a general manner, whether the presence of the agent provocateur will cause the impossible attempts or not. Then, in our study, specifically, the effect of the agent provocateur on the uncommitted crime was discussed. Immediately after, as a second situation, which is characteristic of impossible attempts, the issue of whether it will be possible to legally defend against impossible attempts has been discussed.

We believe one of the most important points of our thesis is the issue of the punishability of the impossible attempts. Since the concept of punishment is one of the basic questions of criminal law, and the purpose of punishment is also very important for our subject, the third chapter examines the issue of the punishability of the impossible attempts. It begins with the concept of punishment and the theories put forward to explain the purpose of punishment.

From past to present, many views have been proposed regarding the purpose of punishment. It is possible to classify these views as absolute punishment theories, relative punishment theories and combined theories. Absolute punishment theories, upheld by the famous philosophers *Kant* and *Hegel*, were shaped by the idea that punishment has the purpose of revenge and penance. On the other hand, relative punishment theories contain opinions that the punishment is future-oriented and that punishment should be given in order to prevent crime. The relative punishment theories are divided into two views, which are special prevention and general prevention theories, regarding the future-oriented punishment. According to the special prevention theory, the respondent of the punishment is the perpetrator. As *von*

Liszt, one of the representatives of the special prevention theory, said, punishment should first prevent the perpetrator from re-offending and being included in the criminal justice system. As stated in the general prevention theory, which is another relative theory, the target of punishment is society. In line with the theory, it is aimed to reflect the psychological effect of the crime on the society by punishing the person who committed the crime. Thus, it is aimed to deter potential perpetrators of crime in the society. This aspect of general prevention, known as the doctrine of deterrence, has been included under the sub-title of negative general prevention. On the other hand, in positive general prevention, it is aimed to create a positive effect on the society by punishing the perpetrator, to establish confidence in the validity and applicability of the legal order in the society, and in turn, strengthen the compliance of individuals with the law. The combined theory has emerged to avoid the weaknesses of both theories in the face of the inconveniences of the strict and pure justice approach of the absolute theories and the disproportionateness of the relative theories in punishment. The combined theory, which is mostly accepted today in modern criminal law, argues that by following a unifying method, the punishment should both have the purpose of penance and that the purpose of rehabilitating the perpetrator should be pursued together with the preventive effect of the punishment. As a matter of fact, it is possible to say that the purpose of punishment in the Turkish Penal Code is shaped in this direction.

In our study, after giving place to the theories explaining the purpose of punishment, theories about how to solve the problem of punishing the impossible attempts are included. According to the objective theory, which have been founded by *Romagnosi* in Italy and developed by *Feuerbach*, *Mittermainer*, *Rossi*, *Carrara*, *Carmignani* and *Ortolan*, the impossible attempts should not be punished. In the case of impossible attempts, only the perpetrator's intent to commit a crime is not considered sufficient for the perpetrator to be punished. On the other hand, according to the defender of the subjective theory, judge of the German Imperial Court *Maximilian von Buri*, the determining factor in the punishment of the perpetrator of impossible attempts that the perpetrator is prone to commit more crimes because he shows the intent to commit a crime. Conforming to this view, it is enough for the perpetrator to reflect his intent against this order to the outside world with his actions, rather than the fact that the legal value protected by the legal order is objectively endangered in order to punish the impossible attempts. *Schmidhäuser*, who adopted

the dualist philosophy in German doctrine, and *Alwart*, who followed him, expressed the opinion that impossible attempts can be punished in the presence of direct intent or if the perpetrator's action puts the subject of the crime in concrete danger. As stated by *Schmidhäuser*, impossible attempts should not be punished if the perpetrator's action is unfit to cause concrete danger *ex post*. The theory of impact, presented by *Mezger*, is seen as a modification of the subjective theory and forming the dominant view in German doctrine. It is also based on the dangerousness of the perpetrator. However, the theory determines this dangerousness not in terms of the concrete event, but in proportion to the effect of the movement on society. Thus, it has been defended by the supporters of the theory that whether the action of the perpetrator is suitable for producing the result or not, the impossible attempts should be punished because the perpetrator has revealed his intent to commit a crime.

There are many different opinions in Turkish law on whether the impossible attempts should be punished or not. The common point of these views is the necessity of giving place to these attempts in the statute, regardless of whether they should be punished or not. However, it can be said that the dominant view in Turkish law is to punish the perpetrator and/or apply a security measure in case of impossible attempts.

The third chapter concludes with our opinion about whether the impossible attempts should be punished or not. In this evaluation part, we stated that justifying the punishment of the impossible attempts based only on the intent of the perpetrator would bring some unacceptable consequences in terms of fundamental rights and freedoms. On the other hand, taking the objective theory as a basis leads to the elimination of the fact that the perpetrator, who acts without knowing that the action is not suitable for producing the result due to the absence of the subject of the crime or the inappropriateness of his action, has put his thought towards committing the crime into action by revealing his intent to commit a crime. Therefore, the perpetrator is dangerous. For this reason, the answer we will give to the question of whether the impossible attempts should be punished is that it is not possible to objectively punish the perpetrator of the impossible attempts. On the other hand, since the perpetrator has shown his dangerousness with the actions he has taken by showing the will to commit a crime, our proposal by renounced the purpose of expiation and emphasizing the preventive and remedial feature of security measures, in accordance with the opinion of the majority in Turkish doctrine, to include the uncommitted crime in the law and

to the judge and the perpetrator. It is in the view that it would be appropriate to grant discretionary power regarding the implementation of security measures.



ÖZET

İşlenemez suç, failin hareketinin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle suç neticesinin meydana gelmesinin imkansız olduğu durumları ifade eder. Türk Ceza Kanununda işlenemez suç düzenlenmemiştir. Bu nedenle Türk hukukunda işlenemez suçun cezalandırılması mümkün değildir. Buna karşılık doktrinde konu kendine yer bulmuş ve özellikle işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması gerektiği hususunda pek çok görüş ortaya konulmuştur. İşlenemez suçun görünüş şekillerini oluşturan hareketin elverişsizliği ve suçun konusunun yokluğunun ne şekilde tespit edileceği ile işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması gerektiği meselesi tezimizin konusunu oluşturmaktadır.

Çalışmamıza ilk olarak işlenemez suç konusunun kavramsal çerçevesinin belirlenmesi ile başlanmıştır. Bu çerçevede doktrinde tartışmalı olarak görülen, konunun terminolojik olarak ne şekilde adlandırılması gerektiği meselesine ve devamında kavramın tanımına yer verilmiştir. Bu doğrultuda konunun terminolojik olarak karşılaştırmalı hukukta ne şekilde adlandırıldığı ve kavramın tanımsal olarak içeriği de, konunun tarihsel gelişimiyle birlikte ele alınmıştır. Çalışmamızda, işlenemez suçun kavramsal çerçevesini belirleyebilmek için, kurumun hukuki niteliğinin tespiti bağlamında benzer ceza hukuku kavramlarıyla ilişkisi de açıklanmıştır. Bu noktada, işlenemez suç ile yakından ilişkisi olan hata, mefruz suç ve teşebbüs konuları detaylı olarak ve özellikle işlenemez suç ile olan ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu başlık altında ayrıca çalışmamızın bütününde yararlandığımız Alman ceza hukuku doktrininde ileri sürülen görüşler çerçevesinde, teşebbüsün elverişli ve elverişsiz teşebbüs olarak düzenlendiği Alman Ceza Kanununda hüküm ihtiva eden ve işlenemez suç kavramı ile oldukça benzerlik taşıyan elverişsiz teşebbüs bahsine de çalışmamızda işlenemez suç ile ilişkisi yönünden yer verilmiştir. İşlenemez suçun kavramsal çerçevesinde yer verdiğimiz çalışmamızın birinci bölümünün sonunda işlenemez suçun, suç genel teorisi içerisinde incelenmesi gerekeceği de izah edilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünün konu olarak iki kısımdan oluştuğunu söylemek mümkündür. İkinci bölümün konu olarak ilk kısımda işlenemez görünüş şekilleri olarak nitelendirdiğimiz, hareketin elverişsizliği ve suçun konusunun yokluğu hallerinin ortaya çıkış şekilleri ve bunların belirlenmesine yönelik öne sürülen teoriler,

Türk ve Alman hukuku doktrinde yer alan görüşler yer almaktadır. İkinci kısımda ise, işlenemez suç açısından özellik arz eden ajan provokatörün varlığının işlenemez suça sebebiyet verip vermeyeceği ve işlenemez suç karşısında meşru savunmanın mümkün olup olmayacağı meseleleri ele alınmıştır.

Doktrinde işlenemez suçun görünüş şekillerinden birisi olarak hareketin elverişsizliğinin tespitine ilişkin objektif ve sübjektif teoriler ileri sürülmüştür. Objektif teori, klasik objektif teori ve tehlike teorisi olarak da anılan yeni objektif teori olarak iki başlık altında incelenmiştir. Objektif teorilerin odak noktası temel olarak, suç ile korunan hukuki değer üzerinde yaratılan tehliktir. Objektif teorilerin en eski varyantlarından birini oluşturan ve temeli *Feuerbach*'a dayanan klasik objektif teoriye göre elverişlilik, failin hareketinin suçun kanuni tanımında yer alan zarar veya tehlike neticesini meydana getirmeye elverişli olmasını ifade eder. Bu değerlendirmeyi mutlak ve nisbi olarak soyut şekilde yapan klasik objektif teori bu yönüyle eleştirilmiş ve bu teorinin eksikliklerini gidermek ve Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından da savunulan ve giderek daha önemli hale gelen sübjektif teoriye de karşı çıkmak amacıyla yeni objektif teori formülize edilmiştir. Somut tehlike teorisi olarak da anılan bu teori ile, suç ile korunan hukuki değer zarar veya tehlikeye uğrama ihtimalini *ex post* olarak değerlendiren klasik objektif teorinin aksine bu ihtimali *ex ante* olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Elverişliliğin tespiti hususunda Türk hukukunda yer alan görüşler ile Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımını açıkladıktan sonra elverişliliğin tespiti hususundaki görüşümüze değerlendirme kısmında yer vermiş bulunmaktayız. Bizim de katıldığımız görüş olan somut tehlike teorisine göre, hareketin elverişliliği değerlendirmesinin *ex ante* olarak yapılması gerekir. Buna göre, hareketin gelişmesi ve sonrasında öğrenilebilecek durumlar nazara alınmadan (zira *ex post* bir değerlendirme ile hareketten sonra ortaya çıkan bir imkansızlık suça teşebbüse mahal verebilecektir) ve objektif bir biçimde somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması yerinde olacaktır. Bu çerçevede ortalama bir insanın deneyimlerine ve “büyük sayılar yasası” olarak adlandırılan teori uyarınca hayatın olağan akışına göre, istatistiksel olarak ve çoğunlukla gerçekleşmesi muhtemel durumlar dahilinde ve failin somut olaya ilişkin özel bilgisi de ele alınarak, neticenin meydana gelmeye uygun olup olmadığının tespit edilmesinin doğru olacağı kanaatindeyiz.

Akabinde suçun konusunun yokluğu sebebiyle işlenemez suç konusuna geçilmiştir. Konuya giriş olarak öncelikle suçun konusu ile neyin kastedildiği açıklanmıştır. Suçun konusunun yokluğunun belirlenmesinde önem taşıyan suçun maddi ve hukuki konusu ayırımına değinilerek, suçun konusu ile ifade etmek istediğimizin suç ile korunan hukuki değer anlamında suçun hukuki konusu olmadığı; suçun konusu ile kastedilenin hareketin üzerinde gerçekleştiği insan veya şey olarak suçun maddi konusu olduğu belirtilmiştir. Suçun konusunun yokluğunun tespiti hususunda *mutlak - nisbi yokluk* ayrımı ile *ex ante - ex post* ayırımına yer verilmiştir. Nihayetinde doktrinde yer alan görüşler ve bu görüşlerin değerlendirilmesi suretiyle görüşümüz ortaya konulmuştur.

İkinci bölümün konu olarak ikinci kısmını oluşturan işlenemez suçta özellik arz eden hallerden, ajan provokatörün varlığının işlenemez suçta sebebiyet verip vermeyeceği meselesi hususuna genel olarak yer verildikten sonra çalışmamızda, spesifik olarak ajan provokatörün işlenemez suçta etkisi ele alınmıştır. Hemen ardından işlenemez suçta özellik arz eden ikinci bir hal olarak, işlenemez suç karşısında meşru savunmanın mümkün olup olmayacağı meselesine yer verilmiştir.

Sanıyoruz ki, tezimizin belki de en önemli noktalarından birini işlenemez suçun cezalandırılabilirliği meselesi oluşturmaktadır. Ceza hukukunun da temel sorularından birini oluşturan ceza kavramı ve cezanın amacı, konumuz açısından da oldukça önem arz etmektedir. Bu nedenle işlenemez suçun cezalandırılabilirliği meselesinin irdelendiği üçüncü bölümümüz, ceza kavramı ve cezanın amacını açıklamaya yönelik ileri sürülen teoriler ile başlamaktadır.

Cezanın amacına ilişkin geçmişten günümüze pek çok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşleri, mutlak ceza teorileri, nisbi ceza teorileri ve karma teoriler olarak sınıflandırmak mümkündür. Ünlü filozoflar *Kant* ve *Hegel*'in savunucuları olduğu mutlak ceza teorileri cezanın intikam ve kefaret amacı taşıdığı düşüncesiyle şekillenmiştir. Buna karşılık, nisbi ceza teorileri cezanın geleceğe yönelik olduğuna ve suç işlenmesinin önlenmesi için ceza verilmesi gerektiğine ilişkin görüşler içermektedir. Cezanın geleceğe yönelik olması hususunda nisbi ceza teorileri kendi içerisinde özel önleme ve genel önleme teorileri olarak iki görüşe ayrılmıştır. Özel önleme teorisine göre cezanın muhatabı faildir. Özel önleme teorisinin temsilcilerinden *von Liszt*'e göre ceza, her şeyden önce failin yeniden suç işleyerek ceza adalet sistemine dahil olmasını önlemelidir. Nisbi teorilerden bir diğeri olan genel

önleme teorisine göre ise cezanın muhatabı toplumdur. Teoriye göre, suç işleyen kişiye ceza verilerek bunun psikolojik etkisinin topluma yansıtılması hedeflenmektedir. Böylelikle toplumdaki potansiyel suç faillerini caydırmak amaçlanmaktadır. Caydırıcılık doktrini olarak anılan, genel önlemenin bu görünümüne negatif genel önleme alt başlığı altında yer vermiştir. Buna karşılık pozitif genel önlemede ise, suç işleyen kişiye ceza verilmesi suretiyle toplum nezdinde pozitif bir etki uyandırarak, toplumda hukuk düzeninin geçerliliğine ve uygulanabilirliğine olan güveni tesis etmek ve dolayısıyla bireylerin yasalarla uyumunu güçlendirmek hedeflenmektedir. Mutlak teorilerin katı ve salt adaleti sağlamaya yönelik tutumunun sakıncaları ile nisbi teorilerin cezada orantısızlığı karşısında her iki teorinin zayıf yönlerinden kaçınmak üzere karma teori ortaya çıkmıştır. Modern ceza hukukunda bugün çoğunlukla kabul gören karma teoriye göre, birleştirici bir yöntem izlenmek suretiyle cezanın hem kefaret amacı taşıması gerektiği hem de cezanın önleyici etkisi ile birlikte failin ıslah edilmesi amacının da güdülmesi gerektiği savunulmaktadır. Nitekim Türk Ceza Kanununda cezanın amacının da bu yönde şekillendiğini söylemek mümkündür.

Çalışmamızda cezanın amacını açıklayan teorilere yer verdikten sonra işlenemez suçun cezalandırılması probleminin ne şekilde çözümlenmesi gerektiğine ilişkin teorilere yer verilmiştir. İtalya'da *Romagnosi* tarafından kurulduğu düşünülen ve *Feuerbach*, *Mittermainer*, *Rossi*, *Carrara*, *Carmignani* ve *Ortolan* tarafından geliştirilen objektif teoriye göre işlenemez suç, cezalandırılmamalıdır. Neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu işlenemez suç halinde, yalnızca failin suç işleme iradesini göstermesi, failin cezalandırılması için yeterli görülmemektedir. Buna karşılık sübjektif teorinin savunucusu, Alman İmparatorluk Mahkemesi yargıcı *Maximilian von Buri*'ye göre, işlenemez suç failinin cezalandırılmasında belirleyici olan faktör, failin suç işleme iradesini göstermesi nedeniyle daha fazla suç işlemeye yatkın olmasıdır. Bu görüşe göre işlenemez suçun cezalandırılması için hukuk düzeni tarafından korunan hukuki değerin objektif olarak tehlikeye girmiş olmasından ziyade, failin bu düzene karşı olan iradesini hareketleri ile dış dünyaya yansıtmış olması yeterli görülmektedir. Alman doktrininde düalist felsefeyi benimseyen *Schmidhäuser* ve onu takip eden *Alwart* ise, işlenemez suçun doğrudan kastın varlığı halinde yahut failin hareketinin suçun konusunu somut tehlike altına sokması halinde cezalandırılabilirliği görüşünü dile getirmiştir. *Schmidhäuser*'a göre, failin hareketi *ex post* olarak somut tehlike meydana getirmeye elverişsiz ise işlenemez suç cezalandırılmamalıdır. *Mezger* tarafından ileri sürülen, sübjektif teorinin modifikasyonu olarak görülen ve Alman

doktrinde hakim görüşü oluşturan etki teorisi de failin tehlikeliliğini esas almakta; ancak teori, bu tehlikeliliği somut olay bakımından değil, hareketin toplum üzerinde yarattığı etkiye göre belirlemektedir. Böylelikle, failin hareketi neticeyi meydana getirmeye elverişli olsun veya olmasın, işlenemez suçun failin suç işleme iradesini ortaya koymuş olması nedeniyle cezalandırılması gerektiği teori taraftarlarınca savunulmuştur.

İşlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması hususunda Türk hukukunda da pek çok farklı görüş mevcuttur. Bu görüşlerin ortak noktasını, işlenemez suç cezalandırılsın veya cezalandırılmasın, işlenemez suça kanunda yer verilmesi gerekliliği teşkil etmektedir. Bununla birlikte Türk hukukunda baskın görüşün işlenemez suç halinde faile ceza verilmesi ve/veya güvenlik tedbiri uygulanması yönünde olduğu söylenebilecektir. Üçüncü bölümün sonunda ise, işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması gerektiğine ilişkin görüşümüzün yer aldığı değerlendirme kısmı yer almaktadır. Konuyla ilgili kanaatlerimize yer verdiğimiz değerlendirme kısmında, işlenemez suçun cezalandırılmasının yalnızca failin suçlu iradesinin esas alınması suretiyle gerekçelendirilmesinin, düşüncenin cezalandırılması anlamına gelebilecek olduğunu ve bunun temel hak ve özgürlükler açısından birtakım sakıncalı sonuçları da beraberinde getireceğini ifade ettik. Bununla birlikte, objektif teorinin esas alınması ise, hareketin neticeyi meydana getirmeye suçun konusunun yokluğu veya hareketinin elverişsizliği nedeniyle müsait olmadığını bilmeden hareket eden failin, suç işlemeye yönelik düşüncesini suç işleme iradesini ortaya koyarak eyleme geçirmiş olduğunun ve bu nedenle failin tehlikelilik arz ettiği gerçeğinin bertaraf edilmesine sebep olacağı düşünülmektedir. Bu nedenle işlenemez suç cezalandırılmalı mıdır sorusuna vereceğimiz cevap, işlenemez suç failinin objektif olarak cezalandırılmasının mümkün olmadığı yönündedir. Buna karşılık, failin suç işleme iradesini göstererek gerçekleştirmiş olduğu eylemlerle tehlikeliliğini ortaya koymuş olması sebebiyle, güvenlik tedbirlerinin önleyici ve ıslah edici özelliğini vurgulamak suretiyle önerimiz, Türk doktrinde de çoğunluğun görüşüne uygun olarak işlenemez suça kanunda yer vermenin ve hakime, faile güvenlik tedbiri uygulaması hususunda failin tehlikeliliği ölçüsünde takdir yetkisi tanınmasının yerinde olacağı yönündedir.

GİRİŞ

İşlenemez suç konusu, Türk ceza hukuku doktrinde özellikle son yıllarda sıkça değerlendirilmeye başlamış bir konu olup, bilhassa dogmatik temeli ve cezalandırılabilirliği hususunda farklı görüşlerin öne sürüldüğü bir meseledir. Bugün, işlenemez suç kurumu birçok ülkenin ceza kanununda cezalandırılabilir bir eylem olup olmadığı hususunda konuyu açıklığa kavuşturan düzenlemelerle normatif olarak yerini almış durumdadır. Dahası, hareketin veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu, Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta farklı isimlerle anılan, çalışmamızda işlenemez suç olarak adlandırdığımız bu kurumun ceza sorumluluğu bugün neredeyse evrensel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, işlenemez suçun kavramsal çerçevesi ve kurumun ne adla anılacağı dahi farklı hukuk sistemlerinde ve yine Türk doktrinde tartışmalıdır. Bu doğrultuda işlenemez suç kavramı ve işlenemez suçun cezalandırılabilirliği meselesinden önce terminolojik olarak kurumu işlenemez suç olarak adlandırmamızın nedeni çalışmamızda öncelikli olarak açıklanacaktır.

Türk hukukunda, doktrinde ve yargı kararlarında gerek kavramsal çerçevesi gerek cezalandırılabilirliği meselesi tartışma konusu olmasına rağmen, işlenemez suç konusu, ne mülga 765 s. TCK'da ne de yürürlükteki 5237 s. TCK'da düzenlenmiştir. Nitekim, mülga 765 s. TCK'nın me hazı olan 1889 tarihli *Zanardelli Kanunu* olarak anılan İtalyan CK'da da bu yönde düzenleme bulunmaması, sanıyoruz ki, bunun üzerinde etkili olmuştur. Ancak devamında gerek 1930 tarihli *Rocco Kanunu* olarak anılan İtalyan CK'da, gerekse yürürlükteki 5237 s. TCK'da büyük ölçüde etkilerinin olduğu Alman CK'da konu pozitif düzenlemeye tabi tutulmuş olsa da, bu durum mevcut kanuna yansımamıştır.

Tarihsel olarak baktığımızda, işlenemez suçun başlangıçta daha çok suça teşebbüs olarak değerlendirildiği; ancak zaman içerisinde kavramsal olarak teşebbüsten ayrıştığı noktaların belirginleştiği görülmektedir. Roma Hukukunda önemli görülen suçlar bakımından netice gerçekleşmese dahi, suç işleme niyetinde olan kişinin iradesine öncelik vererek, suç işleme iradesi esas alındığı için gerek Roma Hukukunda gerek Ortaçağ hukukçuları tarafından, neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu işlenemez suç durumu, suça teşebbüs olarak kabul edilmiş ve cezalandırılabilir bir eylem olarak nitelendirildiği görülmüştür. Bugün itibariyle işlenemez suç ile suça teşebbüsün ayrı kavramlar olduğu genel itibariyle kabul

edilmektedir. Buna karşılık, işlenemez suçun, teşebbüsün bir görünümünü oluşturduğu Alman CK'da olduğu gibi teşebbüs kurumunu, elverişli / elverişsiz teşebbüs olarak tasnif eden görüşler olduğu da söylenmelidir.

Terminoloji sorunu ve kurumun tarihsel gelişim süreci ile karşılaştırmalı olarak bazı ülke kanunlarında işlenemez suçun hangi isim altında ve ne şekilde düzenlendiğine çalışmamızda kısaca yer verdikten sonra, işlenemez suçun kavramsal çerçevesini ve bununla birlikte hukuki niteliğini birlikte ele alarak benzer kavramlarla ilişkisi detaylı olarak incelenecektir. İşlenemez suç, failin hareketinin suçun neticesini gerçekleştirmeye elverişsiz olması veya suçun konusunun yokluğu dolayısıyla failin gerçekleştirmeyi istediği suç neticesinin baştan itibaren imkansızlığa mahkum olduğu davranış şekli olarak doktrinde tanımlanmaktadır. İşlenemez suç halinde fail, hareketinin arzu ettiği neticeyi gerçekleştirmeye elverişsiz olduğunun veya suçun konusunun bulunmadığının farkında değildir. Diğer bir deyişle failin tasavvuru, neticeyi gerçekleştirebileceğine yöneliktir. Ancak gerçekte durum böyle değildir; failin tasavvuru ile gerçek durum birbiriyle örtüşmemektedir. Bu yönüyle işlenemez suçun hata kavramı ile yakından ilişkisi olduğu söylenebilecektir.

Her ne kadar işlenemez suç durumunda da, suça teşebbüs halinde de netice meydana gelmese dahi, fail harekete geçtiği anda teşebbüste neticenin gerçekleşmesi mümkün iken, işlenemez suçta neticenin gerçekleşmesi baştan itibaren imkansızdır. Bu imkansızlığın ortaya çıkış anının tespiti ile neticenin meydana gelmesindeki imkansızlık durumunun kaynağının belirlenmesi, işlenemez suç ile suça teşebbüsün sınırlarının çizilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu çerçevede ceza hukuku bağlamında bir hareketin suç neticesini gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı ile suçun konusunun yokluğu anının tespitinin ne şekilde yapılması gerektiğine dair ceza hukukçuları tarafından ortaya konulan teoriler çerçevesinde çalışmamızda değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Konu hakkında her ne kadar TCK'da pozitif düzenleme bulunmasa da, ifade ettiğimiz üzere işlenemez suçun kimi zaman bu isimle kimi zaman da başka şekilde adlandırılarak doktrinde yoğun bir şekilde tartışıldığı, içtihatlarda da zaman zaman bu tartışmalara da atıf yapılarak konunun değerlendirildiği görülmektedir. Tartışmaların odağında, işlenemez suç kavramının kapsamı, kavramın alakalı görülebilecek hata, teşebbüs gibi benzer ceza hukuku kurumlarıyla ilişkisi ve nihayet işlenemez suçun cezalandırılabilir olup olmadığı meseleleri yer almaktadır. Biz de çalışmamızda bu

çerçevede işlenemez suçun tarihsel gelişimini ve pozitif düzenlendiği ülke kanunlarındaki durumu da göz önünde bulundurarak, işlenemez suçun suç genel teorisindeki yeri, benzer kavramlarla ilişkisi, bu bağlamda özellikle teşebbüsün bir türü olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceği yahut hatanın bazı türlerinin işlenemez suç kavramı kapsamında olup olmadığı hususları ile işlenemez suçla mefruz suçun farkını ortaya koymaya gayret edilecektir.

Kavramsal çerçevesini açıklayacağımız birinci bölümden sonra işlenemez suçun görünüş şekilleri olarak nitelendirdiğimiz ve işlenemez suçu meydana getiren hareketin elverişsizliğinin ve suçun konusunun yokluğu durumlarının ne şekilde tespit edileceği ve bu tespitlere ilişkin doktrinde ileri sürülen teoriler ve görüşler ikinci bölümde değerlendirilecektir. Bu kapsamda işlenemez suçun kavramsal çerçevesi ile işlenemez suçun hangi şekillerde tezahür edeceği; diğer bir deyişle işlenemez suçun görünüş biçimleri çalışmamızda ele alınacaktır. Bununla birlikte, ajan provokatörün varlığının işlenemez suça sebebiyet verip vermeyeceği ve devamında işlenemez suç karşısında meşru savunmanın mümkün olup olmayacağı meselelerini değerlendirilerek işlenemez suçta özellik arz eden bazı hallerin incelemesinde bulunulacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta, işlenemez suçun cezalandırılabilir bir eylem olup olmadığı, öteden beri bu konu hakkında yürütülen tartışmaların önemli odak noktalarından birisini teşkil etmiştir. Bu bağlamda ceza kavramı, cezanın amacı ve buna ilişkin teoriler ile özel olarak işlenemez suçun cezalandırılabilirliğine ilişkin geçmişten bugüne öne sürülen teori ve görüşler değerlendirilerek, işlenemez suça ceza verilip verilmemesi hususundaki görüşlerimiz ortaya konulacaktır. İşlenemez suçun cezalandırılabilir olup olmadığı hususu esasen, ceza hukukuna yüklenen anlamla, diğer bir deyişle ceza hukuku anlayışıyla yakından alakalıdır. Zira işlenemez suçun tarifinden de anlaşılabilceği üzere, fail, suç işleme iradesini eyleme dökerek hukuka aykırı hareket etme eğilimini ortaya koymaktadır. Sübjektif ceza hukuku anlayışının benimsenmesi durumunda failin suçlu iradesi esas alınmalıdır. Öte yandan, hareketi elverişsiz olduğu veya suçun konusu bulunmadığı için eylemi neticesiz kalmaya mahkum failin cezalandırılması objektif ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmayacaktır. Objektif ve sübjektif ceza hukuku anlayışına dayanan ve bu görüşlerin harmanlanması suretiyle ortaya çıkan teoriler çerçevesinde, tezimizin can alıcı noktalarından birini oluşturan işlenemez suçun cezalandırılabilirliği meselesi ise, işlenemez suçun görünüş

şekilleri olarak nitelendirdiğimiz ortaya çıkış şekilleri akabinde son bölümde tartışılacak ve değerlendirilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

İŞLENEMEZ SUÇUN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. İŞLENEMEZ SUÇ KAVRAMI

A. Terminoloji

1. Terminoloji Açısından Türk Hukukundaki Durum

Kanun koyucu ceza kanunumuzda işlenemez suça yer vermemiş, dolayısıyla terminolojik olarak bir tercihte de bulunmamıştır. Bu bakımdan kurum, muhtelif yazarlarca farklı terimlerle anılmaktadır. Terminolojik olarak konu, Türk ceza hukuku

literatüründe işlenmez suç¹, işlenemez suç², işlenemez suça teşebbüs³, elverişsiz teşebbüs⁴, muhal suç⁵ gibi farklı terimlerle adlandırılmaktadır.

Terminolojik olarak konunun farklı isimlerle anılmasının sebebi, ileride ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız üzere, konunun hem suçun kanuni unsuruyla hem de teşebbüs ile yakından ilgisinin bulunmasından kaynaklanmaktadır⁶. Konuyu teşebbüs bahsiyle birlikte değerlendiren yazarların genellikle *elverişsiz teşebbüs*, *işlenemez suça teşebbüs* terimini; buna karşılık konuyu suça teşebbüsün yanı sıra suçun kanuni unsurlarıyla birlikte değerlendiren yazarların ise, *işlenemez suç* terimini kullanmayı tercih ettikleri görülmektedir.

¹ Faruk Erem / Ahmet Danışman / Mehmet Emin Artuk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 304.

² Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 159; Uğur Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 1; Köksal Bayraktar, “İşlenemez Suç”, **İÜHFM**, C. 34, S. 1 - 4, 1968, s. 716; İlhan Akbulut, “İşlenemez Suç”, **İÜHFM**, C. 53, S. 1 - 4, 1990, s. 139; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2018, s. 527; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 323; Zeki Hafızogulları / Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 317; M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 714; İzzet Özgenç, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 561; Nevzat Toroslu / Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 308; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 479; Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 427; Mustafa Özen, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 807; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 537; Pervin Aksoy İpekçioğlu, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 93; Murat Aydın, “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 1, 2013, s. 78; Önder Tozman, **Suç Teşebbüs**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 163.

³ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II - III, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 1992, s. 423; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 513. İşlenemez suç teriminin yanlış olmadığını kabul etmekle birlikte elverişsiz teşebbüs teriminin kullanımının daha uygun olacağı yönünde, Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 467. Yazarlar konunun başlığında “İşlenemez Suça Teşebbüs (Elverişsiz Teşebbüs)” terimini kullanmayı uygun görmüşlerdir.

⁴ Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, kn.644; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 632; Yazar, “*elverişsiz teşebbüs*” kavramının kullanılmasının daha uygun olacağını ifade etseler de “*işlenemez suç*” kavramının da yanlış olmadığını belirtmektedirler. Koray Doğan, “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, **Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan**, Cilt 1, İstanbul, 2014, s. 184 vd; Selman Dursun / Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHFM**, C.73, S. 1, 2015, s. 71.

⁵ M. Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 280; Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 304.

⁶ Bkz. aşağıda, *Birinci Bölüm, III.*

2. Diğer Bazı Ülke Kanunlarında İşlenemez Suç

Anglo Amerikan hukukunda, imkansız teşebbüs (*impossible attempt*) olarak adlandırılan kurum⁷, İngiliz Suça Teşebbüs Yasası 47.1/2'de⁸ gerçek durumda suçun işlenmesi imkansız dahi olsa, buna teşebbüs eden kişinin cezalandırılacağı şeklinde düzenlenmiştir⁹. Buna göre, hukuki veya maddi imkansızlık suça teşebbüsü ortadan kaldırmamaktadır¹⁰. Benzer şekilde İskoç CK 21'de “*failin suç işlemesinin imkansızlığı*” başlığı ile düzenlenen maddede failin teşebbüs ettiği suçun işlenmesi imkansız da olsa cezalandırılabilmesi esası yer almaktadır¹¹. Kanada CK 24(1)'de, teşebbüs bahsinde konu düzenlenirken, her kim bir suç işleme girişiminde bulunursa, o koşullar altında işlenmesi mümkün olsun veya olmasın teşebbüsten sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır¹². Avusturalya CK'da da, kurum teşebbüsten ayrı bir maddede yer almamış, teşebbüsün düzenlendiği madde içerisinde, m. 11.1(4)'de, teşebbüs edilen suçun işlenmesi imkansız olsa dahi kişinin suçlu bulunabileceği esası benimsenmiştir¹³. Görülmektedir ki, bahsi geçen İngiliz, İskoç, Kanada, Avusturalya CK'da konu, Alman CK'ya benzer şekilde suçun o anki koşullar altında işlenmesi mümkün olsun veya olmasın denilmek suretiyle konu teşebbüsün özel bir görünümü olarak ele alınmış durumdadır.

Mülga 765 s. TCK'nın me hazı olan 1889 tarihli Zanardelli Kanunu olarak anılan İtalyan CK 61. maddesinde yer alan teşebbüs düzenlemesinde suçun icrasına elverişli ve uygun araçlarla başlama koşulu yer almakta fakat hareketin elverişsizliğine ve suçun konusunun yokluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık yürürlükteki 1930 tarihli Rocco Kanunu olarak anılan İtalyan CK m. 49 f. 2'de imkansız suç (*reato impossibile*) şeklinde tanımlanarak düzenlenmiştir¹⁴. 5237 sayılı TCK'nın önemli modellerinden birisi olan Alman CK'da ise işlenemez suç kavramına ve tanımına açıkça yer verilmemekle birlikte, Alman doktrininde bu

⁷ Billy J. Tauzin, “Criminal Law - Impossible Attempts”, **Louisiana Law Review**, Vol. 26, N. 2, 1966.

⁸ **Criminal Attempts Act 1981**, Chapter 47, 1/2.

⁹ G. R. Sneath, “Case Note: The attempt to draft a definition of a criminal “attempt”: Criminal Attempts Act 1981”, *Statute Law Review*, Vol. 6, I. 1, Autumn 1985, s. 175.

¹⁰ Andrew Ashworth, “Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law”, *Rudgers Law Journal*, Vol. 19, 1988, s. 727 vd.

¹¹ Eric Clive / Pamela Ferguson / Christopher Gane / Alexander McCall Smith, *A Draft Criminal Code For Scotland With Commentary*, Published under the auspices of the Scottish Law Commission 140 Causewayside, Edinburgh, 2003, s. 58.

¹² Section 24 (1) of the **Criminal Code of Canada** (<https://laws-lois.justice.gc.ca> çevrimiçi, erişim tarihi 29.07.2019).

¹³ Section 11.1 (4) of the **Australia Criminal Code Act 1995** (<https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00183> çevrimiçi, erişim tarihi 29.07.2019).

¹⁴ **Codice Penale** Art. 49 (<https://www.altalex.com> çevrimiçi, erişim tarihi 29.07.2019).

kurumun karşılığı olarak değerlendirilen ve teşebbüsün bir görünümünü oluşturduğu kabul edilen “*elverişsiz teşebbüs*” (*untaugliche Versuch*) kurumu Alman CK § 22¹⁵ ve § 23 f.3'e¹⁶ dayandırılmaktadır¹⁷. İsviçre CK ise teşebbüsü düzenleyen 22. maddenin 2. fıkrasında suçun maddi konusunun veya kullanılan vasıtaların niteliği dolayısıyla bir suçun tamamlanmasının imkansız olduğunu bilgi eksikliği nedeniyle anlayamayan failin cezalandırılmayacağı hükme bağlanmak suretiyle kuruma yer verilmiştir¹⁸.

Konunun elverişsiz teşebbüs olarak değerlendirildiği Alman hukukunda kural olarak failin hareketi neticeyi meydana getirmeye elverişsiz de olsa, diğer bir deyişle neticeyi meydana getirme imkanı olmasa da failin teşebbüsten sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir (Alman CK § 22). Bununla birlikte, Alman CK'da, elverişsiz teşebbüs, teşebbüsün bir türü olarak nitelendirilmiş ve bu yapılırken de, hakime cezayı indirmek yahut ceza vermekten tamamen vazgeçmek hususunda takdir yetkisi tanınmıştır (Alman CK § 23/3, 49/2). Buna karşılık, İtalyan CK'da failin hareketinin elverişsizliği

¹⁵ Alman CK § 22: “Her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır”. Feridun Yenisey / Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, StGB § 22.

¹⁶ Alman CK § 23 f. 3: “*Fail ağır bir bilgi ve anlama hatası yapması nedeniyle (grober Unverstand) yapması nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir (Alman CK §. 49 f. 2)*”. Yenisey / Plagemann, **a.g.e.**, StGB § 23 (3).

¹⁷ Peter Albrecht, **Der untaugliche Versuch**, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Stuttgart, 1973, s. 5; Johannes Wessels / Werner Beulke / Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Die Straftat und ihr Aufbau, 49. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2019, § 17, Rn. 980; Jürgen Baumann / Ulrich Weber / Wolfgang Mitsch / Jörg Eisele, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. völlig neu bearbeitete Auflage, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2016, §22, Rn. 5; Michael Köhler, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer-Verlag, Berlin - Heidelberg, 1997, s. 455; Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. völlig neu überarbeitete Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden - Baden, 2015, § 30, Rn. 13; Klaus Hoffmann - Holland, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. erweiterte, überarbeitete und aktualisierte Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, Rn. 626; Thomas Hillenkamp, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), **Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar**, Band I, 12. Neubearb. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, StGB § 22, kn. 90; Rainer Zaczyk, in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans - Ullrich Paeffgen (Hrsg.), **Strafgesetzbuch**, 5. Auflage, 2017, StGB § 22, Rn. 34; Albin Eser / Nikolaus Bosch, in: Adolf Schönke / Horst Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H., München, 2019, StGB § 22, Rn. 60; Klaus Hoffmann-Holland, in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (Hrsg.), **Münchener Kommentar**, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020, StGB § 22, Rn. 47, 48; Kristian Kühl, in: Karl Lackner / Kristian Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2018, StGB § 22, Rn. 4; Kai Ambos, in: Dieter Dölling / Gunnar Duttge / Stefan König / Dieter Rössner (Hrsg.), **Gesamtes Strafrecht**, 4. Auflage, Handkommentar, Nomos, 2017, StGB § 22, Rn. 4; Prittwitz Cornelius, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), **Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch**, 45. Edition, Verlag C. H. BECK, München, 2020, StGB § 22, Rn. 73; Dennis Bock, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer - Verlag GmbH Deutschland, ein teil von Springer Nature, 2018, s. 434.

¹⁸ Andreas Donatsch, in: Andreas Donatsch (Hrsg.), **StGB/JStG Kommentar**, Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG, 20. Aufl., Zürich, 2018, Art. 22 4, Versuch, Strafbarkeit des Versuchs, Rn. 14.

veya suçun konusunun yokluğu sebebiyle suçun işlenmesinde imkansızlık söz konusu ise, failin eylemi suça teşebbüs olarak nitelendirilmemektedir. Alman CK'dan farklı olarak İtalyan CK'da konumuz, teşebbüs bahsinden ayrı olarak tanımlanmış ve düzenlenmiş durumdadır. İtalyan CK'da suçun konusunun yokluğu hali açık olarak kanun metninde yer almakta iken, Alman CK'da suçun konusunun niteliğinden bahsedilmek suretiyle suçun konusunun istenilen neticeyi meydana getirmeye elverişli olması gerektiğine işaret edilmiş ve fakat suçun konusunun yokluğunu kanun metninde açıkça zikredilmemiştir. Alman ceza hukuku doktrinde suçun konusunun yokluğu da hareketin elverişliliği ile birlikte ele alınmaktadır; suçun konusunun yokluğuna ayrıca bir anlam yüklenmemiştir¹⁹.

3. Değerlendirme

Türk ceza hukuku öğretisinde kurum, hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu itibarıyla “işlenmesi imkansız olan suç” olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan, Alman CK'da tanımlanan “*elverişsiz teşebbüs*” (*untaugliche Versuch*) teriminin Türk ceza hukuku literatüründe yer alan “işlenemez suç” kavramını tam olarak karşılamadığı kanaatindeyiz. Bir ceza normunu ihlale yönelmiş olan hareketin, suçu oluşturan zarar veya tehlike neticesini meydana getirmeye elverişli olmaması veya suçun konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalması hali olarak tanımlanan ve çalışmamızda *işlenemez suç* olarak adlandırılması tercih edilen bu kavramın iki önemli unsuru bulunmaktadır. Bunlardan birincisi hareketin elverişli olmamasıdır. İşlenemez suç bizzat kanunda düzenlenmemiş olmasına karşın, ceza kanunumuzda hareketin elverişliliği ile ilgili bir madde bulunmaktadır: Teşebbüsü düzenleyen TCK m. 35. Gerçekten de işlenemez suçun, hareketin elverişsizliği ile gündeme gelmesi nedeniyle teşebbüs ile yakından bir ilgisi bulunmaktadır. Buna karşın işlenemez suçun ikinci unsuru olan suçun konusunun yokluğu halinde ise suçun kanuni unsuru diğer bir deyişle tipiklik gündeme gelecek, tipe uygun eylem söz konusu olmayacaktır.

Bu sebeplerle, işlenemez suçu doğrudan teşebbüsle ilişkilendirmek, teşebbüse indirgeyerek kurumu elverişsiz teşebbüs olarak adlandırmak yerine suçun konusunun

¹⁹ Alman hukukunda elverişsiz teşebbüsün ne şekilde düzenlendiğine ilişkin bkz. aşağıda, *Birinci Bölüm, II., D.*

yokluğunu da kapsayacak şekilde ve Türk doktrini ile yargı içtihatlarında genel kabul görmüş haliyle “işlenemez suç” olarak adlandırılmayı tercih etmiş bulunuyoruz²⁰.

B. Tanım

1. Genel Olarak

Türk Hukukunda konuyu değerlendiren yazarlar arasında görüş birliği mevcut olmamakla birlikte işlenemez suç kavramı, hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu sebebiyle neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu durumları ifade etmekte ve doktrinde verilen tanımlar da bu yönde şekillenmektedir. Öte yandan, görüş farklılıklarının temel sebebi, işlenemez suç düzenlenmesine yer verilen 1930 tarihli İtalyan CK ve 5237 s. TCK’nın rol modeli olarak nitelendirilen Alman CK’da konunun yukarıda ifade ettiğimiz şekilde farklı esaslara göre düzenlenmiş olmasıdır.

1930 tarihli İtalyan CK m. 49 f. 2’de işlenemez suç yukarıda ifade ettiğimiz üzere imkansız suç (*reato impossibile*) şeklinde tanımlanarak düzenlenmiştir²¹. Bu düzenlemeye göre, eylemin yetersizliği veya konunun var olmayışı nedeniyle, zararlı veya tehlikeli neticenin imkansız olduğu durumlarda faile ceza verilmeyecektir.

Alman CK § 22’de ise “*Her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır*”²² şeklindeki teşebbüs düzenlemesiyle, teşebbüs sorumluluğu için hareketin elverişliliği aranmamaktadır. Bu nedenle teşebbüs, elverişli teşebbüs ve elverişsiz teşebbüs olarak ayrılarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte teşebbüs bahsinin düzenlendiği § 22 ile birlikte değerlendirilmesi gereken § 23 f. 3’te “*Fail ağır bilgi ve*

²⁰ Yüksek Mahkeme de, eski TCK döneminden günümüze kadar gerek hareketin elverişsizliği gerek suçun konusunun yokluğu nedeniyle neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu durumları işlenemez suç olarak adlandırmaktadır: “..Ancak bunun için; sanığın, elverişli hareketlerle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun icrasına başlamış, elinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlayamayıp, neticenin meydana gelmemiş olması gerekir. Dolayısıyla, suçta kullanılan vasıtanın elverişsiz olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması durumunda, “işlenemez suç” söz konusu olur ve teşebbüs hükümleri uygulanmaz. Örneğin, sanığın, bir kimsenin görüntüsünü kaydetmek için yerleştirdiği cihazın bozuk olması gibi” **Yargıtay 12. CD, E. 2013/8447, K. 2014/2291, T. 03.02.2014**; “Olayımızda sanıkları suça iten ajan ile görevli memurlardır. Sanıklar görevlilerin talimatları ile hareket etmişlerdir. Onlara inanarak yapıcı davranışlara icrai hareketlere bağlamışlar ve onların itmesi sonucu bu suç işlemişlerdir. Suçun işlenmesi için gerekli ortam ve olanaklar sağlanmasaydı, sanıklar bu suçu işlemeyeceklerdi. Bu nedenle “işlenemez suç” hali bulunduğundan, sanıkların beraatlerine karar verilmelidir” **Yargıtay 1. CD, E. 1990/134, K. 1990/161, T. 4.6.1990**.

²¹ **Codice Penale** Art. 49 (<https://www.altalex.com> çevrimiçi, erişim tarihi 29.07.2019).

²² Yenisey / Plagemann, **a.g.e.**, StGB § 22.

anlama eksikliği nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların niteliğinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir”²³ denilmek suretiyle elverişsiz teşebbüs normatif olarak temellendirilmiştir²⁴. Hoffmann-Holland’a göre bu hüküm Alman Hukuku’nda işlenemez suça karşılık gelen elverişsiz teşebbüsün yasal tanımıdır ve hakime bir takım ek koşullarla birlikte ceza indirimine gitmesi yahut faili cezalandırmaktan kaçınması konusunda takdir yetkisi verilmiştir²⁵. Alman ceza hukuku doktrinde, failin suçu gerçekleştirmeye yönelik hareketinin, objektif olarak gerçekleşmesini engelleyen olgusal veya normatif nedenlerle başından itibaren başarısızlığa mahkum olması hali elverişsiz teşebbüs olarak tanımlanmaktadır²⁶. Böylelikle elverişsiz teşebbüs tanımlanırken aynı zamanda, elverişlilik değerlendirmesinin yalnızca vasıta yönünden değil, suçun konusu yönünden de değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Konunun somutlaştırılması bakımından örneğin, diyabet hastası bir kimseyi yeteri kadar şeker vererek öldürmek mümkün olabilecek iken, diyabet hastası olmayan bir kimseye aynı miktarda şeker vermek sağlığının bozulmasına yol açsa da o kişi açısından ölümcül olmayacaktır. Diyabet hastası bir kimseye şeker vermek, suçun konusunu teşkil eden şeyin niteliği dolayısıyla neticeyi meydana getirmeye elverişlidir. Ancak diyabet hastası olmayan kişi bakımından bu hareket elverişli değildir²⁷. Şu halde örneğimizde suçun konusunu teşkil eden kişinin diyabet hastası olup olmaması, failin eyleminin neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığının belirlenmesi yönünden etkili olarak kabul edilmektedir.

²³ Yenisey / Plagemann, **a.g.e.**, StGB § 23 (3).

²⁴ Heinrich, **I**, § 22, Rn. 672; Zaczyk, NK, § 22, Rn. 37; Hoffmann-Holland, **MüKoStGB**, § 22, Rn. 52; Albin Eser / Nikolaus Bosch in: Adolf Schönke / Horst Schröder (Hrsg.), **Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H., München, 2019, StGB § 22, Rn. 61.

²⁵ Hoffmann-Holland, **MüKoStGB**, § 22, Rn. 48.

²⁶ Wessels / Beulke / Satzger, **a.g.e.**, § 17, Rn. 980.

²⁷ Esasen Türk kanun koyucu da TCK m. 35’in gerekçesinde bu hususa “Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden “uygun hareketler” kavramı dahil edilmiştir” denilmek suretiyle yer vermiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak yer vereceğimiz bu konuda bizim de düşüncemiz, hareketin elverişliliğinin belirlenmesinde hareketin suçun konusu üzerindeki elverişli olması gerektiridir. Bununla birlikte doktrinde çoğunluk görüş ve bizim de görüşümüz, suçun konusunun yokluğu hareketin elverişsizliğinden bağımsız olarak işlenemez suçun bir türü olarak ayrıca ele alınması gerektiği yönündedir.

Suçun konusunun suçu meydana getirmeye elverişli olmasına bir başka örnek olarak, çocuğunu düşürmesi için yapılan bir eylemin yalnız gebe bir kadın üzerinde gerçekleştirilir ise sonuç doğuracak olması, verilebilir. Ancak gebe zannedildiği halde gerçekte gebe olmayan bir kadının çocuğunu düşürmesi için yapılan bu tarz bir eylem, kadın gebe olmadığı için, diğer bir deyişle suçun konusunu teşkil eden şeyin yokluğu sebebiyle sonuç doğurmayacaktır. Burada suçun konusunun niteliği gereğince elverişsizliğinden bahsetmemiz mümkün olmayıp, bu durumda aslen suçun konusunun yokluğundan bahsetmek daha yerinde olacaktır²⁸. Kanaatimizce İtalyan CK'daki düzenlemenin yansıması ile işlenemez suç teriminin Türk doktrinini ve içtihadına yerleşmesi neticesinde işlenemez suç hem hareketin elverişsizliği hem de suçun konusunun yokluğu durumlarında ortaya çıkabilecek bir kurum olarak kabul edilmiştir²⁹. Kurumu yalnızca teşebbüs bahsiyle sınırlamak, suçun konusunun yokluğu durumunun bertaraf edildiği izlenimini uyandırabilecektir.

2. Doktrinde Yer Alan Tanımlar

Türk hukuk literatüründe işlenemez suç konusunu inceleyen başlıca eserlerden birisini kaleme almış bulunan *Alacakaptan*, işlenemez suç kavramını bir ceza normunu ihlale yönelmiş olmasına rağmen hareketin ihlal edilmek istenen suçu oluşturan zarar veya tehlike neticesini meydana getirmeye elverişli olmaması ya da suçun konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalmak durumunda olan davranış şekli olarak tanımlanmaktadır³⁰.

²⁸ Belirtmek gerekir ki, doktrinde çocuk düşürtme suçunun konusunun hem kadının bedeni hem de cenin olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi ve görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 172 vd.

²⁹ “...suçun maddi konusu olan uyuşturucu maddenin kullanmaya ve buna bağlı olarak uyuşturucu madde temin etme suçuna elverişli olmadığından, olayda işlenemez suçun söz konusu olduğu...” **Yargıtay 10. CD, E. 2006/9234, K. 2007/8332, T. 3.7.2007**; “...suç konusu uyuşturucu maddeye daha önce görevliler tarafından elkonulmuş olduğundan, sanığın zaten almasına olanak bulunmadığı, bu nedenle işlenemez suçun söz konusu olduğu...” **Yargıtay 10. CD, E. 2009/2548, K. 2010/3279, T. 15.2.2010**; “...neticesi harekete bitişik suçlardan olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda, icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde, TCK'nın 35. maddesinde düzenlenen teşebbüs hükümleri uygulanabilir. Ancak bunun için; sanığın elverişli hareketlerle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun icrasına başlamış, elinde olmayan sebeplerle eylemi tamamlayamayıp, neticenin meydana gelmemiş olması gerekir. Dolayısıyla, suçta kullanılan vasitanın elverişsiz olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması durumunda “işlenemez suç” söz konusu olur ve teşebbüs hükümleri uygulanmaz...” **Yargıtay 12. CD, E. 2014/8447, K. 2014/2271, T. 3.2.2014**; “...eylemin işlenemez suç niteliğinde olup olmadığı da karar yerinde tartışılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden...” **Yargıtay 8. CD, E. 2016/5311, K. 2016/8545, T. 28.6.2016**.

³⁰ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 1.

Dönmezer / Erman da, işlenemez suçun, yapılan hareketlerin elverişsiz olması ya da suç konusunun bulunmaması nedeniyle icra hareketlerinin bitirilmesine veya sonucun oluşturulmasına imkan bulunmayan durumlarda var olduğunu ifade ederek, işlenemez suça teşebbüs ve işlenebilen suça teşebbüs ayrımını işaret etmiştir³¹. Bu ayrımı da, failin *ex ante* koşullarına göre, icrayı sonuna kadar götürebileceğine objektif olarak ihtimal verilip verilmemesine göre yapılması gerektiğini ifade etmiştir³².

Soyaslan, failin hareketlerinin mutlak elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle suç işlemek isteyen failin düşündüğünü gerçekleştirmesi imkansız ise işlenemez suçun var olduğunu ifade etmektedir³³. Devamında yazar, işlenemez suçu oluşturan birinci hal olarak hareketin elverişsizliğini, işlenemez suçu oluşturan ve böylece teşebbüsü imkansız kılan ikinci hal olarak suçun konusunun yokluğunu ele almıştır³⁴.

Bu konuda klasik görüş olarak tabir edebileceğimiz yukarıdaki yazarların görüşünü takip eden *Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır* da işlenemez suçu, ceza normunu ihlale yönelmiş olmasına rağmen, vasitanın ihlal edilmek istenen suçu karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması yahut hareketin konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalmaya mahkum bir davranış olarak tanımlamaktadır³⁵.

Alman CK'daki düzenlemeye paralel olarak, *Koca / Üzülmöz* ise hareketin suçun kanuni tanımındaki neticeyi gerçekleştirmeye uygun olmadığı veya bu hareketin suçun konusu bakımından herhangi bir tehlike doğurmaya elverişli olmadığı hallerde elverişsiz teşebbüsün meydana geleceğini; ayrıca elverişliliğin yalnızca hareket bakımından değil, suçun konusu yönünden de söz konusu olması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte yapılan hareketin suçun kanuni tanımındaki neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasına rağmen suçun konusunun yokluğu durumunda, suçun konusu bakımından elverişsizliğin değil, yokluğun söz konusu olabileceğini ve suçun konusunun yokluğu halini hareketin elverişsizliğinden ayırarak bu durumda işlenemez suçtan bahsedileceğini savunmaktadır³⁶.

³¹ Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 162.

³² Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 172.

³³ Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 303

³⁴ Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 324 vd.

³⁵ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **a.g.e.**, s. 714.

³⁶ Koca / Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 428.

Suçun konusunun yokluğunu elverişsiz hareketten ayıran ve işlenemez suç olarak nitelendiren müelliflerden bir diğeri olan *Özgenç* de, suç konusunun yokluğunun hareketin elverişsizliği kapsamında olmadığını, icra edilen hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişsiz olmasıyla, suçun konusunun yokluğu durumunu birbirine karıştırmamak gerektiğini ifade etmiştir³⁷. Yazar ayrıca, suçun konusu açısından elverişsizlikten değil, yokluktan söz edilebileceğini ve işlenmek istenen suç açısından konu mevcut değilse, bu durumda ortada işlenemez suç olduğunu ileri sürmektedir. Hareketin suçun kanuni tanımındaki neticeyi meydana getirmeye elverişsiz olması halinde yazar, benzer fikirdeki *Koca / Üzülmüş*'den farklı olarak elverişsiz teşebbüs teriminden bahsetmemiş; bu eylemin, ceza hukuku yönünden önem taşımadığını ifade etmekle yetinmiştir.

Alman doktrinde *Heinrich*, elverişsiz teşebbüsü, failin öngörüsünden maddi veya hukuki nedenlerle farklı olan koşulların suç tipini oluşturmamaya engel olması şeklinde tanımlamış ve bu elverişsizliği, belirleyici olan hususunun *ex ante* itibariyle tipin tamamlanmasının objektif imkansızlığının fail tarafından fark edilmemiş olmasına bağlayarak, elverişsiz teşebbüsün özel bir hata durumu olduğunu ifade etmiştir³⁸. Fail, elindeki araç - gereçle amaçlamış olduğu hedefin ulaşılabilirliği hakkında hataya düşmüştür.

Alman doktrinde genel itibariyle suç tipini oluşturmaya engel olan elverişsizliğin üç farklı durumdan kaynaklanabileceği ifade edilmiştir: (i) *eylemin süjesinde elverişsizlik*, (ii) *araçta elverişsizlik* ve (iii) *eylemin süjesinin eksikliği nedeniyle elverişsizlik*³⁹. Bu yönde *Schönke / Schröder / Eser / Bosch* da, teşebbüsünün elverişsizliğinin araç veya konunun elverişsizliği veya failin eylemin neticelendirilmesi için gerekli bir nitelikten yoksun olmasından kaynaklanabileceğini, böyle bir durumda elverişsiz teşebbüsün meydana geleceğini ifade etmektedir⁴⁰.

Türk doktrinde benzer şekilde *Önder* de, işlenemez suçu tanımlarken saydığımız bu üç duruma değinmiştir. *Önder*'e göre, suç tipinin ihlaline failce karar verildikten ve icraya başladıktan sonra vasıtanın elverişsizliği sebebiyle (dolu

³⁷ Özgenç, a.g.e., s. 561.

³⁸ Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım - I*, (Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, §22, Rn. 668.

³⁹ A.g.e., Rn. 669 - 670. Baumann / Weber / Mitsch / Eisele, a.g.e., § 26, Rn. 28; Kindhäuser, StAT, § 30, Rn. 13; Gropp, StAT, § 9, Rn. 22; Brian Valerius, "Untauglicher Versuch und Wahndelikt", *Juristische Arbeitsblätter*, 42. Jahrgang, Heft 2 (Seite 81 - 160), 2010, s. 114.

⁴⁰ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, a.g.e., StGB § 22 Rn. 6; bu yönde Lackner / Kühl, a.g.e., StGB, § 23, Rn. 7.

zannedilen tüfeğin adam öldürmek için kullanılmasında olduğu gibi) veya suçun konusu bulunmadığından suçun konusundaki elverişsizlik sebebiyle (gebe zannedilen kadın üzerinde yapılan çocuk düşürücü hareketlerde olduğu gibi) ya da suç tipinin ihlal edilebilmesi için failin belirli niteliklere sahip olmasının gerekli olmasına rağmen eylemin süjesindeki elverişsizlik nedeniyle (özgü suç olan görevi kötüye kullanma suçunda failin kamu görevlisi olması gerekmesi gibi) suç tipinin gerçekleşmesi mümkün olmayabilir⁴¹.

3. Değerlendirme

Suçun kanuni tipinde yer alan neticenin gerçekleşmemesi pek çok nedenden kaynaklanabilir. Bu nedenler (i) *failin vazgeçmesinden*, (ii) *başkaca sebepler dolayısıyla icra hareketlerini tamamlayamamasından veya (iii) icra hareketleri tamamlamasına rağmen neticenin meydana gelmemesinden* ileri gelebilir. Bütün bu sebepler dolayısıyla meydana gelmeyen neticeden dolayı failin ceza sorumluluğunun ne şekilde olacağı ceza kanunumuzda düzenlenmiştir; zira bütün bu ihtimallerde failin neticeye ulaşması mümkündür. İşlenemez suçta ise, failin neticeye ulaşması baştan itibaren mümkün değildir. Bu durum ise, (i) *suçun konusunun yokluğundan* ya da (ii) *failin hareketinin elverişsizliğinden* kaynaklanmaktadır. Buna rağmen fail suç işleme iradesini ortaya koymaktadır. Neticenin meydana gelmediği diğer hallerden farklı olarak işlenemez suçta neticenin meydana gelmeyecek olması bizzat failin hareketine veya suçun konusuna ilişkin bilgisizliğinden veya mevcut durumu yanlış yorumlamasından kaynaklanmaktadır.

İşlenemez suç, neticenin meydana gelmemiş olması itibariyle teşebbüs ile ilişkili olduğu kadar failin bilgisizliği veya mevcut durumu yanlış yorumlaması nedeniyle suçun kanuni unsurlarına ilişkin hata bahsi ile de yakından ilgilidir. Bu nedenle kanaatimizce, kavramsal olarak işlenemez suç, failin hareketinin suç neticesini meydana getirmeye elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle, hareketin gerçekleştirildiği an itibariyle, suçun kanuni tanımında yer alan neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu davranış olarak tanımlanmalıdır.

⁴¹ Önder, C. II - III, s. 423 - 424.

C. Tarihsel Gelişimi

1. Anglo Amerikan Hukuku'nda İşlenemez Suçun Tarihçesi

Common Law'da suça teşebbüs kurumu ceza hukuku bağlamında ilk olarak 1784 yılında İngiltere'de ortaya konulmuştur. 1846 yılında ise ilk kez teşebbüs bakımından bir cezasızlık sebebi olarak işlenemez suç karşılayan teşebbüsün imkansızlığı (*impossible attempt*) olarak savunulmuştur⁴². Doktrinde çoğu kez hırsızın boş bir cep seçmekle sonuçlanan teşebbüsü yahut zaten ölmüş birini öldürmeye çalışması teşebbüsün imkansızlığının (işlenemez suçun) bariz örnekleri olarak ifade olunmuştur⁴³.

Common Law uygulamasında bir müddet sonra teşebbüs konusunda iki çeşit imkansızlık arasında bir ayrım gidilmiştir: *hukuki ve fiili imkansızlık*⁴⁴. Buna göre, hukuki imkânsızlık halinde, teşebbüs edenin kastettiği eylem, neticelendirilse dahi suç teşkil edemeyecek mahiyettedir. Fiili imkânsızlık ise, suçun fiziksel bir nedenden dolayı işlenememesi durumunda ortaya çıkar ve fail tarafından bilinmeyen bir duruma tekabül etmektedir⁴⁵.

Bununla birlikte, çoğu kez mahkemeler, failin eyleminin hukuken mi yoksa fiilen mi imkansız olduğunu açıkça belirleyememişler; farklı mahkemeler genellikle neredeyse aynı eylemi ya fiilen ya da hukuken imkansız olarak nitelendirmişlerdir⁴⁶. Örneğin, doldurulmuş bir geyiği canlı zannederek av sezonu dışında vuran bir kişi suçlu görülmemişken, boş bir yatağa dolu zannederek ateş eden bir kimse ise öldürme

⁴² İşlenemez suçun cezalandırılabilir olup olmadığı, esasen kişinin niyetiyle de alakalı olduğu için, doktrinde konu *Sheakespeare*'in şu meşhur sözleriyle de ifade edilmiştir. “*His act did not o'ertake his bad intent, And must be buried but as an intent That perish'd by the way: thoughts are no subjects; Intent but merely thoughts.*” (Aslında o -Angelo- kötü niyetlerini yerine getirmedi ve davranışları bu gerçek göz önünde bulundurularak düşünülmelidir. Niyetler sadece düşüncelerdir ve düşünceler bizim kontrolümüze tabi değildir). William Shakespeare, **Measure for Measure (Kısasa Kısas)**, Perde 5, Sahne 1 (naklen, Randal Marlin, “Attempts and the Criminal Law: Three Problems”, **Ottawa Law Review**, Vol. 8, 1976, s. 523 vd.).

⁴³ Tauzin, **a.g.e.**, s. 426 vd.

⁴⁴ Bilgi için bkz. Arnold N. Enker, “Impossibility In Criminal Attempts - Legality And The Legal Process”, **Minnesota Law Review**, Vol. 53, 1969, s. 669.

⁴⁵ Bilgi için bkz. Paul H. Robinson, **Fundamentals of Criminal Law**, Aspen Publishers Inc., U.S., 1988, s. 491 - 511; Kyle S. Brodie, “The Obviously Impossible Attempt: A Proposed Revision to the Model Penal Code”, **Northern Illinois University Law Review**, Vol. 15, 1995, s. 237.

⁴⁶ Brodie, **a.g.e.**, s. 238; örnekler için bkz. George Fletcher, **Rethinking Criminal Law**, Oxford University Press, 2000, s. 146 vd.

suçuna teşebbüsten suçlu bulunmuştur⁴⁷. Her iki durumda da fail esasen bir hedefe doğru bir silah ateşlemiştir, ancak suçun konusunda hataya düşmüştür. İlk durumda avcı geyiğin canlı olduğunu düşünürken, ikincisinde fail yatağın dolu olduğunu sanmıştır. Doktrinde de benzer şekilde hukuki ve fiili imkânsızlık arasında açık veya tutarlı bir ayrıma gidilememiştir. Mahkemeler yaklaşık bir asır bu sorunla mücadele etmiş ve nihayet bir takım kriterler tespit edilmiştir⁴⁸. Buna göre, fiilen imkansız olan teşebbüste, fail tarafından bilinmeyen bazı olgusal veya fiziksel koşullar, amaçlanan suçu tamamlamayı imkansız hale getirmektedir; boş bir cep seçmeye çalışan hırsız örneğinde olduğu gibi. Hukuken imkansız teşebbüste ise, hareketin tamamlandığı, ancak failin kendi şemsiyesini çalması gibi, suçun kanuni tanımındaki unsurları karşılamayan bir durum söz konusudur.

Amerikan hukukunda doktrinde çoğunluk görüş, teşebbüsün hukuken imkânsızlık olarak sınıflandırılması halinde bu durumun ceza hukuku bağlamında yaptırıma sebebiyet vermeyeceği yönünde şekillenmiştir. Buna karşılık, teşebbüsün imkansızlığının mahkeme içtihatlarında aynı şekilde karşılık bulmadığı, mahkemelerce öteden beri ısrarlı bir tutumla, teşebbüste imkansızlığın itibar gören bir savunma olarak değerlendirilmediği anlaşılmaktadır⁴⁹. Genellikle bu tip durumlarda suça teşebbüsten hüküm verildiği görülmektedir. Mahkemeler mümkün olan her durumda imkansız teşebbüs savunmasını reddetmiş ve yasama organlarını da “*ilerici ve daha modern bir görüş*” ile değiştirmeye davet etmiştir⁵⁰. Nihayet ABD eyalet yasama organlarının çoğu tarafından bugün kabul edilen Model Ceza Kanunu’nda (*Model Penal Law*) imkansız teşebbüs kavramına yer verilmemiştir⁵¹. ABD Model

⁴⁷ Bkz. *State v. Guffey*, 262 S.W.2d 152 (1953); *State v. Mitchell*, 71 S.W. 175 (1902) (naklen, Fletcher, a.g.e., s. 149). Değerlendirme için bkz. Brodie, a.g.e., s. 238; John Hasnas, “Once More unto the Breach: The Inherent Liberalism of the Criminal Law and Liability for Attempting the Impossible”, *Hastings Law Journal*, Vol. 54, I. 1, 2002, s. 5.

⁴⁸ Tauzin, a.g.e., s. 427.

⁴⁹ *People v. Kong*, 95 Cal. 666 (Cal. 1892). Karara konu olayda, bir polis memuru, bina sakininin kumar veya piyango oynayıp oynamadığını gözlem yoluyla tespit etmek amacıyla bir binanın çatısında delik açmış ve bina sakini de durumu tespit ederek polisin üzerinde olduğu inancıyla tabancasını o noktada öldürme niyetiyle ateşlemiştir. Kararda, memur ateş edildiği yerde olmasa da, cinayet işlemek amacıyla saldıran failin suçlu olduğuna; zira bir kimsenin dolu bir tabancaya sahip olduğunda ve ateş etmek istediği kişi etki alanına girdiğinde ve fakat mağdurun tam olarak nerede olduğu konusunda yanıldığı zaman amaçladığı öldürme eylemini gerçekleştirme yeteneğine sahip olduğu ve atış anında mağdurun nerede bulunduğu önemsiz olduğuna işaret edilmiştir. Nitekim yukarıda zikrettiğimiz *State v. Mitchell*, 71 S.W. 175 (1902) ve *United States v. Thomas* 13 U.S.C.M.A. 278 (1962) kararlarında da bu görüş tekrarlanmıştır.

⁵⁰ Hasnas, a.g.e., s. 6.

⁵¹ Model Ceza Kanunu (MPC), Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Legal Institute*) tarafından derlenen ve ilk olarak 1962’de yayınlanan bir model yasa olup bugün ABD’de birçok eyaletin ceza kanunları, MPC’ye dayanmaktadır.

Ceza Kanunu 5.01.24 bölümünde teşebbüs tanımlanırken, bu hükümler uyarınca fiili veya hukuki imkansızlık, suça teşebbüs bağlamında doktrindeki kabulden farklı olarak bir savunma vasıtası olarak düzenlenmemiştir.

İngiliz Hukukunda ise teşebbüsler, geçmişten gelen mahkeme içtihadı çerçevesinde bugün 1981 tarihli Suça Teşebbüs Kanunu'na (*Criminal Attempts Act, CAA*) tabidir. Bu Kanunda teşebbüs hakkında temel düzenleme, “*bir kimse bir suçu işlemek niyetiyle, yalnızca suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketini aşan bir eylemde bulunursa, o suçu işlemeye teşebbüsten suçludur*” şeklindedir⁵². Buna göre, bir kimsenin teşebbüsten sorumlu tutulması için gerekli bir unsur, suç işleme kastıdır (*mens rea*). Öte yandan, CAA Chapter 47 Sec. 1(2) uyarınca imkansız teşebbüs olarak nitelendirilen eylemler dahi, suça teşebbüsü konu alan kanunun 1(2) ve 1(3) bölümlerine tabi tutulmuştur. İngiliz Hukuku'nda hakim anlayış, doktrinde *Herring*'in ifade ettiği üzere, “*eğer fail yasadışı olarak uyuşturucu ticareti yaptığına inanıyorsa, aslında sattığı şey tebeşir olsa dahi, uyuşturucu ticareti suçundan mahkum olmalıdır*”⁵³. Bu anlayışa göre, suç işlemeye teşebbüs eden bir kişi tehlikeli olduğunu göstermiştir ve gerek kendisi, gerekse başkaları için caydırıcılık sağlamak adına kısıtlanmalı ve rehabilite edilmelidir⁵⁴.

2. Kıta Avrupası Hukuku'nda İşlenemez Suçun Tarihçesi

İşlenemez suç meselesi, tarihsel perspektifte kıta Avrupası hukukunda da daha çok teşebbüs bahsi ile birlikte değerlendirilmiş, suçun konusunun yokluğu da yine bu çerçevede zaman zaman çeşitli vesileler ile gündeme gelmiştir. Genel bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, Cermenler, Osetler, Ruslar gibi pek çok millet, geçmişte genel bir kural olarak, suç işlemeye kalkışıp bir zarar meydana getiremeyen kimseler için herhangi bir ceza öngörmemiş ve neticesine ulaşmamış olan bir teşebbüse ceza verilse dahi bu cezayı da hafif olarak belirlemişlerdir⁵⁵.

⁵² **Criminal Act 1981**, Chapter 47, Sec. 1(1): “*If, with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence, he is guilty of attempting to commit the offence*”.

⁵³ Jonathan Herring, **Criminal Law: Text, Cases and Materials**, 3rd Ed., Oxford University Press, 2008, s. 784.

⁵⁴ Sally Kyd / Tracey Elliott / Mark Austin Walters, **Clarkson Clarkson & Keating: Criminal Law**, Tenth Ed., Sweet & Maxwell, 2020, s. 473.

⁵⁵ Edvard Westermarck, **The Origin and Development of the Moral Ideas**, Second Ed., Londra, 1924, s. 242.

Bununla birlikte, bugün büyük ölçüde Kıta Avrupası Hukuku'nun kaynağı olarak değerlendirebileceğimiz Roma Hukuku'nda da genel eğilim başlangıçta yalnız sonuç doğuran eylemleri cezalandırmak yönünde iken, daha sonraları teşebbüsün cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Büyük ölçüde benimsemiş oldukları teorileri modern kanunlar ve doktrinlerin temellerini atmış olan Orta Çağ İtalyan Ceza Hukukçuları üzerinde uyguladığı etki sayesinde, Roma Hukuku, Kıta Avrupası mevzuatı üzerinde kalıcı bir etkiye sahip olmuştur⁵⁶. Buna göre, pek çok ülke, kanunlarında Roma hukukuna uygun olarak, teşebbüsü cezalandırılabilir bir eylem olarak benimsemiş ve menfur durumlarda suça teşebbüsün tamamlanmış suçla aynı cezaya tabi olabileceğini dahi kabul etmişlerdir. Ancak bu konuda genel yaklaşım, teşebbüsün tamamlanmış suça uzaklığı oranında daha hafif bir şekilde cezalandırılması yönünde şekillenmiştir⁵⁷.

Esasen Roma Hukuku'nda teşebbüsü düzenleyen özel bir kaide bulunmamaktadır. Bununla birlikte, özellikle suçun ağırlığına göre teşebbüsün cezalandırılması, niyete bağlı olarak değerlendirme yapılması Roma Hukuku'nda sıkça karşılaştığımız bir durumdur. Romalılar, en azından teşebbüs edilen suç ciddiye, “*dolus pro facto accipitur*” (niyet, eylem olarak kabul edilir) ilkesini benimsemiş⁵⁸ benzer bir yaklaşımla, “*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*” (suçlarda sonuç değil, niyet önemlidir) ilkesini uygulamışlardı⁵⁹. Buna göre, Roma Hukuku'nda başarısız bir öldürme teşebbüsü daima cezalandırılırdı. Zira, düşmanı olmayan bir başkasını öldürme amacı ve niyeti olan (ve fakat yasanın kendisine öldürme izin vermediği) ve o kimseyi yaralayan ancak öldürmeyen bir kimse, bir katil olarak kabul edilmeli ve öldürmeden yargılanmalıydı⁶⁰. Bazı Roma hukuku metinleri, teşebbüs bakımından sorumluluk yönünden failin başarısızlığının onun kötülüğünü etkilemediği temeline dayandırıldığını belirtir. Bu yönde görüş bildiren Stoacı ünlü Roma'lı düşünür *Seneca*'nın ifadesine göre, “*bir adam, kılıcı kurbanlarının*

⁵⁶ Westermarck, **a.g.e.**, s. 242.

⁵⁷ **A.g.e.**

⁵⁸ Theodor Mommsen, **Römisches Strafrecht**, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1899, s. 97 (naklen, **Westermarck, a.g.e.**, s. 243).

⁵⁹ Buna göre suçun tespitinde sonuç değil kötü niyet göz önünde bulundurulacaktır. Bilgi için bkz. James B. Rives, “Magic, Religion and Law: The Case of the Lex Cornelia de sicariis et veneficiis” in: Clifford Ando / Jörg Rüpke (edt.), **Religion and Law in Classical and Christian Rome (Potsdamer Altertumswissenschaftliche Beiträge)**, Franz Steiner Verlag, 2006, s. 48 vd.

⁶⁰ Eugen Rankin Meehan, *Impossibility of Fulfilment as a Defence to a Charge of Criminal Attempt : a Comparative Study of the Common Law and the Civil Law*, Master Degree Thesis (LL.M.), **McGill University**, Montreal, 1976, s. 15.

kıyafetlerine dolanıp hedefi iskaladığı için daha az haydut değildir”⁶¹. Öte yandan, bu yaklaşım ifade ettiğimiz üzere suç tipine göre zaman zaman değişiklik gösterebilmekteydi. Şöyle ki, örneğin gerçekleştirilmemiş bir hırsızlık niyeti hırsızlık değildi (*sola cogitatio furti faciendi non facit furem*). Bununla birlikte, ifade ettiğimiz üzere teşebbüse ilişkin genel bir teori de şekillenmemişti; Roma Hukuku’nda teşebbüs ya özel bir usul yöntemiyle ya da başka bir suç başlığı altında cezalandırılırdı⁶².

İşlenemez suç yönünden, fiziki olarak gerçekleşmesi mümkün olmayan bir suça teşebbüs eden, örneğin boş bir cepten para çalmaya kalkışan veya elindeki maddenin arsenik olduğuna inandığı ancak bardağa gerçekte dövülmüş şeker koyan failin cezalandırılması gerekip gerekmediği sorusu cevaplanmaya çalışılmış; bu hususta Seneca’nın “*zehir olduğuna inanarak uyku ilacını karıştıran zehirleyicidir*” fikrinin Roma hukukunun desteğini almış olduğu görülmektedir⁶³. Buna göre, Roma Hukuku’nda iradeye öncelik verildiği, suç işleme iradesi esas alındığı için, gerek Roma Hukuku’nda, gerekse ortaçağ İtalyan Ceza Hukukçuları tarafından işlenemez suçun cezalandırılabilir olarak nitelendirildiği söylenebilecektir⁶⁴.

Modern İtalyan hukukunda ise, XIX. yy. başlarında kanunlaştırma hareketleri çerçevesinde, 765 s. mülga TCK’nın da mehzazını teşkil eden 1889 tarihli İtalyan CK (*Zanardelli Kanunu*) m. 61 - 62’de teşebbüse ilişkin düzenlemelere yer verilmiş; 61. maddede öngörülen suçun icrasına elverişli ve uygun araçlarla başlanması koşulu dolayısıyla elverişsiz araçlarla suç işlemek istenmesi cezalandırılabilir alanın dışında tutulmuştur. Öte yandan bu kanunda suç konusunun elverişsizliğine yahut yokluğuna ilişkin herhangi bir hüküm yer almamakta, kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmaması suç konusunun elverişsizliği kavramına kanun koyucunun yabancı olduğu gerekçesiyle izah edilmektedir⁶⁵. 765 s. mülga TCK’nın ilgili hükümlerinin bu kanundan alınmış olması dolayısıyla işlenemez suçun hukukumuzda da kanunda düzenlenmemesine yol açmıştır. Öte yandan, dönemin içtihatlarında suçun icrasında kullanılan araçlar bakımından mutlak ve nispi elverişsizlik ayrımına yer verilmiş; kanunda bu farklılığı işaret eden açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen bu

⁶¹ Westermarck, **a.g.e.**, s. 247; Meehan, **a.g.e.**, s. 16.

⁶² **A.g.e.**

⁶³ Lucius Annaeus Seneca, **De Beneficiis**, Book V., Chapter XIII (naklen, Westermarck, **a.g.e.**, s. 244).

⁶⁴ Bu yönde, Kazaker, **a.g.e.**, s. 103.

⁶⁵ Sözüer, **Teşebbüs**, s. 17.

çerçevede mutlak elverişsizlik gösteren durumlar cezasız bırakılmış, nisbi elverişsizlik ise teşebbüs kapsamında değerlendirilerek cezalandırılmıştır⁶⁶.

İtalyan hukukunda bugün işlenemez suç, yürürlükteki 1930 tarihli İtalyan CK (*Rocco Kanunu*) m. 49/2’de imkansız suç (*reato impossibile*) olarak ayrıca düzenlenmiştir. Buradaki imkansızlık, doktrinde yaygın kabule göre hareketin mutlak uygunsuzluğundan kaynaklanmaktadır (failin 2 km uzaktaki bir tepede, düşük menzilli bir tabanca ile mağdura ateş etmesi örneğinde olduğu gibi). İmkansız suç, hareketin zarar vermeye elverişli olmaması veya suç konusunun yokluğundan (teröristin eski ve terk edilmiş bir kışlanın pencerelerine içinde askerler olduğuna inanarak ateş açması ancak, içeride bir süredir kimse bulunmaması örneğinde olduğu gibi) kaynaklanmaktadır⁶⁷. Özellikle elverişsizlikle ilgili olarak, doktrinde iki farklı teori geliştirilmiştir. Klasik öğretiye göre, zararlı veya tehlikeli neticeye yol açmayan belirli bir davranışla karşı karşıya kalındığında, hareketin pratikte elverişliliğini *ex ante* bir yargı ile değerlendirmek bunlardan birisidir. Diğer bir yöntem ise, neticenin gerçekleştirilmediği her durumda, *ex post* değerlendirme yaparak elverişsizliğin hareketten sonra ortaya çıktığının belirlenmesidir. Şayet bu elverişsizlik, hareket anında mevcut değil ise suça teşebbüs (İtalyan CK m. 56) gerçekleşmiş olacaktır⁶⁸. Öte yandan, doktrinde, işlenemez suçu düzenleyen İtalyan CK m. 49/2 hükmü ile İtalyan CK m. 56 kapsamında düzenlenen teşebbüs arasında bir farklılık bulunup bulunmadığı tartışma konusu olmuş; bir kısım yazar 49/2 hükmünün, 56. maddede düzenlenen teşebbüs kuralının bir tekrarı olduğunu savunurken, bir kısım yazar ise arada önemli farklılıklar mevcut olduğunu, teşebbüste suçun konusunun yokluğu yalnızca göreceli veya anlık iken imkansız suçta yokluğun mutlak olduğunu bildirmişlerdir. İmkansız bir suçun diğer görünümü olan suçun konusunun yokluğu ile ilgili olarak ise, genel kabul, değerlendirmenin somut ve *ex ante* olarak yapılmasıdır⁶⁹. Buna göre, yalnız suçun konusunun mutlak şekilde yokluğundan dolayı suç işlenemediği durumlarda işlenemez suç söz konusu olabilecek; yokluğun tesadüfi veya geçici olduğu için nisbi bir yokluk söz konusuysa, bu kez İtalyan CK m. 56 uyarınca cezalandırılabilir bir teşebbüs mevzu bahis olacaktır. Bu konuda içtihatlarla

⁶⁶ A.g.e., s. 18.

⁶⁷ Bu paragrafta yararlandığımız bilgiler ve daha fazlası için bkz. Di Paolo Franceschetti, **Reato Impossibile**, AltalexPedia, voce agg. al 14/04/2012, <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2012/11/21/reato-impossibile>, çevrimiçi, 29.07.2021.

⁶⁸ Franceschetti, a.g.e., s. 2.

⁶⁹ A.g.e., s. 3. Ayrıca somut tehlike teorisi adlandırılan bu teori için bkz. aşağıda, *İkinci Bölüm, II., C., 2., a., i.*

bakıldığında da, suçun konusunun yokluğunun, ancak konunun “*in rerum natura*” olarak (*gerçekte*) mevcut olmadığı veya mutlak bir yokluğun söz konusu olduğu durumlarda imkansız bir suça yol açacağı kabul edilmektedir⁷⁰. Öte yandan, imkansız suç, suç teşkil etmese de, faile güvenlik tedbiri uygulanması ihtimalini ortadan kaldırmaz. Esasen burada suç teşkil etmeyen bir eyleme güvenlik tedbiri uygulandığı için, işlenemez suç bu özelliği yönünden doktrinde varsayımsal suç (*quasi reato*) olarak da adlandırılmıştır⁷¹. Cezalandırılabilirlik yönünden ilaveten, işlenemez suç söz konusu olmakla birlikte, farklı bir suçu oluşturan unsurların olayda mevcut olması halinde ise fiilen işlenen suç için tesis edilen cezanın uygulanacağı da doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir⁷².

Kıta Avrupası Hukuku’nda işlenemez suçun ilk defa 1808 yılında *Feuerbach* tarafından bugünkü haline yakın şekilde ortaya konulduğu Alman Hukuku’nda, teşebbüse ilişkin federal düzeyde ilk yasal düzenleme 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu (RStGB) § 43’da yer almaktaydı⁷³. Buna göre, “*suçun icrasının başlangıcını teşkil eden eylemlerle suç veya kabahat işlemeye karar verilmiş fakat işlenmek istenen suç veya kabahat tamamlanmamışsa...*” teşebbüsün meydana geleceği ifade edilmişti. Öte yandan, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi, doktrinde objektif ve subjektif görüş taraftarları arasında yoğun olarak tartışılan bir meseleydi⁷⁴.

RStGB § 43 düzenlemesi objektif teoriye uygun olarak kaleme alınmıştır⁷⁵. Zira “... *suçun icrasının başlangıcını teşkil eden eylemlerle...*” ifadesi failin subjektif algısına bağlı değildir ve icra hareketlerinin başlamasından ancak kanunda üçüncü bir kişinin bakış açısıyla (objektif olarak) suçun belirli koşullar altında fiilen gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu tespit edildiğinde söz edilebilecektir⁷⁶.

1871 tarihli düzenlemenin objektif teoriyi benimsemesine karşılık, uygulamada subjektif teori hüküm sürmüş ve bu anlayış doktrinde de takip edilmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1880 yılında bu konuda vermiş olduğu ilk kararlarında, subjektif görüşün fikir babası sayılan *Maximilian von Buri*’nin görüşünü

⁷⁰ Karar: Sez. 1, 22722/2007 (naklen, <https://www.filodiritto.com/codici/codice-penale/capo-i-del-reato-consumato-e-tentato/art-49-reato-supposto-erroneamente-e-reato-impossibile>, çevrimiçi, 29.07.2021).

⁷¹ A.g.e., s. 2.

⁷² A.g.e., s. 11.

⁷³ Meehan, a.g.e., s. 24.

⁷⁴ Bu yönde, Sözüer, **Teşebbüs**, s. 22; Kazaker, a.g.e., s. 103. İşlenemez suçun cezalandırılabilirliği yönünden objektif, subjektif ve diğer teoriler için bkz. aşağıda *Üçüncü Bölüm, II., B.*

⁷⁵ Thomas Weigend / Lena Wasser, “Warum sind untaugliche Versuche strafbar?”, **JA**, Heft 10, s. 796.

⁷⁶ A.g.e., s. 796.

benimseyerek, “*cezalandırmaya değer iradeyi, ceza kanununun yöneldiği olgu olduğu konusunda şüpheye yer bırakmayacak şekilde*” tanımlamış ve bu nedenle, teşebbüs edeni cezalandırmak bakımından “*cezalandırma için suç düşüncesinin failin dış eylemlerinde tezahür etmesinden daha fazlasının talep edilmemesi*” gerekçesini dile getirmiştir⁷⁷. Sübjektif teorinin yansımaları Alman CK'da teşebbüs düzenlemelerinin 1975'te §22 ve § 23'ün yeniden formüle edilmesinden sonra bile görülmektedir. Nitekim Almanya'da XX. yüzyılın ilk yarısında yayınlanan ceza kanunu reformu için hazırlanmış çok sayıda taslakta, teşebbüsten sorumluluğa ilişkin düzenlemeler daha çok sübjektif teoriye uygun olarak kaleme alınmış, uygun fiillerle suç işlemeye niyet eden kimsenin teşebbüsten cezalandırılması teklif edilmiştir⁷⁸. 1960'larda ceza hukuku reformu süreci yeniden başladığında da, sübjektif teori yeniden ön plana çıkmıştır. Uygulayıcılardan ve bilim adamlarından oluşan büyük bir ceza hukuku komisyonu tarafından hazırlanan 1962 taslağı da buna göre şekillenmiştir. Nihai olarak 04.07.1969 tarihli Reform Kanunu ile kabul edilen ve 01.01.1975 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Alman CK § 22 gerekçesinde de, hükmün temelini sübjektif teoriye dayandığı ifade edilmiştir.

II. İŞLENEMEZ SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİNİN TESPİTİ BAĞLAMINDA BENZER CEZA HUKUKU KAVRAMLARIYLA İLİŞKİSİ

Tarihsel gelişiminde de hata ve teşebbüs gibi kurumlarla ilişkilendirilen işlenemez suçun benzer ceza hukuku kavramlarıyla olan ilişkisini incelemenin kurumun kavramsal çerçevesini ve hukuki niteliğini ortaya koymak bakımından faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Bu çerçevede özellikle işlenemez suç - hata ilişkisine, sıklıkla birlikte anıldığı mefruz suç ilişkisine, kurumun teşebbüs ile ortak ve ayrıldığı noktalarına ve son olarak da Alman doktrininde yer alan elverişsiz teşebbüs kavramlarına bu başlık altında yer verilecektir.

⁷⁷ RGSt 1, 439, 441; Weigend / Wasser, a.g.e., s. 794.

⁷⁸ A.g.e., s. 796; Sözüer, Teşebbüs, s. 26; Kazaker, a.g.e., s. 105.

A. İşlenemez Suç – Hata İlişkisi

1. Genel olarak

İşlenemez suçu tanımlarken, failin hareketiyle gerçekleşmesini arzu ettiği neticenin meydana gelmesinin imkansızlığı, failin hareketinin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğundan kaynaklandığını ifade etmekteyiz. İşlenemez suçun görünüş şekilleri olarak nitelendirdiğimiz, hareketin elverişsizliği ve/veya suçun konusunun yokluğu hallerinde fail, neticeyi gerçekleştireceği inancıyla hareket etmektedir. Failin, neticeyi gerçekleştirebileceğine dair bu inancı ise, failin hareketini neticeyi gerçekleştirmeye elverişli ve/veya suçun konusunun mevcut olduğuna ilişkin yanlış kanaatinden ileri gelmektedir. Bir diğer deyişle, hatada olduğu gibi, işlenemez suçta da, failin tasavvuru ile gerçek durum birbiriyle uyum içerisinde değildir. Dolayısıyla işlenemez suçun da içerisinde bir çeşit hata barındırdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, esasında failin bilmemesi veya yanlış tasavvuru neticesinde ortaya çıkan işlenemez suçun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle hata kurumuna ve böylece işlenemez suçun hata bahsi ile ilişkisine yer verme ihtiyacı doğmuştur.

Hata veya yanlışla, hukuk literatürü haricinde genel olarak, kasıtlı olmaksızın insandan kaynaklanan yanlışlık olarak tanımlanmıştır⁷⁹. Hukukun hataya sonuç bağlayan farklı alanlarında farklı tanımlar da mevcuttur⁸⁰. Ceza hukukunda ise hata, bilmemek veya yanlış tasavvur etmek olarak tanımlanmaktadır⁸¹. Bilmeme veya yanlış tasavvur etme şeklinde ortaya çıkan bu durum doktrinde hata veya yanlışla terimleriyle eş anlamlı olarak anılmaktadır. Alman hukukunda da yanlışla yahut hata, gerçekler hakkındaki yanlış tasavvur olarak tanımlanmaktadır⁸². TCK m. 30'da düzenlenen bu kurumun kanunda “hata” başlığı altında yer alması sebebiyle çalışmamızda “hata” teriminin kullanılması tercih edilmektedir.

⁷⁹ **Türk Hukuk Lugatı**, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 120.

⁸⁰ Örneğin, Borçlar Hukukunda irade sakatlığı hallerden biri olan hata (yanılma) TBK m. 30 ve devamında düzenlenmiş ve doktrinde, irade beyanının istenmeyerek arzuya uygun olmaması veya arzunun (iradenin) oluşmasına etken olan bir hususta düşüncenin (tasavvurun) gerçek duruma uygun olmaması olarak tanımlanmıştır. Bkz. M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 98 vd.

⁸¹ Önder, C. II - III, s. 311.

⁸² Roland Hefendehl in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (Hrsg.), **Münchener Kommentar**, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020, StGB, § 263, Rn. 249. Öte yandan, hatanın varlığı için salt bir gerçeğin bilinmemesinin (*ignorantia facti*) yeterli olup olmadığı hususunda bkz. Lackner/Kühl, **a.g.e.**, § 17, Rn. 18; Klaus Tiedemann in: Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), **Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar**, Band I, 12. neubearb. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2007, § 16, Rn. 78.

Doktrinde hata, hukuki - fiilli hata⁸³ veya tipiklikte hata - yasak hatası⁸⁴ şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır. Hatayı tipiklikte hata (*Irrtum über Tatumstände*) ve yasak (haksızlık yanılgısı) hatası (*Verbotsirrtum*) şeklinde ayrıma tabi tutan yazarlardan bazılarının hataya bağlanan sonuçlara göre hatayı, kastı kaldıran ve kusurluluğu etkileyen hata olarak ayırdıkları görülmektedir⁸⁵. Suçun unsurlarına ilişkin hata sonucunda failin hareketi, somut olaya ve hatanın niteliğine göre sonuç itibariyle suçun oluşumuna, işlenemez suça veya mefruz suça yol açabilir. Diğer bir deyişle bu hata türü tipikliğe ilişkindir. Öte yandan, suçun oluşması durumunda failin kusurluluğunu etkileyen hata halleri de mevcuttur. Kusurluluğu etkileyen hata halleri, tipikliğin oluşumuna engel olmaz ve fakat failin kınanabilirlik derecesini etkiler veya ortadan kaldırır. Kullanılan terimler benzer sonuçlara yol açsa da TCK'daki düzenleme itibariyle hata ister hukuki ister fiili olsun, suç tipine ilişkin bütün yanılgıların kastı ortadan kaldıracağını TCK m. 30 uyarınca söylemek gerekir. Dolayısıyla bizim de katıldığımız görüşe göre, kanun koyucunun ceza sorumluluğu açısından belirleyici olarak tipiklikte hata ve yasak hatası ayırımını benimsediği ileri sürülebilecektir⁸⁶.

2. Hata Türleri

Hata ve türleri TCK m. 30'da düzenlenmiştir. Hataya bağlanan sonuçlar ise kanunun lafzına uygun olarak doktrinde dile getirilmiştir. Hata, tipikliğin maddi şartlarına ilişkin ise, bu hata kast üzerinde etkilidir ancak hata tipikliğin hukuki değerlendirmesine diğer bir deyişle tipikliğin hukuki sonuçlarına yani fiilin haksızlığına ilişkin ise bu hata kusurluluk üzerinde etkilidir. Bu bağlamda hata tipikliğin maddi unsurlarında (TCK m. 30/1), suçun nitelikli unsurlarında (TCK m. 30/2) ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarındaki hata (TCK m. 30/3) kastı kaldıran hata olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık, TCK m. 30/3'te düzenlenen kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlere ilişkin hata ile TCK m. 30/4'te düzenlenen

⁸³ Sahir Erman, “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, *İÜHFİM*, C. 12, S. 2 - 3, 1946, s. 525; Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 11; Önder, *C. II - III*, s. 312; İçel, s. 482; Demirbaş, *a.g.e.*, s. 447; Centel / Zafer / Çakmut, *a.g.e.*, s. 423; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 465; Adem Sözüer, “Hukuki Hata”, *Yargıtay Dergisi*, C. 21, S. 4, 1995, s. 482.

⁸⁴ Dönmezer / Erman, *C. II*, kn. 641; Artuk / Gökçen, *a.g.e.*, s. 551; Öztürk / Erdem, *a.g.e.*, kn. 835; Özgenç, *a.g.e.*, s. 442; Koca / Üzülmüş, *a.g.e.*, s. 245; Özbek / Doğan / Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 444; Ragıp Barış Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, İstanbul, 2006, s. 23.

⁸⁵ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, *a.g.e.*, s. 551; Özgenç, *a.g.e.*, s. 442; Koca / Üzülmüş, *a.g.e.*, s. 245.

⁸⁶ Erman, B., *a.g.e.*, s. 23.

yasak hatası (haksızlık yanılığı) kusurluluğa etki eden hata olarak değerlendirilmektedir.

Failin tasavvuruna ilişkin hatayı barındıran işlenemez suçun, bu hata türlerinden hangisi/hangileri sebebiyle ortaya çıkacağını, hatanın türlerine göre her bir başlık altında ayrıca değerlendireceğiz.

a. Tipikliğin Maddi Unsurlarında Hata

TCK m. 30/1 uyarınca, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Benzer şekilde Alman CK. § 16/1'de de, bir kimsenin eylemi gerçekleştirirken suçun kanuni unsurlarındaki bir durumu bilmemesi halinde kasıtlı olarak hareket etmiyor olacağı düzenlenmiştir⁸⁷. Fail, suçun maddi unsurları hakkında bilgi sahibi değilse, kasten hareket ettiği söylenemez; bu anlamda failin kastın kapsamında olan unsurlardan hangi unsuru bilip bilmediği de önemli değildir⁸⁸. Bununla birlikte, failin maddi unsurlara ilişkin bilgi eksikliği kendi öngörüsüzlüğünden kaynaklanıyor ve bilmesi gereken bir durum söz konusu ise taksirle sorumluluğu söz konusu olacaktır⁸⁹. Nitekim TCK m. 30/1'de de hata dolayısıyla taksirli sorumluluğun saklı olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu fiilin taksirle cezalandırılacağı kanunda düzenlenmiş ise fail cezalandırılacak; fiilin taksirle cezalandırılacağı kanunda açıkça düzenlenmemiş ise cezalandırılmayacaktır. Ancak failin bilmesine ve öngörüsüne rağmen risk alarak hareket etmesi halinde bu durumda failin düştüğü hata kastı kaldırmayacak; olası kast gündeme gelebilecektir⁹⁰. Diğer bir deyişle böyle bir bu durumda failin maddi unsurlara dair bilgisizliğinden söz edilemeyecektir.

⁸⁷ Hans Kudlich in: Bernd von Heintschel-Heinegg, (Hrsg.), **Beck'scher Online Kommentar**, Strafrechtsgesetzbuch, 45. Edition, Verlag C.H.BECK, München, 2020, StGB § 16, Rn. 1 vd; Gunnar Duttge in: Dieter Dölling / Gunnar Duttge / Stefan König / Dieter Rössner (Hrsg.), **Gesamtes Strafrecht**, 4. Auflage, Handkommentar, Nomos, 2017, StGB § 16, Rn. 1 vd; Lackner / Köhl, **a.g.e.**, StGB § 16, Rn. 1 - 3. Hataya konu olabilecek koşullar hakkında ayrıntılı olarak özellikle failin rolüne ilişkin hatanın önemi konusunda bkz. René Bloy, "Die Bedeutung des Irrtums Über die Täterrolle", **ZStrW**, B. 117, H. 1, 2005, s. 3 – 36.

⁸⁸ Detlev Sternberg-Lieben / Frank Peter Schuster in: Adolf Schönke / Horst Schröder (Hrsg.), **Strafrechtsgesetzbuch Kommentar**, 30. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H., München, 2019, StGB § 16, Rn. 10.

⁸⁹ Bu yönde bkz. BGH, Urteil vom 18-09-1991 - 2 StR 288/91 (BezG Suhl in Meiningen), **NJW** 92, Heft 8, s. 516 vd; **BayObLG**, 30. 9. 1955 - **RReg. 3 St 280/54 : Züchtigungsrecht**, **NJW** 55, Heft 49, s. 1848; Lackner / Köhl, **a.g.e.**, StGB, § 17, kn 16; Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, **a.g.e.**, StGB § 16, Rn. 22.

⁹⁰ Bkz. BGH, 2. 3. 1951 - 3 StR 6/51: BGH, Urteil vom 2. 3. 1951 - 3 StR 6/51 (LG Düsseldorf), **NJW** 51, Heft 10, s. 412; KG, 13. 1. 1958 - 2 Ws (B) 120/57: Bedingter Verbotsirrtum (m. Anm. Schröder),

Failin hatasını barındıran maddi unsurlardan ne anlaşılması gerektiği hususunda ise doktrinde farklı görüşler mevcuttur. *Kunter*, hareket, sonuç ve nedensellik bağlantısını suçun maddi unsurları içerisinde değerlendirirken; *Erem / Danışman / Artuk*, suçun objektif unsuru içerisinde hareketi saymaktadır⁹¹. *Demirbaş*, bu unsurlardan anlaşılması gerekenin bir hareketin suç oluşturabilmesi için bulunması gereken tüm unsurlar olduğunu ifade etmektedir⁹². *Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır*⁹³ ve benzer şekilde *Koca / Üzülmüş*⁹⁴, suçun maddi unsurlarını hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, konu ve nitelikli unsurları da kapsayacak şekilde nitelendirmektedir. *Hakeri*, hareket, netice, nedensellik bağına suçun maddi unsurları içine alırken, fail, mağdur, suçun konusu ve nitelikli halleri tipiklik içerisinde değerlendirmektedir⁹⁵. Alman öğretisinde *Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster*'e göre suçun maddi unsurları, belirli bir tür suçu karakterize eden özellikleri içermekte olup, suçun kanuni tanımında yer alması gereken unsurlardır⁹⁶. *Joecks / Kulhanek*'e göre de, suçun maddi unsurları, suçun tanımına ilişkin objektif tüm unsurlarını içerir⁹⁷.

Tipiklikte hatanın çerçevesini kastın kapsama alanı belirlemektedir. Failin düştüğü hata sonucu failin kasten hareket etmiş olamayacağı sonucuna varıldığına göre, bu yanlış yalnızca kastın kapsamında olan konular hakkında olabilir⁹⁸. Bu nedenledir ki, m. 30/1'de düzenlenen bu hata tipi, suçun unsurlarına ilişkin fiili hata veya tipiklikte hata (tipiklik yanlışlığı - unsur yanlışlığı) şeklinde anılmaktadır.

Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, kastın içeriğine, diğer bir ifadeyle kastın “bilme” unsuruna ilişkindir. Bu durumda aslında fail, failinin ne olduğunu bilmemektedir⁹⁹. Bunun sebebi kişinin davranışının gerçekleşmesini olası görmemesinden (örneğin, dolu olmadığı düşünülen silahın yanlışlıkla ateş alması sonucu bir insanın ölmesi) veya yapmak istediği şeyin sonucunun istediği şey

NJW 58, Heft 24, s. 922; Lackner / Köhl, **a.g.e.**, StGB, § 17, Rn. 18; Roxin, **StAT I**, § 14, Rn. 90; Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, **a.g.e.**, StGB, § 16, Rn. 22.

⁹¹ Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1954, s. 3; Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 253.

⁹² Demirbaş, **a.g.e.**, s. 459.

⁹³ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **a.g.e.**, s. 213.

⁹⁴ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 146.

⁹⁵ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 134.

⁹⁶ Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, **a.g.e.**, StGB § 16, kn.8, 9.

⁹⁷ Wolfgang Joecks / Tobias Kulhanek in: Wolfgang Joecks / Klaus Mießbach (Hrsg.), **Münchener Kommentar**, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020, StGB, § 16, Rn. 69.

⁹⁸ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 255; Kudlich, **BeckOK**, StGB § 16 Rn. 5.

⁹⁹ Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım - II**, (Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, § 30, Rn. 1073.

olmamasından (failin gelen sesleri ayı zannederek bir insanı öldürmesi¹⁰⁰) kaynaklanabilir¹⁰¹. Failin olayın koşulları hakkında hiçbir fikri yok ise (örneğin, yıkım ustasının, bir dizi siyasi aktivistin yıkımı protesto etmek için binaya girmiş olduğunu bilmemesi) veya yanlış bir fikre sahipse de (örneğin, avcının vurduğu mantar toplayıcının yaban domuzu olduğu fikri) durum böyledir¹⁰². Unsur yanılgısında fail, hareketi ve suçun konusu üzerinde bir hataya düşmektedir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken nokta, failin bu hatayı önleyebilecek veya kaçınabilecek durumda olup olmadığıdır¹⁰³. Hatanın, kastı kaldırması için failde, suçun maddi unsurlarına ilişkin bilmeme söz konusu olmalıdır. Aksi halde örneğin, çöp tenekesinin bir insan olabileceğini veya silahın dolu olabileceğini öngörmesi halinde hatadan bahsedilemez ancak olası kast gündeme gelebilecektir. Suçun maddi unsurlarının var olup olmadığına ilişkin belirsizlik tam bir bilgi eksikliği değildir; bu durum failin sadece bir maddi unsurun varlığını bir olasılık olarak görmediği durumlarda gerçekleşir. Gerçekte kabul edilen olgusal bir durumun varlığına ilişkin şüpheler, diğer bir deyişle hatanın kaçınılabilir olması, hata hükmünün uygulanmasına izin vermez¹⁰⁴.

¹⁰⁰ “Hastalığı nedeniyle bir başka işte çalışamayan ve bu sebeple yabani hayvanlara karşı geceleyin kendi bahçesini bekleyen sanığın, olay gecesi de saat 22.00 sıralarında atına binerek köyden 1 Km. uzaklıkta bulunan bahçesine gitmek üzere yola çıktığı, ... mevkiine geldiğinde ayı bağırmasına benzeyen bir ses duyarak, ayı sanması nedeniyle sesin geldiği yöne doğru bir el ateş ettikten sonra, köylüleri yardıma çağırmak amacıyla birkaç el de havaya ateş ettiği ve yakındaki tarlasında çalıştığını bildiği A.D. `ye seslendiği, hemen olay yerine gelen A.D. `ye "bir ayı vurdum, beraber bakalım" dediği, A. `nın el fenerinin aydınlatıldığı yolda üzerlerine bir ineğin gelmesi üzerine, "eyvah inek vurmuşum" biçiminde tepki gösterdiği, bu sırada ilerde yatan bir karartı gördükleri, yanına yaklaştıklarında maktülün vurulduğunu anladıkları, sanığın kendisini kaybederek, "Eyvah M. `yi vurdum" diyerek çırpınmaya başladığı doktora yetiştirmek üzere ata bindirmeye çalıştıkları, o sırada sanığın eşinin de olay yerine geldiği bunun üzerine sanığın taksi göndermek üzere köye gittiği, köylüler de silah sesini duyduklarından olay yerine geldikleri, sanığın gönderdiği taksi maktülün yanına geldiğinde ölmüş bulunduğunu anladıkları, sanığın maktülü vurması nedeniyle büyük bir çöküntü içersine girerek, intihar etmeye kalkıştığı, tanık M.K. `nin müdahalesi sonucunda, intiharın önüne geçildiği, daha sonra sanığın kendiliğinden jandarmaya teslim olduğu, sanığın aşamalarda değişmeyen ve samimi görülen savunması tanıklar A.D., Z.T., M.K. `nin anlatımları ve tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Köy yakınındaki bahçelere ayı domuz gibi yabani hayvanların zarar verdiği ve bu nedenle köylülerin geceleyin bahçelerini bekledikleri dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Bu kanıtlara göre; olay gecesi saat 22.00 sıralarında, sanığın duyduğu sesin atını ürkütmesi ve bu sesi ayı sesine benzetmesi nedeniyle paniğe kapılarak sesin geldiği tarafa doğru av tüfeği ile bir el ateş ettiği, fişegin maktüle isabeti sonucu olayın meydana geldiği anlaşıldığından, öldürme kastı bulunmayan sanığın eylemi tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturduğundan, direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir” YCGK, E. 1995/1-189, K. 1995/217, T. 19.6.1995.

¹⁰¹ Heinrich, II, § 30, Rn. 1073.

¹⁰² Kudlich, BeckOK, StGB § 16, Rn. 3.3 - 4.

¹⁰³ Wessels / Beulke / Satzger, a.g.e., § 6, Rn. 244.

¹⁰⁴ Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, a.g.e., StGB § 16, Rn. 4; Lackner / Kühl, a.g.e., StGB, § 17, Rn. 4.

Suçun unsuru üzerindeki bilmemezlik veya hata, bazen kast sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaz¹⁰⁵. Suçun maddi unsurlarına ilişkin hatanın kastı kaldıran hata olarak nitelendirilmesi, failin tasavvuru gerçekleşmiş olsaydı, ceza hukuku bakımından yapılan değerlendirmenin değişiklik arz edip etmeyeceğine göre yapılmalıdır. Tasavvur edilen ile tipik olarak gerçekleşen fillerin konuları aynı değerde ise veya fail hatalı olarak aynı değerde olduklarını kabul etmişse, buradaki hata önemsizdir¹⁰⁶. Failin suçun maddi unsurlarına ilişkin hatası, suçun konusu bakımından şahısta düşülen hata, failin ceza sorumluluğu bakımından önem teşkil etmez. Failin kastettiği netice yerine başka bir neticenin meydana gelmesi hata veya sapmadan kaynaklanabilir¹⁰⁷. Örneğin, failin (A)'yı hedef alırken elinin titremesi sonucu arkasında duran (B)'ye ateş etmesi durumda doktrinde anılan adıyla *hedefte sapma* söz konusu olur. Hedefte sapma halinde TCK m. 30 kapsamında bir hata söz konusu değildir¹⁰⁸.

Doktrinde tek sonuçlu hata türü olarak değerlendirilen, hedefte sapma ve kişide hata halinde fiilen gerçekleşen netice ile failin kastettiği netice aynı niteliktedir¹⁰⁹. Örneğin, failin (A)'yı öldürmek isterken karanlıkta (B)'yi (A) zannederek öldürmesi ise *kişide hata (error in persona)* olarak değerlendirilmektedir¹¹⁰. Bu durumda seçilen araçların yetersizliği veya yetenekli şekilde kullanılamaması nedeniyle ya da başka bir sebepten dolayı netice, istenilen konu üzerinde değil başka bir konu üzerinde gerçekleşmektedir¹¹¹. Kişide hata ve hedefte sapma hallerinde, failin ceza sorumluluğu üzerinde bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Zira kast aynıdır, hukuki açıdan mağdurun kimliğinin değişmesi bir önem taşımamaktadır; ancak şahsa bağlı cezayı arttıran nitelikli hallerin uygulanması bakımından farklılık söz konusu olabilecektir¹¹².

¹⁰⁵ Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 611.

¹⁰⁶ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 249.

¹⁰⁷ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 465.

¹⁰⁸ Kanun koyucu 5237 sayılı TCK'da sapmayı hata içinde değerlendirmemiş, fikri içtima içinde değerlendirmiştir. Ancak sapmada bazen birden fazla netice (bu neticeler aynı türde olabileceği gibi -örneğin, bir kurşunla iki insanın ölümü- farklı türde de olabilir -örneğin, bir kurşunla bir insanın ölümü ve kucağındaki köpeğinin ölümü), bazen de teşebbüs halinde kalan bir suç ile tamamlanmış bir suç meydana gelebilir. *Soyaslan*, bu gibi durumlarda sapmayı fikri içtima bahsinde değerlendirmenin mümkün olmadığını ancak özel bir hüküm yoluyla konunun düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 477.

¹⁰⁹ İçel, **a.g.e.**, s. 486.

¹¹⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 465.

¹¹¹ Koca / Üzülmüş, s. 249.

¹¹² Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 478.

TCK m.30/2'de düzenlenen, suçun daha az veya daha fazla ceza gerektiren nitelikli hallerinde hakkındaki hata, nitelikli hal dolayısıyla failin sorumlu tutulabilmesi için gerekli sübjektif unsur olan kastı kaldıracağından cezanın arttırılmasına engel teşkil eder¹¹³. Ağırlaştırıcı neden gerçekte var olmayıp, fail var olduğunu zannetmişse, mefruz suç dolayısıyla ağırlatıcı neden faile uygulanmaz¹¹⁴. Örneğin, kardeşi olduğunu bilmediği bir kimseyi öldüren kişi TCK m. 82/1-d bağlamında kasten öldürmenin nitelikli halinden değil, TCK m. 30/2 gereğince bu husustaki hatasından yararlanarak kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur. Benzer şekilde, daha az cezayı gerektiren hafifletici nedenler gerçekte bulunmasa dahi, fail hafifletici neden olduğunu varsayarak hareket etmişse, irade ile gerçek arasındaki aykırılık irade lehine çözümlenerek hafifletici neden yanılan fail hakkında uygulanır¹¹⁵.

Tipiklikte hata ters yönde de gerçekleşebilir¹¹⁶. Failin tipik neticeyi gerçekleştirebileceği zannıyla hareket etmesi halinde, ters tipiklik hatası (veya anılan diğer adıyla *ters unsur yanılığı*) gerçekleşir. Kendi paltosunu almak isterken başkasının paltosunu alan failin düştüğü hata unsur yanılığıyken, başkasının paltosunu almak isterken yanlışlıkla kendi paltosunu alan fail yönünden buradaki hata ters unsur yanılığıdır. Kanaatimizce işlenemez suçta da, ters tipiklik hatası söz konusudur. Failin tasavvurunda suçun maddi unsurları meydana gelmişken, bunlar objektif olarak gerçekleşmemiş ise ters tipiklik hatası söz konusu olacaktır. Bu durum, suçun konusunun gerçekte bulunmadığı veya fail tarafından var sanıldığı ya da suçun konusu gerçekte var olduğu halde hareketin tipik neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmadığı hallerde ortaya çıkabilir. Örneğin, failin elindeki silahı gerçek zannederek hasmını vurmak istemesinde durum böyledir. Her ne kadar fail davranışıyla ahlaka aykırı bir tutum göstermiş ise de, somut olayda netice bağlamında bir haksızlık gerçekleşmediği için kişinin cezalandırılmayacağı mevcut kanuni düzenleme itibarıyla kabul edilmektedir¹¹⁷. Objektif görüşü benimseyenlerce haksızlığı karakterize ederken objektif durum belirleyici olmalıdır ve her ne kadar fail suç işleme iradesini ortaya koymuş ise de; haksızlık ancak failin kendisi tarafından objektif olarak gerçekleştirildiği ölçüde ona atfedilebileceğinden, failin cezalandırılmayacağı ifade

¹¹³ Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 612.

¹¹⁴ Vesile Sonay Evik, "Suça Etki Eden Nedenler", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2007, s. 130.

¹¹⁵ Evik, **Suç Etki Eden Nedenler**, s. 130; Lackner / Kühl, **a.g.e.**, StGB, § 16, Rn. 6.

¹¹⁶ Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, **a.g.e.**, StGB § 16, Rn. 6.

¹¹⁷ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 251.

edilen görüşler arasındadır¹¹⁸. Bu gibi durum ve örnekler ise, işlenemez suçun klasik örnekleri arasında yer almaktadır¹¹⁹. Failin yanılığı araç veya konu bakımından fiili duruma ilişkin ise ters tipiklik hatası dolayısıyla işlenemez suç¹²⁰; buna karşılık failin yanılığı norm düzeyinde ise tersine yasak hatası söz konusu olacaktır¹²¹.

Buna karşılık, suçun unsurlarına ilişkin tersine hatanın, failin suçun unsurlarına ilişkin hukuki değerlendirmesinden ileri gelmesi durumunda ise *ters niteleme hatası* gündeme gelecektir¹²². Failin, beyin ölümü gerçekleşmiş bir hastanın bu durumunu bildiği halde, beyin ölümünün hukuken kişinin varlığını sona erdirdiğini bilmeyerek hastayı canlı sanması durumu ters niteleme hatasını oluşturacaktır¹²³. Çünkü fail, suçun maddi unsuruna ilişkin gerçek durumu doğru algılamasına rağmen bunun hukuki nitelendirilmesinde hataya düşmüştür. Hukuki değerlendirmeye ilişkin hata halinde mefruz suçun meydana geleceği söylenebilir. Ancak ters niteleme hatasının failin hukuki değerlendirmesine ilişkin hatadan kaynaklanması nedeniyle, ters tipiklik hatasında olduğu gibi işlenemez suç gündeme gelmeyecektir¹²⁴.

b. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Hata

Hukuka uygunluk sebeplerinde kaçınılmaz hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanacağı TCK m. 30/3'te düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebeplerinde hata, *hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hata* ve *hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında hata* olarak iki başlık altında incelenmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hatada iki ihtimal bulunmaktadır. Fail ya mevcut hukuka uygunluk sebebini bilmemektedir ya da hukuka uygunluk sebebi olmamasına rağmen

¹¹⁸ Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, **a.g.e.**, StGB, § 16, Rn. 28; Roxin, **StAT I**, § 11, Rn. 153. Ayrıca işlenemez suçun cezalandırılabilirliğine ilişkin ileri sürülen teoriler için bkz. *Üçüncü Bölüm, II., B.*

¹¹⁹ Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 648. Aynı yönde bkz. Ersan Şen, “Hırsızlık Suçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2012, s. 330.

¹²⁰ Aynı görüş için bkz. Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 471 vd. Nitekim, *Özbek / Doğan / Bacaksız* da, işlenemez suçun (yazarlar “elverişsiz teşebbüs” terimini kullanmaktadır) varlığı halinde failin varsayımına dayalı bir tipiklik hatası durumunun söz konusu olduğunu ifade etmiş ancak bu durumda klasik tipiklik hatasından farklı olarak failin mevcut olanı bilmeme şeklinde değil, mevcut olmayana varsayma şeklinde yanlış olduğunu diğer bir deyişle klasik hatada fail olumlu-pozitif olanı bilmezken, işlenemez suçta failin olumsuz-negatif olanı bilmediğini belirtmişlerdir. Ayrıca yazarlar, TCK anlamında işlenemez suçun cezalandırılmama gerekçelerinden birinin failin ters tipiklikte hata halinde olduğunu ifade etmişlerdir.

¹²¹ Öztürk / Erdem, **a.g.e.**, kn. 663.

¹²² Niteleme hatası için bkz. aşağıda *Birinci Bölüm, II., A., 2., d.*

¹²³ Erman, B., **a.g.e.**, s. 103.

¹²⁴ Ters niteleme hatası için bkz. aşağıda *Birinci Bölüm, II. A. 2. d.*

fail varmış gibi hareket etmektedir. İkinci başlık olan hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında hatada ise ortada bir hukuka uygunluk sebebi vardır ancak fail bu hukuka uygunluk sebebinin koşullarında hataya düşmüştür. Bu durumda da fail hukuka uygunluk sebebi içerisinde olduğu halde koşullarını aleyhine veya lehine yorumlamak suretiyle hataya düşmektedir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hata yapan failin hatası çalışmamızın konusu bakımından iki şekilde ortaya çıkabilir: (i) *mevcut olan hukuka uygunluk sebebinin fail tarafından bilinmemesi* ya da (ii) *hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında failin yanlış tasavvurda bulunması nedeniyle eylemin suç oluşturduğu hususundaki hatası* neticesinde hata mevcut olabilir. Çalışmamızın konusu bakımından yalnızca bu iki durum ile konuyu sınırlamamızın nedeni, her iki durumda da fail haksız bir eylemde bulunduğu düşüncesiyle hareket etmekte ancak gerçekte hukuka uygunluk hali içerisinde olmasıdır. Bu iki durum neticesinde failin eyleminin mefruz suç veya işlenemez suç oluşturma ihtimalleri değerlendirilmelidir. Hukuka uygunluk sebeplerinde hatanın diğer kombinasyonlarında, yani failin hukuka uygunluk içerisinde olmamasına rağmen hukuka uygun hareket ettiğini zannettiği ihtimallerde ise durum böyle değildir. Zira fail hukuka uygun hareket ettiğini düşünmektedir. Bu durumda failin hatasının kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirilir ve gerçekten de failin hatasının kaçınılmaz olduğu sonucuna ulaşırsa TCK m. 30/3 uyarınca fail bu hatasından yararlanır¹²⁵.

Failin haksızlık bilinciyle hareket etmesine rağmen gerçekte hukuka uygunluk sebebi içerisinde olduğu hallerden ilkinin oluşturan mevcut hukuka uygunluk sebebinin fail tarafından bilinmemesi nedeniyle hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hataya, hasmını vurma düşüncesiyle hareket eden failin gerçekte üçüncü kişi lehine meşru savunmada bulunması hali örnek olarak verilebilir. Hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında failin içerisinde bulunduğu durumu aleyhine yorumlaması şeklinde ortaya çıkan hata haline ise, malını korumak üzere hareket eden ve gerçekte meşru savunmanın şartları dahilinde hareket eden failin malını korumak üzere yapılan savunmanın meşru savunma niteliğinde olmadığı düşüncesinde olması örnek olarak verilebilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında tersine yanlış¹²⁶ olarak ifade edilen bu durumda, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları meselesi önem kazanmaktadır. Mevcut hukuka uygunluk sebebinin fail tarafından bilinmeden

¹²⁵ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 434.

¹²⁶ Erman B., **a.g.e.**, s. 388.

hareket edilmesinde failin hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanıp yararlanmaması veya ne ölçüde yararlanması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Gerçekte hukuka uygunluk nedeni bulunmasına rağmen bunu bilmeden hareket eden failin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanıp yararlanmayacağı hususunda, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte mi yoksa subjektif nitelikte mi olduğunu irdeleyen görüşler mevcuttur¹²⁷. Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda mevcut olması halinde, failin ayrıca haksızlık bilinciyle hareket edip etmediğinin araştırılması ve yokluğunun ceza tehdidine bağlanmasının sakıncaları nedeniyle ve yine TCK'daki mevcut düzenlemelerin de bu yönde olduğu nazara alındığında, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte olduğu kabul edilmelidir¹²⁸.

Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte olduğunun kabulüyle birlikte, hukuka uygunluk içerisinde olmasına rağmen bir ceza normunu ihlal ettiği düşüncesinde olan failin işlediği eylem hukuka uygun kabul edilmekle birlikte böyle bir durumda işlenemez suçun mu yoksa mefruz suçun mu gündeme geleceği tartışılabilir. Zira, işlenemez suçta da mefruz suçta da fail, haksız bir eylemde bulunduğu düşüncesiyle hareket etmektedir. İşlenemez suç, suçun konusundaki veya failin hareketindeki elverişsizlik nedeniyle istenilen neticenin meydana gelmesinin imkansız olması halinde ortaya çıkar. Failin hareketinin hukuka uygun olması nedeniyle hareketin suç neticesini meydana getirmesindeki hukuki imkansızlık olarak, suç neticesinin meydana gelmesinin imkansızlığı nedeniyle işlenemez suç görünüşte gündeme gelebilecektir. Ancak hukuka uygunluk sebebinin varlığına ilişkin failin bu bilgisizliği hareketin elverişliliğini etkilememektedir. İşlenemez suç durumunda imkansızlık fiili durumdan kaynaklanmaktadır. Halbuki failin bilgisi dışındaki hukuka uygunluk sebebinin varlığı neticenin gerçekleşmesine ilişkin fiili durum itibarıyla bir imkansızlık teşkil etmemektedir. Bu nedenle kanaatimizce, failin hukuka uygun bir eylem içerisinde olmasına rağmen hatalı olarak haksızlık işlediğini düşünmesinin mefruz suç olarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹²⁹.

Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hatanın diğer bir şekli ise, gerçekte bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamasına rağmen failin varmış gibi hareket etmesi durumunda ortaya çıkar. Failin bu hatası iki ihtimalden kaynaklanabilir. Fail ya içinde

¹²⁷ Hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları hususunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Selman Dursun / Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF**, C.73, S. 1, 2015.

¹²⁸ Önder, **C. II - III**, s. 152; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 290; Dursun / Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 87.

¹²⁹ Aynı yönde bkz. Dursun / Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 86.

bulunduğu durumu mevcut bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğunu düşünür ya da içinde bulunduğu durumu mevcut olmayan bir hukuka uygunluk sebebi olarak yorumlar. Bu durum mefruz suça veya işlenemez suça sebebiyet vermez zira mefruz suçun veya işlenemez suçun aksine bu durumda fail haksız bir harekette bulunduğunun farkında değildir. Bu durumda dolaylı yasak hatası söz konusu olacaktır¹³⁰. Eğer failin düştüğü hata kaçınılmaz ise TCK m. 30/4'e göre hareket edilmesi gerekmektedir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarına ilişkin bir diğer düzenleme ise, kusurluluğu etkileyen bir hal olarak TCK m. 27'de sınırın aşılması başlığı ile yer almaktadır. Bu durumda meşru savunma haricindeki diğer hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, cezada indirim uygulanacaktır. Meşru savunma halinde ise, sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmeyecektir.

c. Kusurluluğu Azaltan veya Kaldıran Sebeplerde Hata

Hata bahsinin düzenlendiği TCK m. 30'un 3. fıkrasında yer alan ikinci hata türü olarak kusurluluğu azaltan veya kaldıran sebeplerde hata yer almaktadır. Buna göre, kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebeplere ilişkin hataya düşen kişinin bu hatası kaçınılmaz ise bu hatasından yararlanacaktır. Örneğin, kendisine köy kahvesinde küfür eden (B)'yi kahve çıkışında dövmek için geçeceği yol üzerinde bekleyen failin yoldan geçenin görünüşü olarak (B)'ye çok benzeyen (C) olduğunu gece karanlığının da etkisiyle fark etmeyip ona sopayla birkaç kez vurması halinde, kaçınılmaz bir hata içinde olduğu kabul edilebilirse (A) haksız tahrik hükmünden yararlanabilecektir. Ancak, gerekli özeni gösterseydi gece dahi olsa yoldan geçenin C olduğunu fark edebilecek idiyse artık haksız tahrikten hükümlerinden yararlanamayacaktır¹³¹.

¹³⁰ Wessels / Beulke / Satzger, **a.g.e.**, § 14, Rn. 761; Kindhäuser, **StAT**, § 28, Rn. 12. Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları teorisini kabul eden *Koca / Üzülmüş*, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında düşülen hata ile haksızlık yanlışlığının birbirine karıştırılmaması yönünde karşı görüşü teşkil etmektedir. Yazarlara göre, haksızlık yanlışlığında fail işlediği fiilin maddi şartlarına ilişkin tüm hususları bilmekte ve kastı tamdır; buna rağmen işlediği fiilin hukuk düzeni tarafından izin verildiğini düşünmektedir. Buna karşılık, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurlarında hata halinde, fail işlediği fiil ile tipikliğin unsurlarını gerçekleştirdiğinin farkında olmasına rağmen bu fiili hukuka uygunluk nedenlerinden biri çerçevesinde işlediğini düşünmektedir. Bu gerekçelerle yazarlar hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın TCK m. 30/1'e göre ele alınması gerektiğini ifade etmişlerdir. *Koca / Üzülmüş*, **a.g.e.**, s. 301 vd. Ancak kanaatimizce, yukarıda belirttiğimiz üzere bir hukuka uygunluk sebebi içerisinde hareket ettiğini düşünen fail haksız bir harekette bulunduğunun farkında değildir; bu durumda bu hatası haksızlık yanlışlığı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Aynı yönde bkz. Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **a.g.e.**, s. 656; Özbek / Doğan / Bacaksız, Genel Hükümler, **a.g.e.**, s. 444 vd.

¹³¹ Veli Özer Özbek, "Türk Ceza Hukukunda Hata", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 7, 2008, s. 93.

Kusurluluğu etkileyen hata halleri suçun tipiklik ve hukuka aykırılık alanındaki hata hallerinde olduğu gibi suçun oluşumuna etki eder nitelikte değildir. Kusurluluk, failin davranışlarının sonuçlarını bilme ve iradesini buna göre yönlendirme imkanına sahip olup olmadığına ilişkindir¹³². Kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebeplerin varlığı halinde kişinin haklı davranışı seçme kabiliyetinin azaldığı kabul edilir ve failin bu eylemi nedeniyle kınanabilirliği etkilenir. Böyle durumlarda, suçun konusu veya hareketin elverişliliği etkilenmemektedir ve bu nedenle işlenemez suçun gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır.

d. Yasak Hatası

Hata fail tarafından yapılan yanlış bir değerlendirmeye, diğer bir ifadeyle haksızlık bilinci olmasına karşılık eylemin suç oluşturduğu hususunda normatif düzenleme hakkında sahip olduğu yanlış bir yargıya dayanıyorsa, bu durumda yasak hatası söz konusu olacaktır¹³³. Doktrin ve içtihat, yanlış davranış bilincinin suçluluğun bir özelliği olduğu konusunda hemfikirdir. Ancak uzun zamandır, haksızlık bilincinin dogmatik olarak nasıl sınıflandırılması gerektiği ve bunun eksikliğinin ne gibi yasal sonuçları olduğu tartışmalıdır¹³⁴. Doktrinde hukuki hata olarak da adlandırıldığını ifade ettiğimiz yasak hatasında (haksızlık yanılığı), kişinin işlediği fiilin hukuk düzenince yasaklandığının bilinmemesi durumu söz konusudur¹³⁵. Yasak hatasından söz edilebilmesi için, failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi gerekir. Dolayısıyla buradaki hata failin işlemiş olduğu fiilin suç olarak düzenlenip düzenlenmediği hususundaki bilgisinden ziyade haksızlık bilinciyle ilgilidir. Zira, ortalama zekaya sahip her insan, eyleminin kanunda hangi suçu oluşturduğu hususunda kesin bir bilgisi olmamasına rağmen o eylemin bir haksızlığa sebebiyet verebileceğini öngörebilir. Haksızlık yapmış olmanın içgörüsü (haksızlık farkındalığı) burada suçun değerlendirilmesi ile oldukça yakından ilgilidir¹³⁶. Örneğin, öldürme, yaralama, hırsızlık gibi eylemlerin haksızlık oluşturduğu hususunda her

¹³² Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **a.g.e.**, s. 652.

¹³³ Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Verlag Vahlen, München, 2008, § 15, Rn. 16; Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, **a.g.e.**, StGB § 16, Rn. 10.

¹³⁴ Joecks / Kulhanek, **MüKoStGB**, § 17, Rn. 1.

¹³⁵ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 354.

¹³⁶ Lackner / Kühl, **a.g.e.**, StGB § 17, Rn. 2. Yazarların da ifade ettiği üzere fail davranışının haksızlık içerebileceğinin mümkün olduğunu düşünse bile (sözde adaletsizlik şüphesi), bu olasılığı aynı şekilde kabul etmiş ise haksızlığının bilincindedir.

insan aşağı yukarı bu bilince sahiptir¹³⁷. Ancak bazı durumlarda, kişinin bilgi düzeyi, eğitimi, sosyal - kültürel çevre koşulları nedeniyle haksızlık bilinci farklılık gösterebilir¹³⁸. Yasak hatasının varlığı, tarihsel süreçte her şeyden önce, failin cezalandırılabilmesi için hukuka aykırı hareket etme bilincinin öneme sahip olduğunu gösterir¹³⁹.

Fail, eylemlerinin hukuka aykırılığı konusunda hataya düşmüş ise bu durum, haksızlık yanlıgıdır ve kastı etkilemeyen bir yasak hatası söz konusudur¹⁴⁰. Yasak hatası, niteleme hatasından veya hukuka uygunluk sebeplerinde hatadan da kaynaklanabilir. Failin suçun maddi unsurlarını bilmesine karşılık bunların hukuki nitelemesinde hataya düşmesinden veya hukuka uygunluk sebebi bulunmamasına karşın failin hukuka uygunluk sebebine dayanarak haksızlık bilincine sahip olmaması durumlarında yasak hatasının gündeme geleceğinden bahsetmiştik¹⁴¹.

Yasak hatasının ters yönde gerçekleşmesi durumunda ise, tersine yasak hatası söz konusu olacaktır. Bu durumda fail, eyleminin suç olduğunu düşünmesine rağmen gerçekte eylem suç değildir. Eğer fail, eylemine karşılık gelen bir suç bulunmamakla birlikte, yalnızca kendisinin bir suç işlediğini tasavvur ederse, tersine yasak hatasından söz edilecek; böyle bir hatanın varlığı halinde, “*nulla poena sine lege*” (kanunsuz suç

¹³⁷ Nitekim, kişinin, iradesinden bağımsız olarak, haksızlık oluşturduğunu idrak edemeyecek düzeyde olduğunun öngörüldüğü, kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamamasına veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltmasına neden olan haller, genel olarak ceza kanunlarında kusurluluğu etkileyen haller olarak yer almaktadır. Buna, TCK m. 31 yaş küçüklüğü; m. 32 akıl hastalığı; m. 33 sağır ve dilsizlik; m. 34 geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma; Alman CK § 19 çocuğun kusursuz ehliyetsizliği ve § 20 ruhsal bozukluklardan doğan kusur ehliyetsizliği başlıklı maddelerinde hallerinde düzenlenen haller örnek olarak verilebilir. Kişide bu hallerin tespit edilmesi halinde kişinin cezasında indirim uygulanmakta veya kişiye ceza vermekten kaçınılarak gerekli görüldüğü hallerde güvenlik tedbirlerinin uygulanması öngörülmektedir. Buna örnek olarak Alman CK § 21 azalmış kusur ehliyeti başlıklı maddede yer alan “*Failin, fiilin haksızlığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme ehliyeti, fiilin icrası sırasında 20 nci maddede gösterilen sebeplerle önemli derecede azalmışsa, ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir*” düzenlemesi gösterilebilir.

¹³⁸ Sosyal - kültürel çevre koşullarına göre haksızlık bilincinin farklılık gösterebileceğine ilişkin, Almanya, Köln Mahkemesi tarafından verilen karar örnek olarak gösterilebilir. Mahkeme, çocuğun sünnet ettirilmesi eyleminin hem sünnet eden hem de çocuğun sünnet edilmesine izin veren ebeveyn bakımından kasten yaralama suçunun unsurlarının oluştuğunu kabul etmiştir. Buna karşılık Mahkeme, eylemi Alman CK m. 17’de düzenlenen hukuki hata hükümlerini çerçevesinde değerlendirerek, sünneti gerçekleştiren hekimin ve çocuğun sünnet edilmesine izin veren ebeveynin cezalandırılmamasını kabul etmiştir. Karara göre, sanıkların hatası kaçınılmaz niteliktedir ve bu sebeple sanıkların kusursuz hareket ettiğine mahkemece karar verilmiştir. Karar için bkz. NJW 2012, Heft 29, 2128; LG Köln, Urt. v. 7. 5. 2012 – 151 Ns 169/11. Ayrıca kararın detaylı incelemesi için bkz. Ayşe Nuhoğlu, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2019, s. 211 - 220.

¹³⁹ Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, **a.g.e.**, StGB § 17, Rn. 1.

¹⁴⁰ Joecks / Kulhanek, **MüKoStGB**, § 16, Rn. 115.

¹⁴¹ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, II., A., 2., b.*

ve ceza olmaz) ilkesi nedeniyle sorumluluk söz konusu olmayacaktır¹⁴². Örneğin, bir ceza yargılamasında sanık sıfatıyla yer alan kişinin olaya ilişkin gerçeğe aykırı beyanda bulunması halinde, bu kişi gerçeğe aykırı beyanda bulunarak suç işlediğini düşünmesine rağmen, gerçekte bu kişinin eylemi suç teşkil etmemektedir. Bu durumda, mefruz suç gündeme gelecektir.

Failin tasavvurunun konusu dış dünyaya ait bir şey olabileceği gibi, normatif dünyaya ilişkin bir hususta da olabilir¹⁴³. Bazı durumlarda fail suçun maddi unsurlarının mevcudiyetinde; bazı durumlarda ise içinde bulunduğu olayın hukuki değerlendirmesinde hataya düşmüş olabilir¹⁴⁴. Failin, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarına ilişkin içeriği doğru algılamasına rağmen bunun hukuksal niteliğinde hataya düşmesi halinde, artık suçun maddi unsurlarına ilişkin hatadan bahsedilemeyecektir. Bu durumda niteleme (hukuki yorum) hatası söz konusu olacaktır ve bu hata yasak hatası kapsamında değerlendirilecektir. Zira kast, failin dış dünyadaki tasavvuruna ilişkindir, kastın varlığı için suçun unsurlarına ilişkin doğru hukuki yorum yapılması gereklilik arz eden bir şart değildir¹⁴⁵.

Niteleme (*Sumbuntionsirrtum*) hatasında fail gerçekleştirdiği fiili doğru olarak algılamasına rağmen hukuki düzenlemenin yanlış değerlendirilmesi sonucunda hataya düşmektedir¹⁴⁶. Failin hukuki yorumundaki bu hatası, ceza normunu lehine veya aleyhine genişletmek suretiyle ortaya çıkabilir. Failin, lehine yorumladığı bu hata niteleme hatası olarak adlandırılırken, aleyhine yorumladığı hata ise ters niteleme hatası (*umgekehrter Sumbuntionsirrtum*) olarak anılmaktadır¹⁴⁷. Örneğin, failin sürekli havlamasından rahatsız olduğu komşusunun köpeğini, hayvanın bir eşya olmadığı ve bu nedenle mala zarar verme suçunu oluşturmadığı kanaatiyle yaralamasında durum böyledir. Fail, hayvana zarar vermenin cezalandırılabilir bir eylem olmadığını düşünmektedir. Fail, suçun maddi unsurlarını bilmesine karşın hayvanın Alman CK § 303 uyarınca ceza hukuku bakımından eşya kabul edildiği

¹⁴² Joecks / Kulhanek, **MüKoStGB**, § 17, Rn. 38.

¹⁴³ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 245.

¹⁴⁴ Heinrich, **II**, § 30, Rn. 1065 - 1066. Öte yandan, mevcut bir yasayı ihlal eden bir kimse kendisine danışılan bir avukattan aksi yönde hukuki tavsiye almış olsa bile, yasak hatası ileri süremeyeceği yönünde bkz. "OLG Frankfurt a. M.: Verbotswidrige Öffnung eines Ladengeschäfts an Sonntagen", **NStZ-RR**, Heft 12, 2020, s. 382 vd. Olayda yüksek mahkeme, Almanya Hessen Eyaleti Mağaza Açma Yasası (*hessische Ladenöffnungsgesetz "HLöG"*) § 3 uyarınca, mevcut olan Pazar günleri satış yasağının istisnası olarak büfe (*Kiosk*) şeklinde çalışarak, büfenin yalnızca bir bölümünün faaliyet göstermesi halinde perakende satış mağazasının mağaza açma yasağına tabi olmadığı yönünde avukata danışılarak alınan (hatalı) hukuki tavsiyenin yasak hatasına yol açmayacağına hükmetmiştir.

¹⁴⁵ Dönmezer / Erman, **C. II**, kn.655; Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 251.

¹⁴⁶ Heinrich, **II**, § 30, Rn. 1078.

¹⁴⁷ Kindhäuser, **StAT**, § 30, Rn. 24.

hususunda hataya düşmektedir¹⁴⁸. Bu durumda, suçun maddi unsurlarında bir hatadan değil, eylemin haksızlık oluşturduğu hususunda düşülen bir hatadan bahsetmek gerekir ki bu da yasak hatasını gündeme getirir¹⁴⁹. Suçun maddi unsurlarına ilişkin niteleme hatası, yasak hatasının bir türü olarak değerlendirilmelidir. Bu durum TCK m. 30/4 uyarınca, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatanın değerlendirilmesi ile çözüme kavuşacaktır.

Niteleme hatası, aynı zamanda unsur hatası ile yasak hatasının birbirinden ayrıldığı noktadır. Bu durumda, niteleme hatasının, yasak hatasından ayırt edilebilmesi için keskin sınırlara ihtiyaç vardır. Elbette ki, buradaki her koşul somut olaya göre ayrıca değerlendirilmesi gerekirse de, bu ayrım, failin tasavvurunun, failin değerlendirmesindeki bir eksiklikten mi yoksa algı eksikliğinden mi kaynaklandığına göre yapılabilir¹⁵⁰. Örneğin, kendi paltosunu almak isterken başkasının paltosunu alan failin düştüğü hata bir unsur yanılığıdır. Fail, paltonun hukuki niteliği hususunda değil, dış dünyaya ilişkin algılaması gereken bir hususta hataya düşmüştür.

Konu itibarıyla esas sorun, failin hukuki değerlendirmesinin normu kendi aleyhine genişletmesi halinde ortaya çıkacaktır. Ters niteleme hatası (*umgekehrter Subsumtionsirrtum*) olarak adlandırılan bu durumda fail, haksızlık bilinciyle hareket ederek bir suç işlediği kanaatinde olmasına rağmen işlediği eylem gerçekte bir suç oluşturmamaktadır¹⁵¹. Örneğin, hasmının fotoğrafını yırtan failin, hasmını yaraladığını düşünmesinde olduğu gibi. Böyle bir durumda mefruz suç mu yoksa işlenemez suç mu gündeme gelecektir? Bu hususa çalışmamızın ilerleyen kısımlarında yer vereceğimize

¹⁴⁸ Sahipli hayvana zarar verme eyleminin mala zarar verme suçunu oluşturacağını düzenleyen TCK m. 151/2 maddesi, 09/07/2021 tarih ve 7332 sayılı Kanunun 17. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Hayvanlara zarar verici eylemler, 5199 sayılı Hayvan Koruma Kanunu m. 14'te "Yasaklar" başlığı ile yer almış ve bu tür eylemlerde bulunan kişilere ilgili kanunun "İdari Para Cezaları" başlıklı 28. maddesine göre idari para cezası verileceği düzenlenmiştir.

¹⁴⁹ Heinrich, II, § 30, Rn. 1078.

¹⁵⁰ Erman, B., a.g.e., s. 43.

¹⁵¹ Kühl, StAT, § 15, Rn. 96; BGH, Urteil vom 1. 7. 1959 - 2 StR 191/59 (LG Köln), NJW 59, Heft 48, s. 2173, 2174. Bu kararda federal mahkeme, asker olan failerin kantinden sigara almak için oluşturdukların vesikaların Alman CK § 267 manasında belgede sahtecilik suçu bakımından belge özelliğini oluşturan unsurların hatalı varsayımına dayanarak, söz konusu vesikaların bu özellikleri olmamasına rağmen, failerin hatalı bir hukuki değerlendirme nedeniyle bunları belge olarak değerlendirmiş olmalarının söz konusu olduğunu değerlendirmiştir. Kararda ayrıca ceza hukuku anlamında belge tanımlanmış ve belgenin yalnızca düşüncelerin yazılı olarak ifade edilmesi değil, aynı zamanda ilgili tarafların hukukuna, geleneğine veya anlaşmasına göre, yazarın düşüncelerinin bir ifadesini temsil etmek için tasarlanmış ve fiziksel varoluşlarının ötesinde, belirli yasal ilişkiler için kanıt sağlamaya uygun olan diğer nesnelerin belge olarak sayılacağına yer verilmiştir. Bu nedenle belge niteliği taşımayan bu vesikalardan yeniden baskı alınmasının cezasızlıkla sonuçlanması gerektiğine karar verilmiştir.

için, burada yalnızca bu tür hata durumlarında mefruz suç veya işlenemez suçun gündeme gelebileceği hususunu belirtmekle yetineceğiz¹⁵².

e. Suçun Unsurları Dışında Kalan Hallerde Hata

i. Suçun Önşartları

Tipe uygunluğu sağlayan ve eylemden önce var olan hususlar doktrinde¹⁵³ bazı yazarlarca suçun önşartları (önkoşulları) olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁴. Buna göre önşartların suçun unsurlarından farklı olarak hareketin yapılmasından önce gerçekleşen olumlu veya olumsuz hukuki unsurlar olduğu ve önşartın bulunmamasının o suçun oluşmasını engelleyeceği doktrinde ifade edilmektedir¹⁵⁵.

Önşartı kabul eden yazarlardan bazıları sadece suç konusunun niteliğine ilişkin hususları, bazıları ise failin sıfatına ilişkin hususları önşart olarak değerlendirir¹⁵⁶. Örneğin, özgü suçlar bakımından failin özgü suç için aranan şartları sağlaması tipe uygunluğun gerçekleşmesi için önkoşul mahiyetindedir. Ancak kanaatimizce, önkoşul olarak nitelendirilen bu durumlar da suçun unsurlarına ilişkindir. Örneğin, çocuk düşürme suçunda kadının gebe olması suç konusunun veya failin niteliğine ilişkin bir önşart olarak değerlendirilmektedir; ancak aslında bunlar da suçun unsurlarına dahildir¹⁵⁷. Bu unsurlar mevcut değilse zaten suçun işlenmesi imkansız hale gelecektir. Dolayısıyla önşartlar meselesine yaklaşımımız bunların suçun unsurlarına dahil olduğu yönündedir ve bunların yokluğu halinde ya suçun konusunun yokluğu nedeniyle ya da hareketin elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç gündeme gelecektir.

¹⁵² Bkz. aşağıda *Birinci Bölüm, II., B.*

¹⁵³ Önder, İtalyan doktrininde *Manzini* ve *Massari* tarafından ortaya atılan önşartların Alman hukukunda üzerinde ayrıca durulmayan bir konu olduğunu ifade etmiştir. Önder, *C. II - III*, s. 79.

¹⁵⁴ İçel, *a.g.e.*, s. 242. Buna karşılık, doktrinde suçun önşartı kavramına ilişkin çoğunluk görüş, önşartın faile veya fiilin konusuna ilişkin olduğu ve bunların failin elinde olmaması nedeniyle suçun önşartı sayılmamaları gerektiği yönündedir. Bkz. Erem / Danışman / Artuk, *a.g.e.*, s. 235.

¹⁵⁵ Dönmezer / Erman, *C. II*, kn. 11; Centel / Zafer / Çakmut, *a.g.e.*, s. 211.

¹⁵⁶ Bununla birlikte İtalyan doktrininde *Manzini*'ye göre, önşartlar, suçun önşartları ve fiilin önşartları olarak ikiye ayrılmalıdır. Suç tipinin ihlal edilmesinden önce bulunan şartların suçun önşartları olduğu ve fiili önşartların ise hukuki ve maddi nitelikte oldukları ifade edilmektedir. Hukuki nitelikte olan fiili önşartlara örnek olarak zina için evliliğin mevcut olması verilmiştir. Maddi nitelikteki fiilin önşartına ise, çocuk düşürme suçunda kadının gebe olması örneği verilmiştir. İtalyan doktrininde bir başka görüşü ileri süren *Massari*'ye göre ise umumi ve hususi olmak üzere iki tür önşartın olduğu ifade edilmiş; umumi önşartın bir ceza normu bulunması ve buna bir ceza yaptırımının öngörülmesi, hususi önşartın ise mevcut olmamaları halinde genel bir suçun değil belirli bir suçun oluşmasına imkan vermemesi şeklinde ifade edilmiştir. Önşartlara ilişkin İtalyan doktrinindeki görüşler için bkz. Kunter, *Maddi Unsurlar*, s. 70 -71; Önder, *C. II - III*, s. 79 - 80.

¹⁵⁷ Aynı yönde bkz. Kunter, *Maddi Unsurlar*, s. 73; Dönmezer / Erman, *C. II*, kn. 13; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 6; Önder, *C. II - III*, s. 81; Centel / Zafer / Çakmut, *a.g.e.*, s. 211.

Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir karara konu olayda, yalnız asker kişiler tarafından işlenebilen, 1632 sayılı AsCK'da düzenlenen firar ve izin tecavüzü suçlarını işlediği iddia edilen sanığın, suçu işlendiği anda asker kişi sıfatının sona ermesi veya askerliğe elverişli olmadığına anlaşılmaması karşısında, işlendiği iddia olunan firar ve izin tecavüzü suçlarının işlenemez suça dönüşeceğine karar verilmiştir¹⁵⁸. Önşartları kabul etmemekle birlikte, bunların varlığı hususundaki hatanın suçun unsurlarına ilişkin hata olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

ii. Objektif Cezalandırılabilme Şartları

Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun tüm unsurları gerçekleşmesine rağmen, failin cezalandırılabilmesi için kanunun ayrıca varlığını aradığı ve gerçekleşmedikçe failin cezalandırılmasının mümkün olmadığı şartları ifade etmektedir¹⁵⁹. Objektif cezalandırılabilme şartını içeren suçlar bakımından, bu şartlara ilişkin hata önemsizdir; zira bu tür şartlar suçun oluşumuna etki etmemekte birlikte yalnızca cezalandırılabilmeye ilişkindir¹⁶⁰. Failin kastı eylemin cezalandırılabilirliğini kapsamaması gerekmediği için, bunlar üzerindeki hatanın da kasta herhangi bir etkisi bulunmayacaktır¹⁶¹. Örneğin, bir konferansta mikrofonunun açık olduğunu bilmeden, salonda bulunan üçüncü bir kişi hakkında yanındaki konuşmacıya hakaret niteliğinde

¹⁵⁸ “Kovuşturma aşamasında askerliğe elverişli olup olmadığının tespiti için 21.09.2016-26.09.2016 tarihleri arasında adli gözlem altına aldırılmış olan sanık hakkında, Eskişehir Yunus Emre Devlet Hastanesi Baştabipliğince tanzim olunan 26.09.2016 tarihli ve 2016/99 sayılı Sağlık Kurulu Raporunda, sanığın "Disosyal Kişilik Bozukluğu (Ağır Davranış Patolojileri ile Seyreden Kişilik Bozukluğu)" tanısı ile suç tarihlerinde (02.09.2013 -06.06.2016) askerliğe elverişsiz olduğunun belirtildiği göz önüne alındığında, yargılama sırasında suç tarihlerinde askerliğe elverişli olmadığı saptanan sanığın, işlediği iddia olunan izin tecavüzü suçunun işlenemez suç niteliği kazanması ve ortada yargılama yapılmasını gerektirecek bir fiilin kalmaması karşısında, sanığın fiilinin kanunda tanımlanan suç tipine uymadığı sonucuna varılmakla, ilk derece Mahkemesinin mahkumiyet kararı hukuka aykırı bulunduğu ve yargılamaya konu fiilin daha fazla aydınlanması gerekmediğinden, duruşma açılmaksızın hükmün düzeltilmesi suretiyle istinaf başvurusunun esastan reddine...” **Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. CD., E. 2018/5496, K. 2019/590, T. 29.1.2019.**

¹⁵⁹ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 448. Objektif cezalandırılabilme şartlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Zeynel T. Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, **İÜHFİM**, C. 68, S. 1 - 2, 2010, s. 151 - 167.

¹⁶⁰ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 449. Ayrıca bu tür suçlarda, objektif cezalandırılabilme şartı suçun oluşumuna etki etmemesi nedeniyle, bu şartın gerçekleşmediği takdirde herhangi bir ceza verilebilmesi mümkün olmayacaktır. Nitekim, cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda, fail, o şart üzerinde irade gösteremeyeceği gibi, cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesini istemese dahi şartın gerçekleşmesi durumunda cezalandırılır. Bkz. Pınar Memiş Kartal, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Kentel'e Armağan**, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, s. 1388.

¹⁶¹ Kühl, **StAT**, § 5, Rn. 18.

sözler söyleyen failin bu sözlerinin salondaki bütün topluluk tarafından duyulduğu varsayımında, failin huzurda hakaret suçu açısından herhangi bir objektif cezalandırılabilirlik koşulu bulunmadığı ve sözlerin doğrudan muhatabına yönelmiş olması gerekeceği için; failin bu hatası suçun unsurlarına ilişkin olacaktır ve TCK m. 30/1 uyarınca failin kastı bulunmadığı için bu suç gerçekleşmeyecektir. Buna karşılık, objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirilen¹⁶², mağdur haricinde üç kişi ile ihtilat unsuru¹⁶³ yine de yerine gelmiş olduğundan, fail gıyapta hakaret suçundan cezalandırılabilecektir¹⁶⁴. Aynı şekilde failin objektif cezalandırılabilme şartlarına ilişkin ters hatası da suçun unsurlarına etki etmemesi nedeniyle suçun oluşumu açısından bir etki doğurmayacaktır. Örneğin, failin üçüncü kişi hakkındaki hakaret niteliğindeki sözlerini, üç kişinin huzurunda zannettiği ancak gerçekte iki kişi ihtilatında söylemiş olması halinde, gıyapta hakaret suçu yine oluşacak ancak cezalandırılabilme şartı olan üç kişi ihtilatı unsuru gerçekleşmediği için cezalandırılmayacaktır.

iii. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesi sırasında var olan ve failin cezalandırılmasına engel olan şahsa bağlı sebeplerdir¹⁶⁵. Şahsi cezasızlık sebebi, fiili suç olmaktan çıkarmaz¹⁶⁶. Şahsi cezasızlık sebeplerinde hata halinde, diğer bir anlatımla gerçekte var olsaydı, hukuk düzenince kabul edilen bir cezasızlık sebebinin

¹⁶² TCK'da cezalandırılabilme şartını içeren suçlardan, hileli iflas suçu (m. 161) ve taksirli iflas suçu (m. 162) örnek olarak verilebilir. Bu suçlara ilişkin iflas olgusu, tipik eylemin dışındadır ve suçun kurucu unsuru değildir. Buna karşılık failin cezalandırılması, iflas olgusunun varlığına bağlıdır. Doktrinde Evik'in de katıldığı görüşe göre, bu koşulun tasnifi iflas olgusunun ortaya çıkış zamanına göre yapılmalıdır. Buna göre iflas olgusu, iflastan önce yapılan hileli hareketler açısından bir cezalandırılabilirlik koşulu iken; iflastan sonra yapılan hareketten sonra suçun ön koşulu olarak değerlendirilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Hakan Evik, **Türk Ceza Hukuku'nda Hileli ve Taksirli İflas Suçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 160 vd.

¹⁶³ Hakaret suçunun düzenlendiği TCK m. 125/1 gerekçesinde, "*Hakaret suçu, kişinin gıyabında da işlenebilir. Kişiye hazır bulunmadığı bir ortamda veya doğrudan muttali olamayacağı bir surette hakaret edilmesi durumunda, gıyapta hakaret söz konusudur. Ancak, gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için, failin mağdurun gıyabında ve fakat en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir. Bu kişilerin toplu veya dağınık olmalarının suçun oluşumu üzerinde bir etkisi yoktur. Bir veya iki kişiyle ihtilat ederek de mağdura hakaret edilebilir. Bu gibi durumlarda da esasında bir haksızlık gerçekleşmektedir. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince, gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için, mağdurun gıyabında en az üç kişiyle ihtilat edilerek, yani en az üç kişi muhatap alınarak hakaretin yapılması şart olarak aranmıştır*" denilmek suretiyle, gıyapta hakaret suçunun en az üç kişiyle ihtilat halinde işlenmesi halinde cezalandırılacağı vurgulanmıştır.

¹⁶⁴ Erman, B., **a.g.e.**, s. 81.

¹⁶⁵ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 377.

¹⁶⁶ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 180.

gerçekleşmesi sonucunu doğuracak bir unsurun mevcudiyetinde veya bunun hukuki sınırlarına ilişkin hata halinde¹⁶⁷, bunların yalnızca cezasızlık sebebi teşkil etmesi, kastın kapsamında değerlendirilmemesi ve suçun oluşumuna etki etmemesi nedeniyle işlenemez suç veya mefruz suç bakımından tıpkı objektif cezalandırılabilme koşullarında olduğu gibi, herhangi bir sonuç doğurmayacaktır.

3. Değerlendirme

Ceza hukukunda hata, failin tasavvuru ile gerçeğin birbirine uyuşmaması olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda hata genel itibariyle ve TCK m. 30 düzenlemesine göre (i) *tipiklikte (suçun maddi unsurlarında) hata*, (ii) *yasak hatası (ceza normunun mevcudiyetinde hata)* şeklinde ortaya çıkabilir. İşlenemez suç ve mefruz suçun da failin bir çeşit hatasından (yanılgısından) kaynaklanması nedeniyle öncelikle çalışmamızda hata bahsine yer vermenin doğru olacağı kanaatinde bulunduk ve bu çerçevede çeşitli ve özellikle işlenemez suç ve mefruz suç bakımından özellik arz eden hata hallerine yer verdik.

Bir ceza normunun mevcudiyetinde hata, failin işlediği eylemin suç oluşturup oluşturmadığı hususunda ortaya çıkar. Birinci ihtimalde, fail işlediği eylemin suç olarak düzenlendiği hususunda hataya düşer. Örneğin, kırsal kesimde çobanlık yapan failin, tarihi eser statüsündeki bir eseri tahrip etmesi, 2863 sayılı Kanunun 65. maddesi gereğince suç olarak düzenlenmiş olmasına karşın, TCK m. 30/4 gereğince failin buradaki hatasının kaçınılabilir olup olmadığına göre değerlendirme yapılacaktır. Bu hata türü, yasak hatası (haksızlık yanılgısı) olarak adlandırılmaktadır. İkinci ihtimalde, fail işlediği eylemi suç zanneder ve fakat gerçekte bu eylem ceza kanunlarında suç teşkil etmez. Örneğin, evli bir kadınla ilişkiyle giren failin zinanın suç olarak düzenlendiği hususunda hataya düşmesinde durum böyledir. Fail eyleminin suç oluşturduğunu düşünmesine rağmen gerçekte bu eylem kanunda suç olarak düzenlenmemiştir. Tersine yasak hatası olarak adlandırılan bu durumda failin eylemi kanaatimizce mefruz suçu oluşturacaktır. Mefruz suç durumunda failin bu eylemi, kanunda ilgili suç tipi bulunmaması nedeniyle cezasızlıkla sonuçlanacaktır.

Hatanın diğer bir görünümünü oluşturan suçun unsurlarında hata konusu, suçun maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/1), suçun nitelikli hallerinde hata (TCK m.

¹⁶⁷ Heinrich, II, § 32, Rn. 1171.

30/2) ve suçun hukuka aykırılık unsurunda hata (TCK m. 30/3) olarak üç bölümde incelenebilir.

Failin suçun maddi unsurlarına ilişkin failin hatası ise iki şekilde ortaya çıkabilir. Fail, dış dünyayı fiili olarak yanlış tasavvur edebilir veya dış dünyayı doğru olarak algılamasına karşın bunların hukuki değerlendirmesi hususunda hataya düşebilir. Doktrinde genelde, tipiklikte hata veya unsur yanılığı olarak adlandırılan ilk durumda failin bu hatası, gerçek durumu kendi lehine yorumlaması şeklinde ortaya çıkar. Buna, atış talimi yapan failin, çöp tenekesi olduğunu düşünerek ateş etmesi ancak gerçekte bir insanı vurması örneği verilebilir. Bu durumda failin hatası esaslı ise, TCK m. 30/1 uyarınca kast sorumluluğu ortadan kalkacak ve fakat taksirli sorumluluğu devam edecektir¹⁶⁸. Bu hatanın tersine gerçekleşmesi durumunda ise örneğin, birlikte ava çıktığı hasmını vurma düşüncesiyle hareket eden failin gerçekte bir av hayvanını vurması halinde failin hareketi her ne kadar haksızlık içerisinde olsa da, netice itibarıyla suç oluşmamaktadır. Ters tipiklik hatası olarak adlandırılan bu durum, kanaatimizce işlenemez suça sebebiyet verecektir. Tıpkı, hırsızlık zannıyla başkasının paltosunu almak isterken failin kendi paltosunu alması örneğinde olduğu gibi bir durum ortaya çıkacaktır.

Niteleme hatası olarak adlandırılan, suçun maddi unsurlarına ilişkin hukuki hatada, fail dış dünyayı doğru olarak algılamasına rağmen suçun maddi unsurlarına ilişkin bir hususun hukuki yorumlamasında hataya düşer. Failin komşusunun havlayan köpeğini vurması örneğinde hayvanı hukuki olarak eşya mahiyetinde değerlendirmemesi; failin mevcut durumu, eyleminin suç teşkil etmediği şeklinde lehine olarak yorumlaması, lehine niteleme hatası olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda, TCK m. 30/4 hükümleri uyarınca yasak hatası değerlendirmesi yapılacaktır. Buna karşılık, failin mevcut durumu kendi aleyhine yorumlaması halinde ters niteleme hatası söz konusu olur. Bu durumda da tıpkı tersine yasak hatasında olduğu gibi, mefruz suç gündeme gelecek ve fail cezalandırılmayacaktır.

Suçun daha hafif veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinden failin sorumlu tutulabilmesi için, failin bu nitelikli halleri bilmesi gereklidir; diğer bir ifadeyle failin kastı nitelikli unsurları da kapsamalıdır. Cezayı arttıran nitelikli halin varlığı hususunda hataya düşen failin bu hatasından yararlanacağı TCK m. 30/2'de

¹⁶⁸ Lackner / Kühl, **a.g.e.**, StGB, § 17, kn 16; Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, **a.g.e.**, StGB § 16, Rn. 22.

düzenlenmiştir. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olmasına rağmen bunu bilmeyen, örneğin failin öldürdüğü kişinin annesi olduğunu bilmemesi durumunda, failin bu hatasından yararlanması gerekir. Buna karşılık cezayı azaltan nitelikli halin mevcut olduğunu varsayan, örneğin hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerini az zanneden ancak gerçekte pahalı bir eşyayı çalan, failin de bu hatasından yararlanması gerekir. Suçun daha hafif veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal değerlendirmesi, suçun temel şeklinden hareketle yapılmaktadır. Suçun nitelikli hallerine ilişkin hata durumunda, özellikle failin mevcut olduğunu zannettiği ancak gerçekte mevcut olmayan nitelikli hal bakımından işlenemez suç değerlendirilmesi yapılabilecektir. Nitelikli haller, suçun konusundan, fail ile mağdur arasındaki ilişkiden, fiilin işleniş şeklinden kaynaklanabileceği gibi amaç - saik gibi suçun manevi unsuruna da ilişkin olabilir. İşlenemez suçun görünüş şekillerini oluşturan suçun konusunun yokluğu veya hareketin elverişsizliği nedeniyle, failin mevcut olduğu hatasına düştüğü nitelikli halin yokluğu durumunda, nitelikli hal bakımından işlenemez suçun söz konusu olabileceği düşünülebilir. Buna örnek olarak verebileceğimiz, failin annesini öldürmek istediği ancak annesi yerine annesinin yatağında uyuyakalan teyzesini öldürmesi olayında, failin tasavvuru ile gerçek arasındaki uyumsuzluk, nitelikli hale etki eden fail - mağdur ilişkisinin yokluğundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda suçun temel şekli gerçekleşmiş olduğu ve failin ceza sorumluluğu m. 30/2 uyarınca suçun temel şekli üzerinden belirleneceği şüphesizdir. Bununla birlikte nitelikli hal bakımından işlenemez suç nitelendirilmesinin yapılabilmesi de kanaatimizce mümkündür.

Suçun hukuka aykırılık unsurunda hata, diğer bir deyişle hukuka uygunluk sebeplerinde hata, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurlarında veya koşullarında gerçekleşmiş olabilir. Gerçekte hukuka uygunluk sebebi bulunmasına rağmen fail bunu bilmeyerek hareket ediyorsa, kanaatimizce hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olduğu kabul edilecek ve failin eylemi suç teşkil etmeyecektir. Bu durumda, kanaatimizce mefruz suç gündeme gelecektir. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hatanın diğer bir şekli ise gerçekte bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamasına rağmen failin varmış gibi hareket etmesi durumunda ortaya çıkar. Bu durum mefruz suça veya işlenemez suça sebebiyet vermeyecektir; zira mefruz suçun aksine bu durumda fail haksız bir harekette bulunduğu farkında değildir. Bu durumda yasak hatası söz konusu olacaktır.

Haksızlığın unsurunu oluşturmayan, unsurların dışında kalan ve cezalandırmaya etkili olan şartlar olarak değerlendirilen suçun önşartlarında, objektif cezalandırılabilme şartlarında ve şahsi cezasızlık sebeplerinde hata halinde, bu gibi durumların sorumluluk bakımından bir etkisi bulunmamaktadır; zira failin kastının bu hususları kapsamaması gerekmemektedir¹⁶⁹. Bununla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁷⁰, önkoşul olarak nitelendirilen koşullar da suçun unsurları kapsamında değerlendirilmeli ve bunlara ilişkin failin hatası, suçun konusunun yokluğuna veya hareketin elverişsizliğe neden oluyorsa, kanaatimizce işlenemez suç söz konusu olmalıdır.

B. İşlenemez Suç – Mefruz Suç İlişkisi

Biçimsel olarak suç, hukuk düzeni tarafından ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımına bağlanmış kanuni tip (*Tatbestand*) olarak tanımlanmaktadır¹⁷¹. Suçun kanuni unsuru ya da tipiklik, eylemin kanunda yazılı tanıma uygun olmasıdır¹⁷². Çağdaş ceza hukukunun evrensel ilkelerinden hukuk devleti ilkesinin biçimsel anlamda yansımaları oluşturan kanunilik ilkesi *Feuerbach* tarafından Latince olarak “*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa, stricta*” şeklinde formüle edilmiştir¹⁷³. Nitekim ilke, “*kanunsuz ceza olmaz*” başlığıyla AİHS m. 7¹⁷⁴, suç ve cezalara ilişkin esasların yer aldığı AY m. 38/1¹⁷⁵ ve nihayet TCK m. 2¹⁷⁶’de yerini bulmuştur.

¹⁶⁹ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 251.

¹⁷⁰ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 447.

¹⁷¹ İçel, **a.g.e.**, s. 213.

¹⁷² Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 29.

¹⁷³ Paul Johann Anselm Feuerbach, **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**, 4. Auflage, Giessen, 1808, § 24; Ronald Schmitz, in: Wolfgang Joecks / Klaus Mießbach (Hrsg.), **Münchener Kommentar**, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017, StGB § 1, Rn. 1.

¹⁷⁴ AİHS m. 7: “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”.

¹⁷⁵ AY m. 38/1: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”.

¹⁷⁶ TCK m. 2/1: “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez”.

Doktrinde farz edilen suç¹⁷⁷, varsayımsal suç¹⁷⁸, sözde suç¹⁷⁹, veya hayal suç¹⁸⁰ olarak da adlandırılan mefruz suç¹⁸¹ kişinin, gerçekte kanunda suç olarak düzenlenmeyen hareketi kanunda suç olarak tanımlandığını düşünerek, bir başka deyişle suç işlediği kanısıyla hareket etmesidir. Mefruz suçta fail, kendisinin suç işleme yolunda olduğuna dair hatalı kanaatte bulunmaktadır¹⁸².

Mefruz suç kanunda düzenlenmemiştir fakat kanunilik ilkesinin mefhum-u muhalifinden mefruz suç cezalandırılabilir bir eylem olarak nitelendirilmemektedir. Benzer şekilde Alman CK'da da mefruz suç düzenlenmemiş olmasına rağmen TCK m. 2'de karşılık bulan, “*kanunsuz ceza olmaz*” başlıklı Alman CK § 1 dolayısıyla mefruz suç cezalandırılmamaktadır¹⁸³. Buna karşın, mefruz suçun yer aldığı İtalyan CK m. 49/1'de, eyleminin suç teşkil ettiği varsayımına göre suç işleyen kişinin cezalandırılmayacağı ancak fiilin başka bir suç oluşturması halinde cezalandırılabilceğini belirtilmiştir. Bununla birlikte maddenin 4. fıkrasında, 1. fıkraya göre cezalandırılmayan fail hakkında hakim güvenlik tedbirine tabi olmasına hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Böylelikle failin ortaya koyduğu tehlikelilik sebebiyle hakime toplum adına güvenlik tedbiri uygulayıp uygulamamak konusunda yasal bir takdir hakkı verilmektedir¹⁸⁴. Mefruz suç ve bunun neticesinde güvenlik tedbiri uygulanması hususunda hakime takdir yetkisi tanınması, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak kanunda düzenlenmiştir.

Mefruz suçu (*Wahndelikt*) karakterize eden özelliği, failin yalnızca hayal gücünde var olan bir normu ihlal etmesidir¹⁸⁵. Mefruz suçta fail, işlediği fiilin cezalandırılabilir bir suç tipine uyduğu sanrısıyla, davranışının aslında var olmayan ya da aslında var olan ancak normun kapsamında olmayan bir suç tipine uyduğunu düşünmektedir¹⁸⁶.

Mefruz suçta fail, ceza normunun varlığı hususunda hataya düşmektedir. İşlenemez suçtan farklı olarak mefruz suçta failin davranışı, işlemek istediği fiili

¹⁷⁷ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 70.

¹⁷⁸ Erman B., a.g.e., s. 274.

¹⁷⁹ Centel / Zafer / Çakmut, a.g.e., s. 232.

¹⁸⁰ Önder, C. II - III, s. 116; Demirbaş, a.g.e., s. 233.

¹⁸¹ Kunter, Maddi Unsurlar, s. 65.

¹⁸² Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 4.

¹⁸³ Kindhäuser, StAT, § 30, Rn. 25.

¹⁸⁴ Necdet Yalkut, “Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Açısından Sözde Suç ve İşlenemez Suç”, **Yargıtay Dergisi**, C. 8, S. 1 - 2, Ocak - Nisan 1982, s. 260.

¹⁸⁵ Zaczyk, NK, § 22, Rn. 40.

¹⁸⁶ Hoffmann-Holland, StAT, §6, Rn. 627; Hillenkamp, LK, § 22, Rn. 202; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, a.g.e., StGB § 22, Rn. 78.

iradesine uygun olarak gerçekleştirmiş olmasıdır. Mefruz suçun cezasızlığı, kişinin gerçekleştirmiş olduğu eylemin kanun koyucu tarafından kanunda suç olarak düzenlenmemiş olmasından ileri gelmektedir. Bu gibi durumlarda failin gerçekleştirmiş olduğu eylemin kanunlarda suç olarak düzenlendiği hususunda bir yanılması, hukuki terimiyle ters yasak hatası (*umgekehrter Verbotsirrtum*) mevcuttur¹⁸⁷. Örneğin, zina yapan bir kişinin zinanın suç olarak düzenlendiği hususundaki yanılması gibi. Ne var ki, zina 765 s. mülga TCK'da uzun bir süre suç olarak düzenlenmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesinin 13.07.1999 tarihli iptal kararıyla suç olmaktan çıkarılmıştır¹⁸⁸. Burada fail, gerçekte mevcut olmayan bir suçun var olduğu düşüncesiyle hareket etmiştir. Benzer şekilde bir kişinin eşcinselliğin cezalandırılabilirliği şeklindeki hatalı varsayımı ile eyleminin suç teşkil ettiği zannıyla, kendisiyle aynı cinsiyetten bir kimse ile gönül ilişkisine başlaması örneğinde de ters yasak hatası mevcuttur¹⁸⁹.

Kastı kaldıran hata olarak nitelendirilen unsur yanılığında, fail tarafından suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeden eylemin icra edilmesi hali düzenlenmiştir. Failin bu hatasının esaslı olması halinde, m. 30/1 gereğince fail kasten hareket etmiş olmayacak ve fakat icra ettiği fiil dolayısıyla taksirli sorumluluğu devam edecektir. Örneğin, avcının çalının arkasında hareket eden ormancıyı av hayvanı zannederek tüfeğiyle vurması durumu böyledir. Eğer fail hataya düşmeseydi eylemi suç oluşturmayacak idiyse esaslı hatanın varlığını kabul edilmektedir¹⁹⁰. Mefruz suçta ise faili, eyleminin tipik olmaması nedeniyle sorumlu tutmak mümkün değilken¹⁹¹; unsur yanılığında failin eylemi tipik olmasına karşın failin kastı suçun unsurlarının tamamını kapsamamaktadır. İşlenemez suça sebebiyet verdiği kanaatinde olduğumuz ters tipiklik hatası (tersine unsur yanılığı) halinde fail, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları gerçekleştirdiği bilinciyle hareket etmesine rağmen yanılığı sebebiyle maddi unsurları gerçekleştirememektedir¹⁹². Mefruz suçta ise, failin yanılması suçun kanuni tanımının tamamını kapsar. Örneğin, saçlarını kestirmek üzere gittiği kuaföre bahşiş vermesi eyleminin, rüşvet suçunu oluşturacağını düşünen kimsenin yanılığında durum böyledir.

¹⁸⁷ Kindhäuser, **a.g.e.**, StAT, § 30, Rn. 24.

¹⁸⁸ İptal kararı için bkz. **Anayasa Mahkemesi, E. 1999/24, K. 1999/30, T. 13.7.1999.**

¹⁸⁹ Roxin, **StAT II**, § 29, Rn. 381.

¹⁹⁰ İçel, **a.g.e.**, s. 473.

¹⁹¹ Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 71.

¹⁹² Değirmenci, **a.g.e.**, s. 157.

Mefruz suç hukuki yanılmadan doğabileceği gibi doktrinde, fiili yanılma nedeniyle de mefruz suçun oluşabileceğine yönelik görüşler de mevcuttur. Failin işlediği fiilin var olan bir normun kapsamında olmaması nedenine dayanan mefruz suç fiili hataya dayanan mefruz suç olarak değerlendirilmektedir. Fiili hataya dayanan mefruz suçta fail, suçun kanuni tanımının tamamında değil, bazı unsurlarında yanılmaktadır. Aynı masada duran başkasının telefonunu çalmak isterken failin kendi telefonunu almış olması durumu buna örnek gösterilebilir. Bu halde fail, suçun konusunda yanılmaktadır ve bu hatası eylemin tipe uygun olması için varlığı gerekli maddi unsurlara ilişkindir¹⁹³. Buna karşılık, fiili sebeplere dayanan mefruz suçun gerçek mefruz suç oluşturmadığı, işlenemez suç oluşturduğu hususunda bizim de katıldığımız görüşler mevcuttur¹⁹⁴.

Fiili sebeplere dayanan mefruz suç, failin suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisizliğini aleyhine yorumlaması şeklinde gerçekleşir. Bu durumda fail esasında unsur yanılığını aleyhine gerçekleştirmektedir. Unsur yanılığının tersine gerçekleştiği durumlarda, fail suç işlediği düşüncesiyle hareket etmekte ve fakat istediği netice bazı sebepler (suçun konusunun yokluğu veya hareketin elverişsizliği) dolayısıyla gerçekleşmemektedir. Ancak işlemeyi kast ettiği eylem, kanunda suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin, çalının arkasında hareket eden av hayvanını hasmı zanneden failin av hayvanını tüfeğiyle vurması halinde durum böyledir. Mefruz suçta da işlenemez suçta da failin iradesi hatalı bir şekilde suça yönelmiş olmakla birlikte, iradelerin konusunu teşkil eden netice birbirinden farklıdır. Ters tipiklik hatasının gerçekleştiği durumlarda da, işlenmesi arzulanan fiil kanunda suç olarak tanımlanmış bir eylemdir. Ancak failin hareketinin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle haksızlık gerçekleşmemiştir. Bu durumda kanaatimizce mefruz suçtan değil, işlenemez suçtan bahsedilmesi gerekmektedir¹⁹⁵.

Mefruz suçta failin gerçekleştirmek istediği netice kanun ile hayali bir çatışma (gerçekte eylem meşrudur) içerisindeyken; işlenemez suçta failin irade ettiği netice ile ceza kanunları arasında gerçek bir çatışma mevcuttur¹⁹⁶. Dolayısıyla her iki eylemin

¹⁹³ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 72.

¹⁹⁴ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 11.

¹⁹⁵ Aynı yönde bkz. Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 251; Özen, Mustafa, **a.g.e.**, s. 502. Aksi görüş için bkz. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 233. Mefruz suçu hukuki yanılmaya dayanan mefruz suç ve fiili yanılmaya dayanan mefruz suç olarak ikiye ayıran *Demirbaş*, failin suçun kanuni tanımının tamamında değil, unsurlarında yanılmasını, örneğin, hırsızlık amacıyla failin başkasının malını aldığı zannıyla kendi malını almasında olduğu gibi, fiili yanılmaya dayanan mefruz suç (kuruntu suç) olarak tanımlamaktadır.

¹⁹⁶ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 10.

yaratacağı toplumsal tepkiler de farklı olacaktır. Mefruz suç, failin hiçbir şekilde normatif düzenlemeye konu olmayan bir eylemi sebebiyle gerçekleşirken; işlenemez suçta netice bakımından zarar veya tehlike doğmamasına karşın hareket bazında bir tehlikelilik mevcuttur. Bu nedenle mefruz suç hiçbir şekilde cezalandırılmazken, işlenemez suç Alman CK'da olduğu gibi cezalandırılabilir bir eylem veya İtalyan CK'da olduğu gibi güvenlik tedbirinin uygulanması imkanı verilen bir eylem olarak düzenlenebilmektedir.

Doktrinde mefruz suç mu yoksa işlenemez suçu mu oluşturduğu hususunda tartışmalara neden olan ters nitelendirme hatası (*umgekehrter Subsumtionsirrtum*) olarak adlandırılan durumda fail, gerçekte var olan normu yanlış yorumlayarak kendi aleyhine genişletmektedir¹⁹⁷. Örneğin, fail, kan bulaşmış cinayet silahını silmenin belgede sahtecilik suçunu oluşturacağını düşünmektedir. Failin zihnindeki maddi gerçeklikte, dış dünyadaki bütün objektif koşulları bildiği halde, suçun kanuni tanımındaki unsurları hatalı bir nitelendirmede bulunması hali, nitelendirme yanılığı¹⁹⁸, hukuki yorum hatası¹⁹⁹ veya nitelendirme hatası²⁰⁰ (*Subsumtionsirrtum*) olarak adlandırılmaktadır. Fail, gerçek duruma ilişkin her detayı doğru anlamıştır fakat normu hatalı yorumladığı veya anladığı için kendi aleyhine bir hükmün varlığını kabul etmektedir. Örneğin, sahilde yürüyüşe çıkan ve yüzme dahi bilmeyen bir kimse, boğulmakta olan birini görmesine rağmen denize atlayıp o kimseyi kurtarmaya çalışmadığı için, TCK m. 83 kapsamında kendisini garantör / kurtarma yükümlülüğü altında olduğunu zannederek, suç işlediğini düşünmesi halinde durum böyledir²⁰¹. Gerçekten de bu durumda, mefruz suç söz konusu olacaktır. Çünkü fail, aslında var olan bir normu aleyhine genişleterek kendisine var olmayan bir yükümlülük yüklemektedir²⁰².

Mefruz suçun bir diğer görünümünü oluşturan ters izin hatası (*umgekehrter Erlaubnisirrtum*) failin hukuka uygunluk içerisinde olmasına rağmen bunu bilmeyerek, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığındaki veya koşullarındaki yanlış tasavvuru neticesinde ortaya çıkar²⁰³. Mesela, kahvede otururken yolda yürüyen

¹⁹⁷ Kindhäuser, *StAT*, § 30, Rn. 24; Kühl, *StAT*, § 15, Rn. 96; BGH, Urteil vom 1. 7. 1959 - 2 StR 191/59 (LG Köln), *NJW* 59, Heft 48, s. 2173, 2174.

¹⁹⁸ Erman, B., *a.g.e.*, s. 107.

¹⁹⁹ Koca / Üzülmüş, *a.g.e.*, s. 251.

²⁰⁰ Sözüer, *Hukuki Hata*, s. 482.

²⁰¹ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, *a.g.e.*, s. 211.

²⁰² Valerius, *a.g.e.*, s. 113.

²⁰³ Kindhäuser, *StAT*, § 30, Rn. 24; Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, *StGB* § 16, Rn. 24.

hasmına öldürmek amacıyla tüfeğiyle ateş eden failin aslında kendisini öldürmek üzere gelen hasmına ateş etmiş olması halinde meşru savunma hali içerisinde olması; veya tehlikeli araçlara sahip bir saldırgana karşı kendini savunmaması gerektiği düşüncesinde olan failin kendisini savunma amacıyla bıçakla hareket etmesi hallerinde, fail hukuka uygunluk içerisinde bulunmasına rağmen bunu bilmemekte veya yanlış tasavvurda bulunarak normu aleyhine genişletmektedir²⁰⁴. Genel olarak meşru savunma hakkının sınırlarını bilmediği için, meşru savunma sınırları içerisinde olan davranışının cezalandırılabilir olduğunu düşünen kimsenin bu durumu ters izin hatası olarak değerlendirilmektedir²⁰⁵.

Alman doktrinde²⁰⁶ ters izin hatası mefruz suçun bir çeşidi olarak değerlendirilmesine²⁰⁷ karşın Türk hukukunda failin, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığına veya koşullarına ilişkin yanlış tasavvuru TCK m. 30/3 çerçevesinde değerlendirilmektedir. Buna göre, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ilişkin koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin bu hatasından faydalanacağı belirtmiştir. Kanun metninde her ne kadar bu koşulların gerçekleştiği hususundaki hata yer almakta ise de, kanaatimizce bu koşulların gerçekleşmemesi halinde de hata hükümleri çerçevesinde yorum yapmak mümkün olacaktır. Bu durum doktrinde uzun zamandır tartışmalara konu olan hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte mi yoksa sübjektif nitelikte mi olduğu hususunu gündeme getirecektir. Bu tartışmanın temelinde, işlenemez suçun cezalandırılma meselesine benzer şekilde failin içsel durumu yatmaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin etkili olabilmesi için bu sebeplerin objektif varlığı yeterli olacak mıdır; yoksa failin bir hakkı koruma veya görevini yerine getirme bilinci taşıması, en azından hareketi yaparken hukuka uygunluk sebebinin varlığına ilişkin inancı gerekli midir²⁰⁸? Bu soruya bazı yazarlarca hukuka uygunluk sebebinin varlığı dolayısıyla neticenin haksızlığından söz edilemese de, failin hukuka uygun hareket etme bilincine sahip

²⁰⁴ Kindhäuser, *StAT*, § 30, Rn. 24.

²⁰⁵ Wessels / Beulke / Satzger, *a.g.e.*, § 16, Rn. 883.

²⁰⁶ Alman ceza hukuku doktrinde, hukuka uygunluk sebeplerinde sübjektif unsurun bulunmamasına yönelik olarak failin, suça teşebbüsten (veya elverişsiz teşebbüsten) cezalandırılması görüşü, tamamlanmış suçtan cezalandırılması görüşü veya doktrinde azınlıkta olmakla birlikte cezasızlık görüşleri de mevcuttur. Bu görüşler için bkz. Dursun / Bozbayındır, *a.g.e.*, s. 76 - 80.

²⁰⁷ Kindhäuser, *StAT*, § 30, Rn. 24; Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, *a.g.e.*, StGB § 16, Rn. 24.

²⁰⁸ Önder, *C. II - III*, s. 151.

olmaması neticesinde hareketin haksızlığı nedeniyle failin hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanmaması gerektiği cevabı verilmiştir²⁰⁹.

Sübjektivist anlayışın hakim olduğu Alman doktrinde hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif nitelikte olduğu savunulmaktadır²¹⁰. Hukuka uygunluk sebeplerinde sübjektif unsurun bulunmamasına çözüm olarak ise bir kısım yazarlar, faili teşebbüsten sorumlu tutma fikrini savunmaktadır. Buna göre, failin hukuka uygunluk sebebini bilmeden hareket etmesi nedeniyle hareketi hukuka aykırı olmasına rağmen meydana gelen netice bakımından haksızlığın varlığından söz edilemez. Bu nedenle failin neticeden sorumlu tutulması mümkün değildir ancak hareketi haksızlık içerdiği için teşebbüsten sorumlu tutmak gerektiği ifade edilmektedir²¹¹.

Geleneksel suç öğretisini takip eden İtalyan öğretisinin hukuka uygunluk sebeplerinin saf objektif nitelikte olduğu görüşüne paralel olarak Türk doktrinde de hakim görüş hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte olduğu yönündedir²¹². Kanaatimizce de hukukun objektif niteliği gereği ve hukuka uygunluk sebeplerinde önemli olanın bir hakkın korunması iradesinden ziyade hukuka uygunluk sebepleriyle hakkın korunmasının amaçlanması olması nedeniyle, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olması gerekir²¹³. Hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğunun failce bilinmemesine rağmen objektif olarak hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle fail cezalandırılmayacaktır. Ancak bu durumda mefruz suç mu işlenemez suç mu söz konusu olacaktır? Bu varsayımda eylem gerçekte suç oluşturmadığı halde, fail yalnızca zihninde eylemin yasak olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Bu sebeple, kanaatimizce burada suçun meydana gelmesini engelleyen durum, suçun konusu veya

²⁰⁹ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 282; Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 269.

²¹⁰ Dursun / Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 76.

²¹¹ Önder, **C. II - III**, s. 152.

²¹² Dursun / Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 83. Objektif görüşe göre hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanmak için hakkın korunması iradesinin bulunması şart değildir; bir hakkın korunması yeterlidir. Buna karşılık, doktrinde fail ile hukuka uygunluk sebebi arasında sübjektif bir ilişkinin varlığını arayan sübjektif görüş taraftarları da bulunmaktadır. Sübjektif görüşü kabul eden Özbek / Doğan / Bacaksız, buna gerekçe olarak, hukuka uygunluk sebeplerine ait koşulların gerçekleştiği hususunda bilmeme şeklinde hatanın varlığı durumunda uygulanacak TCK m. 30/3 hükmünün varlığını yeterli görmektedir. Buna göre, bir kişi olayda hukuka uygunluk sebebinin mevcut olmadığını bilmiyorsa kişinin bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi bu hatasının kaçınılmaz olması gerekir. Failin hatasının kaçınılabilir olması durumunda failin bu hatası kastı kaldıracağı ancak taksirli sorumluluğunun devam edeceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte eğer failin hatası bulunmuyor ise, kasten hareket etmiş olduğunun kabulü gerekeceği belirtilmiştir. Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 283.

²¹³ Önder, **C. II - III**, s. 153; Objektif görüşü kabul eden Demirbaş da, hukuka uygunluk sebeplerinde belirtilen bir hakkın korunma iradesinin değil, korunması amacının önem taşıdığını savunmaktadır. TCK m. 25 hükmünün de bunu doğruladığını ifade eden yazar, korunma amacının hukuka uygunluk sebebinin objektif varlığını haklı kılar nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte sübjektif görüşü benimseyen yazarların dahi, taksirli suçlar bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin objektif niteliğini kabul ettiklerini de eklemiştir. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 289 vd.

hareketin elverişliliği gibi suçun yapısal unsurlarından kaynaklanan sebeplerden ileri gelmemektedir. Suçun meydana gelmesi hukuka uygunluk sebebinin bulunması nedeniyle normatif sebeplerden ileri gelmektedir, bu nedenle failin eylemi mefruz suç olarak değerlendirilebilecektir.

İşlenemez suç ile mefruz suç birbirlerine benzer kavramlar olarak değerlendirilebilse de, esasından birbirlerinden tamamen farklıdır. Şöyle ki, işlenemez suç ile mefruz suçun sınırlandırılması temel olarak basittir. Aralarındaki farklılık, temelde işlenmek istenilen suçun kanuni düzenlemesiyle alakalıdır. Failin suçun unsurlarına ilişkin koşulları sağlamamasına rağmen, yanlışlıkla bu koşulları yerine getireceği varsaydığında işlenemez suç söz konusu olacakken; tüm koşulların aksine, meşru olan ve fakat hatalı bir şekilde davranışının bir suç normunu ihlal ettiğini varsayan kişi bakımından ise mefruz suç söz konusu olacaktır²¹⁴. Mefruz suçta failin gerçekleştirmek istediği eylemin kanunda gerçekten suç olarak tanımlanmış olduğu varsayımında, elverişli bir hareket, suçun konusu ve netice mevcuttur; ancak mefruz suçu karakterize eden özelliği failin gerçekleştirmek istediği fiilin suç teşkil etmemesidir²¹⁵. Gerçekten de, işlenemez suçta failin işlemek istediği suç esasında mevcuttur ve kanunda suç olarak tanımlanmıştır. Buna karşın mefruz suçta, failin eylemi ya mevcut olmayan ya da failin yanlış yorumlaması nedeniyle dezavantajına genişleyen bir normu ihlal ettiği inancına dayanmaktadır²¹⁶. Benzerlik taşıdıkları nokta ise, işlenemez suçta da mefruz suçta da, failin tasavvuru ile gerçeğin uyuşmamasıdır; fakat farklı açılardan bir uyumsuzluk söz konusudur. Mefruz suçta, hareket ve netice bakımından failin tasavvuru ile gerçek birbiriyle uyuşmaktadır; ancak fail yanlış bir şekilde bir yasak alanını ihlal ettiğini varsaymakta, esasen bu yasak sadece failin hayal gücünde var olmaktadır. Buna karşılık, işlenemez suçta failin işlemek istediği suç failin yanlış yorumlamasıyla ortaya çıkmamaktadır; gerçekte failin gerçekleştirmek istediği eylem kanunda suç olarak düzenlenmiştir ve fakat failin hareket ve netice bakımından tasavvuru ile gerçek birbirine uyuşmaması nedeniyle neticenin meydana gelmesi olanaksızdır²¹⁷.

²¹⁴ Claus Roxin, "Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt", *JZ*, 51. Jahrg., Nr. 20, 1996, s. 981; Valerius, *a.g.e.*, s. 116.

²¹⁵ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 13.

²¹⁶ Kindhäuser, *StAT*, § 30, Rn. 23.

²¹⁷ Wessels / Beulke / Satzger, *a.g.e.*, § 17, Rn. 990.

Mefruz suçun cezasız kalması “*nullum crimen sine lege*” (*kanunsuz ceza olmaz*) ilkesine dayanmaktadır²¹⁸. Mefruz suçta faile ceza verilmez; aksinin düşünülmesi kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal eder. Öte yandan aksi bir düşünce, kişilerin sadece suç işleme niyetlerinin cezalandırılması sonucunu da doğuracaktır²¹⁹. Türk hukukunda işlenemez suçun da cezalandırılmadığı göz önüne alındığında mefruz suç ile işlenemez suç arasında ayırım teorik olarak önemli olmasına rağmen; mehz Alman CK § 23/3 atfıyla § 49 gereğince cezalandırılan işlenemez suç ile cezalandırılmayan mefruz suç arasındaki ayırım, Alman ceza hukuku doktrini açısından yalnızca teori açısından değil, aynı zamanda uygulama yönünden de büyük önem taşımaktadır²²⁰.

C. İşlenemez Suç – Teşebbüs İlişkisi

1. Genel Olarak

Teşebbüs, işlenmesi kastedilen bir suç failin elverişli hareketlerle icrasına başlanması ve fakat failin elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması olarak TCK m. 35'te tanımlanmaktadır.

Suç, yapısında düşünceyi, icra hareketlerine hazırlığı, icra hareketlerine başlamayı, devam etmeyi ve tamamlanmayı barındıran dinamik bir yapıya sahiptir²²¹. Bu nedenledir ki suç, suç yolu, *iter criminis* olarak adlandırılan bazı aşamalardan geçerek oluşur. Doktrinde bu süreç, suç düşüncesi, hazırlık hareketleri, icra hareketleri, neticenin gerçekleşerek suçun tamamlanması şeklinde evrelere ayrılmaktadır²²².

Iter criminis'i oluşturan aşamalardan ilki olan suç düşüncesi, ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalır. Çünkü düşünce her ne kadar kötü olursa olsun kişinin zihninde kaldığı ve herhangi bir hareketle dış dünyaya yansımadağı sürece ceza hukukunu ilgilendirmez²²³. Açığa çıkmayan iradeye hukuken değer atfedilmez

²¹⁸ Roxin, **Versuch**, s. 981.

²¹⁹ Centel / Zafer / Çakmut, **a.g.e.**, s. 232.

²²⁰ Wessels / Beulke / Satzger, **a.g.e.**, § 17, Rn. 991.

²²¹ Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 19.

²²² Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 113; Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 453.

²²³ Erem / Danişman / Artuk, **a.g.e.**, s. 295. Planlama aşaması, faile göre bir suç neticesi ile sonuçlanacak olayın zihinsel beklentisiyle ilgilidir. Bu aşama her zaman cezasızdır. Kindhäuser, **StAT**, § 30, Rn. 1.

(*cogitationis poenam nemo patitur*)²²⁴. Ceza hukukunun müdahale alanı icra hareketleri ile başlar ve fakat *iter criminis*'in ikinci aşamasını oluşturan hazırlık hareketleri de bir kaç istisnai halde cezalandırılabilir. Suç işleme kararının icrasına başlayan fail suçu işlemek için araç - gereç temini gibi gerekli hazırlık hareketlerinde bulunabilir. Bu aşama genellikle henüz cezalandırılmaz²²⁵. Ancak istisnaları mevcuttur, bu konuya örnek olarak TCK m. 227 gösterilebilir²²⁶.

Suç yolunda ilerleyen fail, icra hareketlerine başlamasıyla ceza hukukunun müdahale alanına da giriş yapar. Bu alan *iter criminis*'in üçüncü aşamasında teşebbüs kurumunu oluşturur. Fail, elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini bitiremez ya da icra hareketlerini bitirdiği halde netice gerçekleşmezse suça teşebbüs etmiş olur. 765 s. mülga TCK döneminde failin icra hareketlerini bitiremediği teşebbüs haline eksik teşebbüs; icra hareketlerini bitirmesine rağmen neticenin meydana gelmediği teşebbüs haline ise tam teşebbüs denilerek, teşebbüste ikili derecelendirme yapılmaktaydı²²⁷. Ancak 5237 s. TCK ile eksik ve tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır²²⁸. Üçüncü aşamada

²²⁴ Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 2.

²²⁵ Alman CK'da hazırlık hareketleri genellikle cezalandırılmaz. Bununla birlikte Alman CK'da, kanun ile korunan hakların ihlali hazırlığının bağımsız bir suç olarak düzenlendiği birtakım suçlar öngörülmüştür. Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suçlara Alman CK § 83 (vatana ihanet girişimi hazırlığı), § 98 (devletin dış güvenliğine ilişkin sırların açıklanması veya casusluk amacıyla ajanlık), § 149 (para ve kıymetli damgalarda sahtecilik suçunun hazırlığı), § 234a (3) (insan kaçırma), § 265 (sigortayı kötüye kullanma), § 316c (4) (hava ve deniz ulaşımına saldırı) suçları örnek olarak gösterilmektedir. Kindhäuser, **StAT**, § 30, Rn. 1.

²²⁶ Fuhuş suçunun düzenlendiği bu maddenin 1. fıkrasında bu suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketlerinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

²²⁷ Bilgi için bkz. Önder, **C. II - III**, s. 393 vd.

²²⁸ Eksik teşebbüs - tam teşebbüs ayrımı 5237 s. TCK 35. madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: “Suça teşebbüste fail suçu tamamlamak amacıyla hareket etmesine rağmen, elinde olmayan nedenlerden dolayı bunu gerçekleştirememektedir. Bu durumda ise kişiye tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza verilmektedir. Ancak teşebbüs halinde karşılaşılan en önemli sorunlardan biri, cezanın belirlenmesinde “eksik teşebbüs” – “tam teşebbüs” ayrımının esas alınmasıdır. Çünkü, “eksik teşebbüs” – “tam teşebbüs” ayrımında her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçüt bulunamamaktadır.

Bu nedenle suçun tamamlanamadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır. Çünkü bir olayda icra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlike, icra hareketlerinin bitmesinden sonra meydana gelen zarar veya tehlikeden daha ağır olabilir. Özellikle silahla yapılan ve tekrarlanan hareketlerle gerçekleştirilmek istenen adam öldürme suçunda bu durum söz konusu olmaktadır. Örneğin tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen fail, icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye “eksik teşebbüs”ten dolayı, buna karşılık silahındaki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettiremeyen fail, icra hareketleri bittiği için “tam teşebbüs”ten dolayı cezalandırılmaktadır.

Görüldüğü üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Hükümet Tasarısında yer alan “eksik teşebbüs” – “tam teşebbüs” ayrımı adil olmayan bir cezalandırmanın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu ayırım, sırf hareket suçlarında uygulanamamaktadır.

Belirtilen bu sorunların giderilmesi için, yabancı bir çok ceza kanununda olduğu gibi suça teşebbüste cezanın tespit edilmesinde, “eksik teşebbüs” – “tam teşebbüs” ayrımına maddede yer verilmemiş, adil ve eşit bir cezalandırma bakımından, teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması öngörülmüştür”.

teşebbüs ile birlikte gönüllü vazgeçme de gündeme gelebilecektir. Zira fail icra hareketlerinden kendi iradesi ile vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse bu durumda teşebbüs değil gönüllü vazgeçme kurumu gündeme gelecektir. İcra hareketlerinin tamamlanıp neticenin meydana gelmesi ile birlikte suç yolu tamamlanmaktadır.

Kanunilik ilkesi gereğince, suçun kanuni tipinde yer alan bütün unsurların gerçekleşmesi halinde suçun kanuni unsurunun varlığından ve dolayısıyla bir suçtan söz edilebilir²²⁹. Kural olarak, bir suçun cezalandırılması ise ancak o suçun tamamlanmış ve neticenin meydana gelmiş olması halinde mümkündür. Dolayısıyla teşebbüs aşamasında kalmış bir suç esasen tipik değildir ve eğer teşebbüse ilişkin bir düzenleme olmasa idi, bir kimsenin suça teşebbüsten cezalandırılması mümkün olmayacaktı. Bu özelliği nedeniyle teşebbüse ilişkin hükümler genişletici bir niteliğe sahiptir²³⁰. Bir kuralın genişletici bir niteliğe sahip olabilmesinin ilk şartı ise o kuralın mevcudiyetidir²³¹. Teşebbüs, ancak teşebbüse müsait suçlar bakımından etki doğurabilir niteliktedir.

İşlenemez suçun teşebbüs ile olan yakın ilişkisi nedeniyle teşebbüs kurumunu çalışmamızda daha ayrıntılı olarak ele almak yerinde olacaktır. İşlenemez suç ile teşebbüs ilişkisini değerlendirirken, bir suçun teşebbüse elverişsiz olması ile işlenemez suçun bir görünümü olan, hareketin elverişsizliği nedeniyle istenilen zarar veya tehlike neticesine ulaşamamasının aynı nitelikte olup olmadığı, cevap verilmesi gereken ilk soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, işlenemez suç - teşebbüs ilişkisini açıklarken, ilk olarak teşebbüse müsait olmayan suçlar açıklanacak, ardından suça teşebbüsün şartları değerlendirilecek ve nihayet teşebbüsün cezalandırılma nedeni bahsi neticesinde bu iki kurumun benzerlikleri ve ayırt edici özellikleri ortaya konulacaktır.

²²⁹ Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 115.

²³⁰ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 454.

²³¹ Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 115.

2. Teşebbüse Müsait Olmayan Suçlar Bakımından İşlenemez

Suç

Suçta teşebbüs, kanunda düzenlendiği yer ve niteliği gereği genel hüküm özelliği taşıması dolayısıyla bütün suçlar açısından uygulama alanına sahiptir²³². Buna rağmen bazı suç tipleri yapıları gereği teşebbüse müsait değildir. Suçun teşebbüse müsait olmasının değerlendirmesi her suç tipi açısından ayrıca değerlendirilecek bir husus olmasına rağmen bazı suç tipleri bakımından bu durum ortak özellik göstermektedir. Bununla birlikte teşebbüse müsait olmayan suçlar bakımından işlenemez suçun ne şekilde özellik gösterdiğinin araştırılması da önem taşımaktadır.

a. Olası Kast ve Taksirle İşlenen Suçlar

Teşebbüsün bir nevi ön şartını oluşturan, suçun teşebbüse müsait olmasının ilk kuralını teşebbüsün düzenlendiği TCK m. 35, failin “işlemeyi kastettiği suç” ifadesiyle barındırmaktadır. Bu durumda ancak kasten işlenen suçlar bakımından teşebbüsün mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim taksirli suçlarda ortaya çıkan netice failin iradesi dışında kalmaktadır. Halbuki netice, failin iradesinin bir eseri olmalıdır. Bu durumda, öncelikle taksirle işlenen suçların teşebbüse müsait olmadığını söylemek mümkündür²³³.

Failin hareketinin yöneldiği neticenin teşebbüs aşamasında kalması halinde olası neticeyi öngördüğü ve fakat kayıtsız kaldığı sonuçlardan sorumlu olup olmayacağı ise doktrinde tartışma konusudur. Olası kast ile işlenen suçlarda Yargıtay'ın failin kastının ancak netice ile belirleneceği görüşüne²³⁴ paralel olarak

²³² İçel, a.g.e., s. 512.

²³³ Buna karşılık, Erem / Danışman / Artuk, taksirden gelen bir hareketin tamamlanmış olmaması durumunda da, örneğin, zehirli bir maddeyi küçük bir çocuğun alabileceği bir yere bırakan annenin taksirli hareketinin, çocuğun o maddeyi tam ağzına atacağı sırada başka biri tarafından görülerek alınması olayında olduğu gibi, taksirli hareketin teşebbüs aşamasında kalabilmesinin mümkün olduğunu ifade etmişlerdir. Ancak buna rağmen, kanunun teşebbüste suç işleme kararını şart koşması nedeniyle taksire teşebbüsün normatif düzenleme nedeniyle mümkün olmadığı belirtilmiştir. Yazarlar, böyle bir düzenlemenin nedenini taksirin belirli bir sonucun meydana gelmesi halinde cezalandırılabilirliğine bağlamış, böyle bir sonucun meydana gelmemesine rağmen taksire teşebbüsün cezalandırılması halinde verilecek cezanın toplumun desteğini kazanamayacağı endişesini taşımışlardır. Erem / Danışman / Artuk, a.g.e., s. 485.

²³⁴ “Bu ilkeler ve kanıtlar ışığında mağdur Recep K...’e yönelik eylem değerlendirildiğinde, sanığın, kendisine yönelik herhangi bir eylemi bulunmayan ve kavga ile de ilgisi olmayan mağdurun aracına, gece karanlığında ve önceki olayın etkisi ile hedef gözetmeksizin rastgele yaptığı atışta, merminin arabanın tavanı ile camının birleştiği yere isabet edip, parçalanıp sekerek, nüvelerinin isabeti ile mağdurun yaralanmasına neden olması eylemi kasten adam öldürmeye teşebbüs kapsamında değil,

doktrinde çoğunluk görüşünü temsil eden yazarlar da, neticenin olası kastı belirlediğini savunmaktadır²³⁵. Bu görüşe göre, olası kast netice ile oluşacağı için, olası kast ile hareket eden failin öngördüğü veya mümkün olan muhtemel netice gerçekleşirse ancak olası kasttan bahsedilebilir²³⁶. Buna karşılık teşebbüsten söz edilebilmesi için öngörülen muhtemel neticenin gerçekleşmemesi gereklidir. İşte bu nedenle olası kastın ancak neticeyle belirlenebileceği görüşü doğrultusunda, olası kast ile hareket edilen durumlarda teşebbüs hükmünün uygulanamayacağı sonucuna varılmaktadır.

Buna karşılık, doktrinde olası kastın da teşebbüs kapsamında olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur²³⁷. Failin, hareketinin, arzu ettiğinden başka neticeleri de meydana getirebileceğini öngörmesi ve buna rağmen muhtemel neticelere kayıtsız kalması durumunda olası kast ile hareket ettiği; öngörmüş olduğu bu neticelerin

yaralama kapsamında değerlendirilmelidir. Her iki olay araya zaman fasılası girmeksizin ceryan etmiş ise de, sanığın her iki olaydaki davranış biçimi birbirinden tamamen farklıdır, bu nedenle ilk olayda hangi kasıtle hareket etmişse, ikinci olayda da aynı kasıtle hareket etmiştir, şeklindeki kabul, dosya içeriğiyle bağdaşmamaktadır. Diğer yandan rastgele yapılan bir ateş sonucu mermilerin araçtakilere isabeti sonucunda, araçtakilerin ölmesi halinde, gayri muayyen (belirsiz) kast kuralları uyarınca sanık meydana gelen sonuçtan yani öldürmeden sorumlu ise de, ölümün meydana gelmemesi halinde, öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamaz, aksi kabul belirsiz kast (gayri muayyen kast) durumunda kastın sınırlarını öngörülemez derecede genişletme sonucunu doğurur. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sanığın meydana gelen yaralama sonucundan belirsiz (gayri muayyen) kast kuralları çerçevesinde sorumlu tutulması gerekirken, boş tabanca ile hedef gözetilerek ikinci kez tetik düşürüldüğüne ilişkin kuşkuyla kabule dayanılarak, sanığın eyleminin adam öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğuna ilişkin Yerel Mahkeme direnme kararı isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir” **YCGK, E. 2005/1-131, K. 2005/167, T. 27.12.2005;** *“Sanığın uyuşturucu etkisinde ehliyetsiz olarak araç kullandığı, uyarıya rağmen durmadığı, sanığın kaza olabileceğini ve meydana gelen neticesinin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bunları kabullendiği, meydana gelen neticeden sorumlu olduğu, eyleminin olası kastla öldürme ve yaralama suçlarını oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek bilinçli taksirle bir kişinin ölümüne birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmak suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirir”* **Yargıtay 1. CD, E. 2018/573, K. 2018/5336, T. 12.12.2018;** *“Sanık Deniz’in maktule ateş ettiği sırada, maktulün yakınında bulunan kişi veya kişilerin de isabet alarak yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen, atışına devam ederek mağdur yaralaması eyleminin, meydana gelen neticeye göre olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, olası kastla tasarlayarak öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması”* **Yargıtay 1. CD, E. 2010/4779, K. 2010/6137, T. 28.9.2010;** *“Sanığın, aracı kasten eşi ve kayınvalidesinin üzerine sürdüğü sırada, olay yerinde bulunan mağdur Uğur’un da yaralanabileceğini öngörebilecek durumda olduğu halde eylemine devam ettiği ve mağdur Uğur’un ayağı üzerinden geçerek yaralanmasına sebebiyet verdiği, ... Sanığın meydana gelen neticeden sorumlu tutularak olası kastla yaralama suçundan hüküm kurulması gerektiği düşünülmeyen, olası kast ile öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması”* **Yargıtay 1. CD, E. 2008/3058, K. 2010/7533, T. 24.11.2010;** *“Sanığın olay günü akşamı tabanca ile etkili mesafeden cami çıkışı mağdur Muhammet’e yönelik ateş etmesi sırasında Muhammet’in yanında bulunan üçüncü kişilerin de isabet alarak ölebileceklerini veya yaralanabileceklerini öngörmesi karşısında diz altından isabetle yaralanan mağdur Mustafa’ya yönelik eylemin kastı neticenin belirleyeceği kuralı gereğince, olası kast ile silahla yaralama suçunu oluşturduğu anlaşıldığı halde suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde öldürmeye teşebbüsten hüküm kurulması”* **Yargıtay 1. CD, E. 2006/902, K. 2006/2966, T. 5.7.2006.**

²³⁵ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 155; İçel, a.g.e., s. 431; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, a.g.e., s. 715; Centel / Zafer / Çakmut, a.g.e., s. 367; Demirbaş, a.g.e., s. 405; Aksoy İpekçioğlu, Teşebbüs, s. 178;

²³⁶ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 570.

²³⁷ Bu yönde bkz. Sözüer, Teşebbüs, s. 165.

meydana gelmemesi halinde ise olası kast ile teşebbüsün mümkün olabileceği doktrinde olası kast ile teşebbüsün mümkün olduğunu savunanlar tarafından ileri sürülmektedir²³⁸. Buna örnek olarak, ters yönde giden failin yolda seyir eden diğer araçların sürücülerinin ve yayaların ölümüne neden olabileceği riskini göze alması verilmektedir²³⁹.

Kast, TCK m. 21'de suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. Bir suçun teşebbüs aşamasında kalmasında öncelikle önem arz eden husus, neticenin gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu çerçevede kastın tanımında yer alan bilme ve isteme unsuru teşebbüs bakımından, özellikle olası kast ile teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmasında, netice ile ilgilidir. Zira, teşebbüsün tanımı yapılırken, failin “işlemeyi kast ettiği” suçtan bahsedilmektedir. Olası kastı, doğrudan kasttan ayıran özelliği ise, olası kastta muhtemel neticenin istenmemesi ve fakat kayıtsız kalınmasıdır. Olası kastta fail ancak gerçekleşen neticelerden sorumludur. Dolayısıyla biz de, çoğunluğun olası kast netice ile belirlenir görüşüne katılarak, olası kast ile teşebbüsün mümkün olmadığı kanaatindeyiz²⁴⁰. Aksi düşünceyle, olası kast ile teşebbüsün bir arada mümkün olacağının kabulü halinde, meydana gelmeyen olası bütün neticelerden failin sorumluluğu yoluna gidilmesinin, sorumluluk ve ceza hukukunun müdahale alanını

²³⁸ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 405.

²³⁹ Yargıtay'ın olası kast netice ile belirlenir görüşünün aksine yönde kararlar verdiği de görülmektedir: “Cebir ve şiddete dayalı gösterilerin gerçekleştirildiği sokakta, yanında diğer sanıklar da bulunduğu halde sevk ve idare ettiği otomobille seyreden sanığın aynı sokakta yasadışı gösterilere müdahale etmekte olan kolluk görevlileriyle karşılaşması, görevlilerin yakın mesafeden ve seyir yönünü kapatacak şekilde kendisine doğru topluca ilerleyerek yaptıkları dur ihtarı üzerine kısa bir süre yavaşlaması, araçta bulunan diğer sanıkların da istek ve ısrarı üzerine durmayıp aralarına girmesi ve kolluk görevlilerinden katılana çarparak basit tıbbi müdahale ile giderilecek şekilde yaralanmasına neden olup olay yerinden kaçması şeklinde gerçekleşen olayda, sanıkların kasıtları, eylemin işleniş şekli, katılanın raporu dikkate alındığında, eylemin; kasten yaralama ve birden fazla kişiyle birlikte silahtan sayılan araba ile birden fazla görevli memura karşı direnme suçunu oluşturduğu, ancak yaralamanın derecesine göre kasten yaralama suçundan ayrı ceza verilemeyeceği ve sanıklar hakkında eylemin işleniş şekli dikkate alınarak üst sınırdan sadece zincirleme şekilde görevi yaptırmamak için direnme hükmü uyarınca ceza verilmesi gerektiği gözetilmeden, değerlendirmede yanılgıya düşülerek hüküm kurulması, Olası kasıtlı kasten öldürmeye teşebbüs suçundan dava açılmasına rağmen ek savunma hakkı tanınmadan kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması hukuka aykırıdır” **Yargıtay 9. CD, E. 2014/4621, K. 2014/8260, T. 8.7.2014;**

²⁴⁰ Belirtmekte fayda var ki, failin bir neticeyi gerçekleştirmek isterken bu neticeye zorunlu olarak bağlı neticeler bakımından olası kast değil, ikinci dereceden doğrudan kast söz konusu olacaktır. Bu durumda teşebbüs söz konusu olabilecektir. Örneğin, *Thomas Olayı* olarak anılan olayda, sigorta tazminatını alabilmek için bir gemiye bomba koyan kişi gemi adamlarının kesinlikle öleceğini öngörmüştür. Bu nedenle, ikinci derecedeki kesin sonuçların da fail tarafından istendiği, diğer bir deyişle kast edilen neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticelerin de fail tarafından kayıtsızlıktan öte bir irade yansıması olduğu kabul edilmelidir. Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 532; İçel, **a.g.e.**, s. 438.

fazlaca genişletebileceği, diğer yandan da özgürlükler açısından önemli sakıncalara sebep olabileceği kaygısını taşımaktayız²⁴¹.

Şu halde, failin olası kast ve taksirden sorumluluğu neticeye bağlanmıştır. Sorumluluğu neticenin meydana gelmesine bağlanan olası kast ve taksir ile işlenemez suçun mümkün olup olmayacağı İtalyan doktrininde gündeme gelmiştir. İtalyan doktrininde *Conci*, neticenin mevcut olabileceği bütün suçlarda işlenemez suçun varlığı söz konusu olabileceğine ve taksirli suçlarda da bir netice bulunduğuna göre bu suç tiplerinde de işlenemez suçun söz konusu olabileceği ifade etmiştir²⁴². Benzer şekilde *Neppi Modona* da, hareket elverişsiz olduğu için hak veya menfaatleri ihlal edici özellikten yoksun olan veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle tipe uygun olmayan işlenemez suça, suç denilmesinin sebebinin, failin hareketinde gerçekten suçun en azından bir unsurunun var olması ile açıklanabileceğini belirtmiş ve bu unsurun da kast veya taksir şeklinde beliren manevi unsurdan başka bir şey olmadığını ifade etmiştir²⁴³. Dolayısıyla yazar, işlenemez suça varlık kazandıran unsurun manevi unsur olduğunu ve bu unsurun kast veya taksir şeklinde görülebileceğini savunmaktadır. Az önce kalp krizi geçirerek ölen bir hastaya hastabakıcının hayatta zannederek ve dikkatsizlikle ilaç yerine öldürücü bir madde vermesi olayını bu duruma örnek olarak veren yazar, olayda suçun konusunun yokluğu nedeniyle taksirli işlenemez suçun meydana gelebileceğini göstermiş olmaktadır²⁴⁴. Buna karşılık, *Sabatini*, işlenemez suçun yegane somut unsurunun faildeki suç işleme niyetinin olması nedeniyle yalnızca kasıtlı suçlarda işlenemez suçun mevcut olabileceğini ileri sürmüştür²⁴⁵. Konuyu detaylı olarak ele alan ve görüşleri aktaran *Alacakaptan*, teşebbüs için aranan suç işleme kastının varlığının işlenemez suç için söz konusu olmadığını belirtmiş; işlenemez suçun mevcudiyeti için önemli olanın hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle neticenin meydana gelmesinin imkansızlığı olduğu ifade etmiş ve bu nedenle işlenemez suçun taksirli şeklinin mümkün olabileceğini ileri sürmüştür²⁴⁶.

²⁴¹ İçel, *a.g.e.*, s. 434.

²⁴² Francesco Conci, *II Reato Putativo e II Reato İmpossibile*, Messina, 1940, s. 189 (naklen, Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 26).

²⁴³ Guido, Neppi Modona, *II Reato İmpossibile*, Milano, 1965, s. 381 (naklen, Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 26 - 27).

²⁴⁴ Neppi Modona, *a.g.e.*, s. 384 (naklen, Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 27).

²⁴⁵ Guglielmo Sabatini, *Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale*, 4. Ed., Catania, 1948, s. 37 (naklen, Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 26 - 27).

²⁴⁶ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 28. Taksirli hareketin elverişsizliğine örnek olarak, dikkatsizlikle açık bırakılan bir havagazı musluğundan çıkan gazın o yerdeki hava akımı nedeniyle herhangi bir zarar

İlk bakışta neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu işlenemez suç bakımından olası kast veya taksirli hareket bağlamında bir oluşum görülmesinin işlenemez suçun yapısı gereği mümkün olamayacağı düşünülse de; aksinin teorik olarak mümkün olduğu kanaatindeyiz²⁴⁷. Olası kast ve taksirde sorumluluğun neticeye göre belirleneceği görüşüne katılmakla birlikte, işlenemez suçta meydana gelen bir neticeden bahsedilemeyeceği için kanaatimizce konuya farklı bir bakış açısıyla yaklaşmak gerekmektedir. Çünkü işlenemez suçta neticenin meydana gelmesi imkansızdır. Bu imkansızlığın olası kast veya taksir durumunda ne şekilde ortaya çıkacağının belirlenmesi gerekir. Taksirli hareketin neticeyi meydana getirmeye doğrudan elverişsiz olması veya taksirli harekete rağmen suçun konusunun yokluğu nedeniyle taksirli hareketin işlenemez suçta meydana getirmesi mümkün olabilmektedir. Hastabakıcının ölmüş hastasına dikkatsizlikle zehirli bir madde vermesi örneği bunun göstergesidir. Taksirli suçlarda teşebbüsün mümkün olmadığını belirtmekle birlikte, doktrinde taksirli hareketle teşebbüse ilişkin örnekler verilebildiğini de söylememiz gerekir. Buna, çocukların erişemeyeceği bir yere konulması talimatı verilen bir ilacı çocuğun ulaşabileceği bir yere koyan annenin taksirli hareketi, çocuğun ilaçları ağzına götürdüğü sırada bir başkası tarafından fark edilmesi durumu örnek olarak verilebilir²⁴⁸. Dolayısıyla taksirli suçlar bakımından da işlenemez suçun meydana gelmesi mümkün olabilecektir. Bununla birlikte kanunumuzda düzenlenmemiş olan ve bu nedenle hukukumuzda cezalandırılmayan işlenemez suçun, kanunda düzenlenmek suretiyle cezalandırılması durumunda, teorik olarak taksirli işlenemez suç mümkün olsa da, suç ve ceza politikası gereğince taksirli işlenemez suçun bu ihtimalde dahi cezalandırılmaması gerekeceği kanaatindeyiz. Nasıl ki, taksirli hareket ile teşebbüs mümkün olmasına rağmen normatif düzenleme gereği taksirli teşebbüsün cezalandırılması mümkün değilse, benzer şekilde taksirli ve dolayısıyla olası kast durumunda da işlenemez suçun cezalandırılmaması gerekmektedir.

neticesini meydana getirmemesi; suçun konusunun yokluğuna örnek olarak ise, hızla üzerine doğru gelen bir otomobilden çevikliği sayesinde havaya zıplayarak kurtulan atletin durumları verilmiştir.

²⁴⁷ Taksirle işlenen suçlarda elverişsiz teşebbüsün kabul edilemeyeceği görüşü bkz. Kazaker, **a.g.e.**, s. 213.

²⁴⁸ Örnek ve görüş için bkz. Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 485.

b. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

Failin isteği dışında meydana gelmesine rağmen bazı neticeler bakımından failin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul edilen bu durumlarda fail aslında bir netice isteği doğrultusunda hareket etmekte ancak failin kusurlu hareketi neticesinde isteğinden başka daha ağır bir netice meydana gelmektedir. Bu istenmeyen neticeden sorumluluk, neticenin failin başlangıçtaki kusurlu hareketlerine bağlı olarak gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır. Neticenin failin başlangıçtaki kusurlu hareketine bağlanması ise ancak failin istediği neticeyi gerçekleştiren hareketinin, diğer istenmeyen neticeyi gerçekleştirme olasılığının failce öngörülmesi halinde söz konusu olabilir²⁴⁹. Bir failin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi şeklinde ortaya çıkan bu suç tiplerinde, fail temel suç bakımından kast ile hareket ederken, ağırlaşan netice bakımından sorumluluğun doğabilmesi için failin en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir. Bu nedenle doktrinde bu tür suç tiplerine, kast - taksir kombinasyonu da denilmektedir²⁵⁰.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs bahsi, (i) *neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs (Erfolgsqualifizierter Versuch)*²⁵¹, (ii) *ağırlaşmış neticeye teşebbüs (versuch der Erfolgsqualifikation)*²⁵² şeklinde incelenmelidir²⁵³.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs durumunda temel suç tipi teşebbüs aşamasında kalır ve fakat ağır netice gerçekleşir²⁵⁴. Çocuk düşürtme suçunda eylemin teşebbüs aşamasında kalması ancak kadının ölmesi örneğinde, ağırlaşan netice meydana gelmesine rağmen temel suç tipi teşebbüs aşamasında kalmıştır²⁵⁵. Bu durumda da TCK m. 23 bağlamında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Temel suç bakımından kasten hareket edilmiş ve fakat teşebbüs aşamasında kalmıştır; buna karşılık öngörülebilir ağır netice ölüm gerçekleşmiştir. Bu durumda kasten işlenen bir suça teşebbüs ancak bunun neticesinde gerçekleşen istenmeyen ve fakat

²⁴⁹ Vesile Sonay Evik / Ali Hakan Evik, “İstenmeyen Neticeden Sorumluluk”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1 - 2, 2004, s. 133.

²⁵⁰ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 234.

²⁵¹ Schönke / Schröder / Sternberg-Lieben / Schuster, **a.g.e.**, StGB § 18, Rn. 9.

²⁵² **A.g.e.**, Rn. 10.

²⁵³ Heinrich, **I**, § 22, Rn. 685.

²⁵⁴ **A.g.e.**, Rn. 692. Neticesi sebebiyle ağırlaşan teşebbüsün cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ilişkin öne sürülen teoriler için bkz. **A.g.e.**, Rn. 695 vd.; Tozman, **a.g.e.**, s. 217 vd.

²⁵⁵ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 435.

öngörülebilir gerçekleşmiş ağır netice dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs söz konusu olacaktır.

İşlenemez suçta failin kastettiği neticenin gerçekleşmesi imkansızdır. TCK m. 23'e göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta da, failin kastettiği netice meydana gelmemekte, daha ağır veya başka bir netice meydana gelmektedir. Ağır neticenin gerçekleşerek kadının öldüğü çocuk düşürtme suçunda, kadının aslında hamile olmaması varsayımında, suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç söz konusu olacaktır; öte yandan kadının ölmüş olması sebebiyle, istenmeyen netice meydana gelmiş olacaktır. Bu durumda çocuk düşürtme suçu bakımından işlenemez suç söz konusu olsa da, neticesi itibariyle ağırlaşan suç meydana gelmiş olacaktır.

Kastedilen neticenin meydana gelmesinin hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle imkansız olmasına rağmen kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesi halinde, kanaatimizce temel suçun başka bir suçu oluşturması durumunda o suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali uygulanmalıdır. Çünkü temel suç bakımından işlenemez suçun söz konusu olması nedeniyle temel suç bakımından ağırlaşan neticenin değerlendirmeye tabi tutulması mümkün değildir. Çocuk düşürtme suçu örneğinde, kadının hamile olmaması halinde çocuk düşürtme suçu bakımından işlenemez suç söz konusu olsa da anneye karşı işlenmiş başka suçlar, örneğin, kasten yaralama suçu oluşacaktır²⁵⁶. Dolayısıyla işlenemez suçun söz konusu olduğu neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs halinde, kasten yaralamanın ağırlaşmış neticesinin uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte temel suç bakımından işlenemez suç söz konusu olmasına rağmen failin eylemi başka bir suçun oluşumuna neden olmuyorsa, bu durumda meydana gelen ağırlaşmış netice bakımından oluşan suçtan dolayı failin kast - taksir kusuru oranında sorumluluğu söz konusu olmalıdır.

Ağırlaşmış neticeye teşebbüs durumunda ise, temel suç gerçekleşsin veya gerçekleşmesin ağırlaşan netice gerçekleşmemektedir. Bu tür suçlarda, birinci ihtimalde temel suç tipi gerçekleşir ve fakat ağır netice gerçekleşmez; ikinci ihtimalde ise ne temel suç tipi ne de ağır netice gerçekleşir. Temel suç tipi gerçekleşmesine rağmen, ağır neticenin gerçekleşmemesi halinde kasten işlenen bir suç ile bu kastı aşan bir taksirli hareket ile birlikte gerçekleşmeyen ağır netice mevcuttur. Örneğin, (A),

²⁵⁶ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 380.

(B)'nin çantasından para çalmak amacıyla kafasına demir çubukla vurarak onu bayıltır ve bu şekilde (B)'nin ölümünü de göze almış olan (A), bayılan (B)'nin çantasından parayı alır ve kaçır. Ancak yoldan geçen biri tarafından bulunan (B) kurtulur ve dolayısıyla ağırlaşan netice olan ölüm gerçekleşmez²⁵⁷.

Ağırlaşmış neticeye teşebbüste ikinci ihtimalde ne temel suç ne de ağırlaşan netice gerçekleşir. Örneğin, cinsel saldırı amacıyla yaşça küçük olan mağduru eve hapseden fail, bunu yaparken mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulabileceğini göze alır ancak iktidarsızlığı nedeniyle fail ne cinsel saldırı suçunu işleyebilir ne de ağırlaşan netice²⁵⁸ olan mağdurun ruh ve beden sağlığı bozulur²⁵⁹.

Kanaatimizce bu tür suçlar yapısı gereği teşebbüse müsait değildir²⁶⁰. Bu tür suçların yapısı gereği teşebbüse müsait olmaması iki sebep ile açıklanabilir. İlk olarak, ağırlaşmış neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için öncelikle bu ağır neticenin gerçekleşmesi gereklidir, ki neticenin gerçekleşmesi halinde teşebbüsten söz edilemeyecektir. Diğer yandan gerçekleşmeyen ve fakat gerçekleşmesi muhtemel ağır netice dolayısıyla teşebbüs gündeme gelebilir. Ancak yalnızca kasten işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olması nedeniyle, taksir veya olası kast ile hareket edilen ağırlaşan netice bakımından yine teşebbüs mümkün olamayacaktır. Bununla birlikte kastedilenden daha ağır bir netice esasen meydana gelmemiş ise işlenemez suç açısından konu bir özellik arz etmeyecektir²⁶¹.

Buna karşılık, temel suç bakımından, yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, (B)'nin çantasında para olmaması halinde yağma suçu bakımından işlenemez suç gündeme gelebilecektir. Yargıtay kararına konu olan benzer bir olayda, sanıklar mağdura bıçak gösterip tehdit ederek mağdurdan para istemiş ancak mağdur, parasının olmadığını söylemesi üzerine mağdura kafa atmış ve mağdurun üzerini arayıp para bulanamayınca sanıklar olay yerinden ayrılmışlardır. Yargıtay bu olayda, suçun

²⁵⁷ Örnek için bkz. Heinrich, I, § 22, Rn. 689.

²⁵⁸ Beden veya ruh sağlığının bozulması hali 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunun 59. maddesi ile kaldırılmıştır. Yapılan bu değişiklikten önce temel suç neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali, çocukların cinsel istismarı suçu bakımından TCK m.103/6'da yer almaktaydı. TCK m. 103'ün yeniden düzenlenmiş halinde, suçun temel ve nitelikli şeklinin düzenlendiği birinci ve ikinci fıkralarda cezalar artırılmak suretiyle, tasarı metninin gerekçesinde de belirtildiği üzere şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğması önlenmek istenmiştir. İlgili değişikliğe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Handan Yokuş Sevük, "6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 3, S. 2, 2015, s. 119 - 145.

²⁵⁹ Koray Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 266.

²⁶⁰ Aynı yönde bkz. Tezcan / Erdem / Önok, **a.g.e.**, s. 442.

²⁶¹ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 29.

konusunun yokluğuna rağmen yağma suçuna teşebbüsten hüküm kurulması gerektiğini hükmetmiştir²⁶². İkinci ihtimalde ise, failin iktidarsızlığı nedeniyle cinsel saldırı suçunun nitelikli halini işleyemeyecek olması örneğinde, failin hareketinin baştan itibaren elverişsizliği söz konusu olacak ve o suç bakımından işlenemez suç meydana gelecek; buna karşılık suçun ağırlaşan neticesi bakımından failin sorumluluğu devam edecektir²⁶³.

c. Neticesi Harekete Bitişik Suçlar

İcra hareketleri ile neticenin birbirinden ayrılabilir nitelikte olması da suçun teşebbüse müsait olup olmadığının belirlenmesinde etkin bir rol oynamaktadır. Hareket ile neticenin birbirinden ayrıldığı suç tiplerinin teşebbüse müsait olduğu kuşkusuzdur. Ancak kanunun suçun gerçekleşmesi bakımından yalnızca hareketin yapılmasını yeterli gördüğü neticesi harekete bitişik suç²⁶⁴ veya doktrinde anılan diğer adıyla şekli suç veya sırf hareket suçlarında²⁶⁵ icra hareketlerinin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmaktadır. Bu durumda teşebbüsün mümkün olamayacağı söylenebilse de, bazı durumlarda hareket bölünebilir nitelikte olabilmektedir. Hareketin bölünebilir olması halinde, neticesi harekete bitişik suçlara da teşebbüs mümkün olabilecektir. Eğer suç tek bir davranışın yapılması ile gerçekleşirse, hareket bölünemediği için bu

²⁶² “24.12.2014 tarihinden yaklaşık 1 ay önce (24.11.2014) sanık ve suç arkadaşı ...'in mağduru durdurup sigara parası istedikleri, mağdurun olumsuz yanıtı üzerine sanık ve suç arkadaşının mağduru darp edip 10 TL parasını aldıkları, 26.11.2014 günü sanık ve suç arkadaşı... 'in mağduru durdurup tehditle sigara parası istedikleri, mağdurun parasının olmadığını söylemesi üzerine sanık ve suç arkadaşının ayrıldıkları, 24.12.2014 gününden yaklaşık 2 hafta önce (09.12.2014) sanık ve suç arkadaşı ...'in yolda yürüyen mağduru durdurup tehditle sigara parası istedikleri, mağdurun olumsuz yanıtı üzerine sanık ve suç arkadaşının mağdurun üzerini aramak istedikleri sırada yanlarına çevreden vatandaşların gelmesi üzerine sanık ve suç arkadaşının ayrıldıkları, 24.12.2014 günü mağdurun okul bahçesinde oynadığını gören sanık ve suç arkadaşı ...'in mağduru bahçe dışına çağırdıkları, mağdurun gitmek istememesi üzerine sanığın suç arkadaşı... 'in bıçak gösterip “Senin boş anını buluruz, o zaman çıkmama sebebini öğreniriz” dediği, sanık ve suç arkadaşının yanına gelen mağdurdan sigara parası istedikleri, mağdurun parasının olmadığını söylemesi üzerine sanığın suç arkadaşı ...'in mağdura kafa atıp mağdurun üzerini aradıkları, mağdurun üzerinde bir şey bulamayan sanık ve suç arkadaşının ayrıldıkları, olaylarda; Sanık ve suç arkadaşının 24.11.2011 tarihinde mağdurun parasını aldıktan sonraki zaman dilimi içerisinde sigara parası adı altında bir miktar parayı daha almak istemeleri şeklinde gerçekleşen teşebbüs aşamasında kalan eylemler nedeniyle sanık hakkında ayrıca yağmaya kalkışma suçundan hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde tek yağma suçundan hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiştir..” **Yargıtay 6. CD, E. 2017/1681, K. 2019/6302, T. 19.12.2019.**

²⁶³ Failin cinsel iktidarsızlığı nedeniyle nitelikli cinsel saldırıyı gerçekleştirememiş olması halinde işlenemez suçun söz konusu olmadığına, teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğine yönelik görüş için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, **a.g.e.**, s. 442; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 342.

²⁶⁴ Kunter, **Maddi Unsurlar**, s. 104.

²⁶⁵ Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 129; Özgenç, **a.g.e.**, s. 191.

tür suçlara teşebbüs mümkün değildir. Örneğin, hakaret içeren söz kişiye söylendiği anda hareket ile birlikte netice meydana gelecek ve suç tamamlanacaktır. Ancak e-mail veya klasik posta vasıtasıyla hakaret içeren bir metnin failin elinde olmayan bir sebep nedeniyle mağdura ulaşmaması halinde henüz icra hareketinin tamamlanmamış olması nedeniyle suç teşebbüs aşamasında kalacaktır²⁶⁶.

Neticenin meydana gelmemiş olması teşebbüs ve işlenemez suçun ortak noktasını oluşturmakla birlikte, bu ortak noktanın tezahürü birbirine zıtlık teşkil eder. Teşebbüste neticenin meydana gelmesi imkan dahilinde olmasına karşın, işlenemez suçta neticenin meydana gelmesi suçun konusunun yokluğu veya hareketin elverişsizliği nedeniyle baştan itibaren imkansızdır. Hareketin elverişliliği veya suçun konusunun yokluğunun tespiti, hareketten önceki hal ve şartlara göre yapılacaktır. Bu bağlamda, neticenin hareketten ayrılabilir olması veya hareketin bölünebilir olması, eylemin suça teşebbüse müsait olması bakımından bir şart niteliğinde iken, işlenemez suç bakımından bir özellik arz etmemektedir.

d. Tehlike Suçları

Ceza hukuku yalnızca hareketin meydana getirdiği sonuçları değil, aynı zamanda meydana gelebilmesi muhtemel sonuçlara da önem addeder²⁶⁷. Bu nedenle ceza hukukunun sınırlarını yalnızca zarar sonucunu doğuran hareketlerle değil aynı zamanda tehlike sonucu da oluşturur. Tehlike suçlarının varlığı için zarar tehlikesinin mevcudiyeti yeterlidir. Doktrinde kabul edilen görüşe göre, tehlike suçları soyut ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmakta ve bu suçlara teşebbüs bahsi de bu ayrıma göre değerlendirilmektedir²⁶⁸. Hareketin, suçun konusu bakımından objektif zarar tehlikesi doğurmuş olduğu somut tehlike suçlarına²⁶⁹ (örneğin, TCK m. 170) teşebbüsün, tehlikenin tehlikeliliğinin cezalandırılması anlamına geleceği, cezalandırmanın başlangıcının çok öne alınmış olacağı ileri sürülerek, bu tarz bir teşebbüsün mümkün olmayacağı ifade edilmiştir²⁷⁰. Buna karşın, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, hazırlık hareketlerinin somut tehlike suçu şeklinde

²⁶⁶ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Özel Hükümler**, s. 518.

²⁶⁷ Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 269.

²⁶⁸ Tehlike suçlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Vesile Sonay **Daragenli**, “Tehlike Suçları”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yardımlaşma Vakfı Yayınları, No: 8, İstanbul, 1999, s. 163 - 188.

²⁶⁹ Önder, **C. II - III**, s. 53; Heinrich, **I**, § 8, Rn. 163.

²⁷⁰ Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 184.

cezalandırıldığı suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Ancak bu açıdan icra hareketlerinin elverişliliğinin değerlendirilmesi, suçun icrasına başlandığının kabul edilmesi halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Aksi durumda ise, hareketin suçun icrasına başlandığını kabule elverişli olmaması halinde, söz konusu hareket hazırlık hareketi olacağından teşebbüs hükümleri uygulanamayacaktır²⁷¹.

Hareketin suçun konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığının ayrıca araştırılmadığı, soyut tehlike suçlarında (örneğin, TCK m. 106), kanun koyucu belli bir davranış biçimini, baştan o kadar tehlikeli olarak kabul eder ki, bu suçların oluşumu bakımından somut bir tehlikenin açığa çıkmasına gerek görülmez²⁷². Bu tür suçların oluşumu açısından failden mağdura yönelik bir zarar tehlikesinin gerçekleşmiş olması aranmaz, zarar tehlikesinin objektif olarak varlığı gerekli ve yeterlidir²⁷³. Bu nedenle, soyut tehlike suçları neticesi harekete bitişik suç özelliği göstermektedir. Bununla birlikte hareketin bölünebildiği hallerde, örneğin tehdit içeren mektubun gönderilmesi durumunda olduğu gibi, teşebbüs mümkündür²⁷⁴.

Gerçekte zarar tehlikesi meydana gelsin veya gelmesin, hareketin objektif olarak zarar tehlikesinin varlığının dahi yeterli görüldüğü tehlike suçları bakımından işlenemez suç gündeme gelebilir. Hareketin zarar tehlikesini meydana getirmeye elverişli olmadığı yahut üzerinde zarar tehlikesi meydana gelebilecek suç konusu bulunmadığı hallerde işlenemez suç söz gündeme gelecektir. Soyut tehlike suçunun klasik örneği olan tehdit suçunda, mağdur üzerinde korku yaratmaya elverişli olmayan zarar beyanının işlenemez suç olarak kabul edilmesi gerekecektir²⁷⁵.

e. İhmali Suçlar

İcrai hareketle işlenen suçların teşebbüse müsait olduğu kabul edilmişken, ihmali hareketle işlenen suçlar açısından bu husus tartışmalıdır. TCK'da suçlar, emir ve yasak normları olarak yer almaktadır. Suçlar da genel olarak, belli bir davranışın icrasını yasaklamak suretiyle yasak normları şeklinde düzenlenmektedir. Hareketin,

²⁷¹ Vesile Sonay Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, s. 687.

²⁷² Heinrich, I, § 8, Rn. 164.

²⁷³ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Özel Hükümler**, s. 403.

²⁷⁴ Aynı yönde bkz. Tozman, **a.g.e.**, s. 229.

²⁷⁵ Tezcan / Erdem / Önok, **a.g.e.**, s. 515.

faile aktif bir harekette bulunmak suretiyle dış dünyada etkide bulunması olarak düzenlendiği icrai suçlarda fail o hareketi yapması halinde diğer şartlarıyla birlikte cezalandırılır²⁷⁶. Buna karşılık emredici norm vasıtasıyla, faile belli durumlarda belli bir harekette bulunması emrinin yüklendiği ancak failin suç tipinde yer alan hareketi yapmaması halinde cezalandırılmasını öngören, olumsuz hareket ile işlenen suçlara ihmali suçlar denilmektedir²⁷⁷.

İhmali suçlar, failin kanunun emrettiği hareketi yapmamasıyla ortaya çıkar. İhmali suçlarda fail menfi hareketi yapar yapmaz netice de kendiliğinden gerçekleşir. İhmali suçlar, neticesi harekete bitişik suçlardandır. Neticesi harekete bitişik diğer suç kalıplarında olduğu gibi, sırf (gerçek) ihmali suçlar da teşebbüse müsait değildir. Örneğin, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m. 98), görevi ihmal (TCK m. 257/2), suçu bildirmeme (TCK m. 278) suçlarında durum böyledir²⁷⁸. Suç tipinde hareket, yardım etmemek, ihbar etmemek gibi menfi şekilde ifade edilmiştir²⁷⁹. Bunun gibi kanunun emrettiği hareketin yapılmaması suretiyle gerçekleşen gerçek ihmali suçlara, neticesi harekete bitişik olması nedeniyle teşebbüs mümkün değildir²⁸⁰. Buna karşılık, Alman doktrininde gerçek ihmal suçlar bakımından işlenemez suçun (elverişsiz teşebbüsün) mümkün olabileceği değerlendirilmektedir²⁸¹. Örneğin, bir kimse gerçekten kaza olmamasına rağmen bir kaza olduğuna ilişkin varsayımına göre kaza mağduruna yardım etmeden oradan ayrılmışsa failin bu eyleminin Alman CK § 323c ile düzenlenen yardım etmeme suçuna²⁸² teşebbüs teşkil edeceği ifade edilmiştir²⁸³.

İcrai suçun ihmali olarak işlendiği, ihmal suretiyle icra suçlarında, anılan diğer adıyla görünüşte / gerçek olmayan (garantörsel) ihmali suçlarda, sadece hareketin gerçekleşmesiyle suç meydana gelmez, ayrıca bu hareket sonucunda neticenin de

²⁷⁶ Koca / Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 389.

²⁷⁷ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 225.

²⁷⁸ Bu yönde ve ayrıca suçu bildirmeme suçlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ümit Kocasakal, **Suçtu Bildirmeme Suçları**, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 118.

²⁷⁹ Kunter, **Maddi Unsurlar**, s. 55.

²⁸⁰ Gerçek ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğuna ilişkin görüş için bkz. Hakan Hakeri, **Ceza Hukuk'unda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 263.

²⁸¹ Georg Freund in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (Hrsg.), **Münchener Kommentar**, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020, StGB § 323c, Rn. 118; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 53.

²⁸² Alman CK § 323c: “Kaza veya kazaya benzeyen olay (Unglücksfall) veya büyük bir tehlike veya zaruret hali sırasında, gerekli olduğu ve durumuna göre, kendisinden beklenebileceği halde, özellikle, bunu kendisini önemli bir şekilde tehlikeye düşürmeksizin ve başka önemli yükümlülüklerini ihmal etmeyerek yapması mümkün olmasına rağmen, yardım etmezse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır”. Yenisey / Plagemann, **a.g.e.**, StGB, §323c.

²⁸³ Freund, **MüKoStGB**, § 323c, Rn. 119.

meydana gelmesi beklenmektedir. İcrai harekete denk olan ihmali hareketin neticesinin tesadüfi nedenlerden dolayı meydana gelmediği hallerde ise, teşebbüs mümkün olabilecektir²⁸⁴. Örneğin, denizde boğulmakta olan birini gören ve icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan cankurtaranın hareketsiz kalmasına rağmen, bir başka kişinin boğulmakta olan kişiyi kurtarmasıyla boğulma neticesinin gerçekleşmemesi halinde, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu teşebbüs aşamasında kalacaktır²⁸⁵.

Alacakaptan, ihmal suretiyle icra suçlarında, ihmali hareketle suça teşebbüs etmek mümkün olduğu halde, aracın elverişsizliği nedeniyle işlenemez suça ihmali hareketle sebebiyet verilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Buna gerekçe olarak, hareketsizliği ifade eden ihmal ile olumlu bir harekette bulunmayı gerektiren araçların kullanılmasının bağdaşamayacağını göstermiştir. Buna karşılık, suçun konusunun yokluğu durumunda ihmali hareket ile işlenemez suçun meydana gelebileceğini belirtmiştir²⁸⁶. Kanaatimizce, ihmal suretiyle icra suçlarında suçun konusunun yokluğu halinde işlenemez suçun oluşacağı şüphesizdir. Bu duruma örnek olarak, hastasının ölmüş olduğundan habersiz olan hastabakıcının artık ölmek üzere olduğunu düşündüğü hastasının daha fazla acı çekmeyip derhal ölmesi için ilaçlarını vermemesi durumu gösterilebilir.

Alman doktrinde *Heinrich*, failin emredilen hareketlerden hiçbirini yapmamasına rağmen hareketsiz de kalmadığı, diğer bir deyişle icrai bir harekette bulunduğu ancak elverişsiz bir şekilde neticeyi önlemeye çalıştığı durumlarda, objektif olarak tipikliğin gerçekleştiğini; bununla birlikte failin elverişsiz bir araçla elverişsiz bir önleme girişiminde bulunmasının tipikliğin subjektif unsuru açısından incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁸⁷. Diğer bir ifadeyle, elverişsiz ihmali hareketin mümkün olamayacağı fakat neticeyi önlemeye yetersiz ihmali hareketin mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Buradaki yaklaşımdan yola çıkarak, ihmali hareketin fail tarafından

²⁸⁴ Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 344.

²⁸⁵ Kunter, **Maddi Unsurlar**, s. 55. Doktrinde *Özgenç ve Koca / Üzülmüş*, teşebbüse ilişkin hükümlerin yalnızca icrai davranışla işlenen suçlar bakımından uygulanacağını ifade etmiştir. Müelliflere göre ihmali suçlarda aktüel bir failin bulunmaması nedeniyle failin ihmale yönelen gerçekleştirme iradesinin olmadığı dolayısıyla failin kastından da söz edilemeyeceği için ihmali suçlarda neticenin gerçekleşmemesi halinde failin teşebbüsten sorumlu tutulamayacağı savunulmaktadır. Eğer kişinin ihmali davranışı neticesinde ayrı bir suç oluştursa ancak bundan dolayı sorumlu olabilmesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir. Bkz. *Özgenç, a.g.e.*, s. 569; *Koca / Üzülmüş, a.g.e.*, s. 435.

²⁸⁶ *Alacakaptan, İşlenemez Suç*, s. 25. Yazar, ihmali hareket ile suçun konusunun yokluğu sebebiyle işlenemez suça örnek olarak, belli bir saatte bulunduğu yerden bir trenin geçeceği gibi yanlış bir bilgiye sahip olan demiryolu hat bekçisinin kaza olması için o saatte işaret vermekten veya makasları değiştirmekten kaçınması halini göstermiştir.

²⁸⁷ *Heinrich, I*, § 26, Rn. 896.

bilinçli olarak elverişsiz icrai hareketin gerçekleştirilmesi şeklinde ortaya çıkması halinde de, kanaatimizce elverişsiz olan bu hareketin gerçekte hareketsiz kalma olarak yorumlanması, bu nedenle işlenemez suç değil bilakis, ihmali suretiyle icra suçuna sebebiyet vermesi gerekmektedir. Buna örnek olarak, boğulmak üzere olan ve yakın zamanda kendisini aldattığını öğrendiği, bu nedenle ölmesini istediği karısını kurtarmayan kocanın, karısını kurtarmak için objektif olarak çok kısa olan ipi atmayı veya sönük bir can simidi atmayı denemesi gösterilebilir²⁸⁸.

f. Kalkışma Suçları (Tamamlanması Öne Alınmış Suçlar)

Niteliği gereği teşebbüse müsait olsa da, kanunun istisnai düzenlemesi nedeniyle teşebbüse müsait olmayan kalkışma suçlarında, eylem teşebbüs aşamasında kalsa dahi tamamlanmış suç gibi cezalandırılır²⁸⁹. Buna örnek olarak, göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği m. 79 ve anayasayı ihlal suçunun düzenlendiği m. 309 verilebilir²⁹⁰. Kalkışma suçlarında, ilgili maddede suçun kanuni tanımına yer verildikten sonra, kanunilik ilkesi gereğince bu suçlara teşebbüsün de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bunun nedeni kanun koyucunun korumak istediği menfaate tanıdığı üstün değerden kaynaklanmaktadır²⁹¹.

Kalkışma suçlarında, bu suçlara teşebbüs başlı başına bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle bu suçlara da teşebbüsün cezalandırılması halinde teşebbüse teşebbüsün cezalandırılması gibi kabul edilemez bir durum ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, teşebbüse ilişkin elverişli hareketle icraya başlanma koşulunun bu suçlar bakımından da mevcut olması gerekliliği, kanaatimizce bu koşulun bulunmaması halinde işlenemez suçun ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

²⁸⁸ Uyarlamış olduğumuz örneğin benzeri için bkz. Heinrich, I, § 26, Rn. 896.

²⁸⁹ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 517 vd.

²⁹⁰ Göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği TCK m. 79/1: “Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancıların yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan,

Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/6 md.) Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur”. Anayasayı ihlal suçunun düzenlendiği TCK m. 309/1: “(1) Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar”.

²⁹¹ Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 195.

3. Suça Teşebbüsün Şartları Bakımından İşlenemez Suç

a. Suç İşleme Kastının Varlığı

Teşebbüsün ilk şartı, TCK m. 35 sistematğine uygun olarak faildeki suç işleme kastının varlığıdır. Failin suç ile ilgili sübjektif düşüncesi, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda tamamlanamayan eyleminin teşebbüs olarak değerlendirilmesinin temelini oluşturur²⁹². Kast TCK m. 21'de “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Böylelikle kastın varlığı 765 s. mülga TCK'da olduğu gibi bilme ve isteme unsurlarına bağlanmıştır. Bunun neticesi olarak da teşebbüs, olası kast veya taksir ile bağdaşmamaktadır²⁹³. Teşebbüste failin kastı suçun tamamlanmasına yöneliktir. Zira failin arzu ettiği netice meydana gelmemesine rağmen suçun teşebbüs aşamasında kalması failin elinde olmayan sebeplerden kaynaklanmalıdır.

Fail, söz konusu suç tipine ilişkin bütün objektif unsurları bir suç işleme kararı kapsamında icraya koymaktadır²⁹⁴. Bu bağlamda bir suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış suç ile aynı motivasyona sahiptir; zira her iki durumda da fail suçu tamamlama isteğindedir ve buna yönelik hareket etmektedir. Failin bu kararı eylemin tamamlanmasına yöneliktir; teşebbüste (teorik olarak bile) failin sadece risk oluşturmaya amaçlayan kararı yeterli değildir²⁹⁵.

Teşebbüse ilişkin Alman ceza hukuku doktrininde genellikle kast (*Vorsatz*) kavramı yerine suç işleme kararı (*Tatentschluss*) kavramı kullanılmaktadır. Bunun nedeni, suç işleme kararının ilgili suç tipinin gerçekleşmesi için failde aranması gereken amaç, saik kriterlerini de kapsayacak şekilde değerlendirilmesi olarak ifade edilmiştir. Örneğin, Alman CK § 253'de düzenlenen şantaj veya § 263' de düzenlenen dolandırıcılık suçlarında yer alan zenginleşme - mal varlığında artma sağlama amacı ya da § 267'de düzenlenen belgede sahtecilik suçunda aldatma amacı, kasttan daha geniş olan suç işleme kararının kapsamı dahilinde kabul edilmektedir²⁹⁶. Nitekim Türk hukukunda da bu durum *özel kast* terimi ile ifade edilmiştir. Kanun koyucunun, suç

²⁹² Zaczyk, NK, § 22, Rn. 13.

²⁹³ Olası kast ve taksir ile teşebbüsün mümkün olmayacağını ve bu konuya ilişkin görüşlerimizi daha evvel belirttiğimiz için tekrardan kaçınmak amacıyla bu başlık altında bu husus bir kez daha değerlendirilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Birinci Bölüm, II., C., 1., a.*

²⁹⁴ Nitekim Alman CK § 22'ye göre de, teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin temelini failin suç işlemeye ilişkin tasavvuru oluşturur. Heinrich, I, § 21, Rn. 655.

²⁹⁵ Zaczyk, NK, § 22, Rn. 13.

²⁹⁶ Kindhäuser, StAT, § 30, Rn. 4 - 5.

tipinde failin belirli bir saikle hareket etmiş olmasının suçun unsuru olarak kabul ettiği hallerde özel kast söz konusu olacaktır²⁹⁷. Kast bakımından tamamlanmış suç ile teşebbüs derecesinde kalmış suç arasında bir fark bulunmamasından hareketle, tamamlanmış suç için nasıl bir kast aranıyorsa, benzer şekilde özel kastın arandığı suç tiplerinde de, bu suça teşebbüsün cezalandırılması için özel kastın varlığı gereklidir²⁹⁸.

Teşebbüste kastın tespiti dışa yansıyan hareketler esas alınarak araştırılır²⁹⁹. Bu bağlamda tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suç arasında kastın tespiti bakımından bir fark bulunmamaktadır; her iki durumda da failin suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisi ve suçun tamamlanmasına yönelik isteği araştırılacaktır³⁰⁰.

Gerek teşebbüs halinde kalmış suçta gerekse işlenemez suç halinde fail tarafından, suç teşkil eden eylemde bulunma ve kanunun suç saymış olduğu bir neticeye ulaşma iradesinin ortaya konmuş olduğu görülmektedir. Buna karşılık, irade edilen fiilin gerçekleşen şekli, işlenemez suç halinde teşebbüsten farklıdır. Failin subjektif tahmini ile objektif gerçeklik birbiriyle örtüşmemektedir. Teşebbüs halinde de bu örtüşmeme durumu mevcut olsa da, teşebbüs halinde neticenin gerçekleşmemesine sebep olan, failin iradesi dışındaki engelleyici nedenler, işlenemez suçtan farklı şekilde tezahür etmektedir³⁰¹.

İşlenemez suçun söz konusu olduğu durumlarda da failin elindeki bilgiler doğrultusunda suçun tamamlanmasına yönelik hareket ettiği şüphesizdir; ancak failin tasavvurunun aksine gerçekte failin suçu tamamlamasına imkan bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada sormamız gereken soru, işlenemez suç söz konusu olduğu durumlarda kasta ilişkin bilme unsurunun eksikliğine rağmen failin kastının varlığının ne şekilde etkileneceğidir. Kastın bilme unsurunun neye ilişkin olduğu öncelikle kastın tanımlandığı TCK m. 21/1'de açıkça yer almaktadır. Bununla birlikte hata hallerinin düzenlendiği TCK m. 30'da da bilme unsurunun yönelmesi gereken unsurlara işaret edilmektedir³⁰². Buna göre, kastın bilme ve isteme unsuru suçun kanuni tanımındaki

²⁹⁷ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 558. Saik yerine özel kast terimi genellikle suçun unsuru olarak failin belirli bir amaçla hareket etmesinin kabul edildiği suç tiplerinde kullanılmaktadır. Bununla birlikte, saik bazı suçlar açısından cezayı azaltıcı veya ağırlaştırıcı nitelikli hal (örneğin, TCK m. 82/1-j,k gibi) olarak düzenlenmiştir. Kanunun açıkça hükme bağladığı haller dışında suçun işlenmesindeki güdü, saik ya temel cezanın belirlenmesi sırasında ya da ceza miktarında alt veya üst sınıra yaklaşma hususunda dikkate alınabilir niteliktedir. Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 142.

²⁹⁸ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 119; Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 174.

²⁹⁹ Tozman, **a.g.e.**, s. 54.

³⁰⁰ Sözüer, **Teşebbüs**, s. 160; Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 162.

³⁰¹ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 24.

³⁰² Suç tipinin unsurlarını oluşturan durumlarda hatanın düzenlendiği, TCK m. 30/1'in karşılığına tekabül eden Alman CK § 16 (1)'de de bilme unsuruna işaret edilmiştir: "*Fiilin icrası sırasında*

unsurlarına ilişkindir. Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinmemesi TCK m. 30/1'e göre kastı kaldırır niteliktedir. O halde failin maddi unsurlarına ilişkin bilgisizliği tipikliğe ilişkindir. Bu hatanın ters yönde de gerçekleşmesi halinde, yani failin tipik neticeyi gerçekleştirebileceği zannıyla hareket etmesi halinde ters tipiklik hatası söz konusu olacaktır. Örneğin, bir kimse başkasının paltosunu almak isterken yanlışlıkla kendi paltosunu alırsa buradaki hata, ters tipiklik hatasıdır. Bu durum, suçun konusunun gerçekte bulunmadığı veya fail tarafından var sanıldığı ya da suçun konusu gerçekte var olduğu halde hareketin tipik neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmaması halinde ortaya çıkabilir. Failin yanılışı araç veya konu bakımından fiili duruma ilişkin ise, ters tipiklik hatası durumunda daha önce de ifade ettiğimiz gibi işlenemez suç meydana gelecektir³⁰³. Failin kastını kaldırın tipiklikte hatanın tersi halini oluşturan bu durumda artık failin kastının ortaya konulmuş olduğu ifade edilmektedir³⁰⁴. Zira bu halde de failde suç işleme iradesinin ve isteminin olduğu görülmektedir. Bununla birlikte Türk hukukunda bu durumda failin kastının ortaya konmuş olduğu açıkça ifade edilmese de, ters tipiklik hatası halinde kastın varlığı ve bu durumun işlenemez suça sebebiyet vereceği kabul edilmektedir³⁰⁵.

kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan bir durumu (maddi unsuru) bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olamaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilme saklıdır” Yenisey / Plagemann, **a.g.e.**, StGB, §16.

³⁰³ Bkz. yukarıda, *Birinci Bölüm, II. A. 2. a.*

³⁰⁴ Kühl, **StAT**, § 5, Rn. 8.

³⁰⁵ Bu hususu *Dönmezer / Erman* şu şekilde ifade etmiştir: “*Tipiklikte tersine yanılma olarak adlandırabileceğimiz bu durumda faili sorumlu tutmak mümkün olmaz çünkü failin eylemi tipik değildir. Failin kastı başkasının malını almaya yönelik olsa da, işlediği fiil, kendi malını almaktır ve böyle bir suç tipi kanunlarımızda yoktur. Failin zannından hareketle cezalandırılması söz konusu değildir*” *Dönmezer / Erman, C. II*, kn. 73. Aynı görüşteki diğer yazarlarca bu durum bizim de katıldığımız görüşe göre, işlenemez suç olarak ifade edilmiştir. Bkz. Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 31; Öztürk / Erdem, **a.g.e.**, kn. 663; Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 258; Özgenç, **a.g.e.**, s. 524; elverişsiz teşebbüs görüşü için ayrıca bkz. Kazaker, **a.g.e.**, s. 210. Aksi görüşte olan *Doğan*, işlenemez suç halinde failin, suçun tipikliğine ilişkin bu hatası dolayısıyla kastın “bilme” unsurunun eksikliği nedeniyle bulunmadığını ifade etmiştir. Yazara göre, işlenemez suç halinde faile ceza verilmesinin mevcut teşebbüs hükmü ile mümkün olamayacağını; işlenemez suçun cezalandırılmasının ancak kanunda bu yönde bir değişiklik yapılmasıyla mümkün olduğunu ve m. 35'te yer alan “*işlemeyi kastettiği*” ifadesinin “*failin kendi tasavvuruna göre*” ifadesi ile değiştirilmesi gerektiğini dile getirmiştir. *Doğan, Ters Tipiklik*, s. 188; 221.

b. Elverişli Hareketlerle Suçun İcrasına Doğrudan Doğruya Başlanması

Teşebbüsün cezalandırılabilmesi için fail tarafından elverişli hareketlerde bulunulması şartı TCK m. 35'te “...*elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp...*” şeklinde ifade edilmiştir. Mülga 765 s. TCK m. 61'de bu durum “...*vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp...*” olarak yer almaktaydı. Hareket terimi, failin sonucu meydana getirmek için yerine getirdiği her türlü eylem olarak anlaşılması gerekmektedir. Failin vücudunun çeşitli organları ile yaptığı olumlu veya olumsuz nitelikteki hareketleri, sözlü veya yazılı beyanları veya herhangi bir araç kullanarak meydana getirdiği hareketler de bu kavram içerisinde değerlendirilmektedir³⁰⁶. Görülüyor ki, yeni TCK, elverişliliği kullanılan araç yerine hareket bağlamında kabul ederek, elverişlilik kavramına daha geniş bir anlam yüklemektedir.

Elverişlilik, hareketin kanunun suç olarak öngördüğü neticeyi meydana getirebilme iktidarır³⁰⁷. Bu nedenle elverişliliğin belirlenmesi hususunun her bir suç tipi açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte hareketin elverişsizliği suçun konusu bakımından da ortaya çıkabilir. Failin hareketinin belirli suç tipini gerçekleştirebilmesi için suçun konusu bakımından da etkili olması gerekir. Bu konuya ileride ayrıntılı olarak yer vereceğiz³⁰⁸ ancak peşinen suçun konusunun yokluğunun hareketin elverişliliğinden ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Elverişliliğin belirlenmesi, doktrinde objektif ve sübjektif görüş doğrultusunda teoriler çerçevesinde çözümlenmektedir³⁰⁹. Hareketin elverişsizliği, failin hareketinin suça teşebbüs olarak değerlendirilmesine engel teşkil edecektir. Bu durumda hareketin elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç gündeme gelecektir.

Ceza kanunumuz faili neticeye götüren hareketleri arasında bir ayırım yapmakta ve cezalandırılan teşebbüs kural olarak icra hareketleri ile başlamaktadır. Bununla birlikte istisnai olarak hazırlık hareketlerinin de cezalandırıldığı suç tiplerine kanunda yer verilmiştir. Cezalandırılabilir teşebbüsün sınırı failin icra hareketlerine başlaması

³⁰⁶ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 125.

³⁰⁷ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 61.

³⁰⁸ Bkz. aşağıda, *İkinci Bölüm, II.*

³⁰⁹ Elverişliliğin belirlenmesi ve bu husustaki teoriler için bkz. *İkinci Bölüm, II., C. ve devamı.*

olunca, cezalandırılmayan hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasında doktrinde bu ayrıma ilişkin çeşitli kriterlerin belirlenmesi gereği hasıl olmuştur.

Hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin ayırımına ilişkin objektif ve sübjektif kriterler çerçevesinde farklı görüşler ileri sürülmüştür³¹⁰. İcra hareketlerinin başlangıcını belirlerken failin objektif nitelik taşıyan hareketlerini esas alan objektif teori de kendi içerisinde görüşlere ayrılmıştır. Objektif teoriler içerisinde yer alan *biçimsel teoriye* göre, failin hareketi ilgili suç tipinin unsurlarında veya ağırlaştırıcı nedenlerinde yer alıyorsa, bu hareket icra hareketi olarak kabul edilmelidir³¹¹. *Nedensellik teorisine* göre, teşebbüsü sadece suçun kanuni tanımını kısmen ihlal eden hareketler değil aynı zamanda ona bağlı hareketler de oluşturur; bu bağlamda icra hareketleri suç tipinin oluşmasına kesin olarak neden olan hareketlerdir³¹². *Frank Formülü* olarak da anılan *maddi teori* uyarınca failin suç tipinde yer alan harekete doğal ve zorunlu olarak bağlı bulunan hareketlerin icra hareketi olarak kabul edilmesi gerekir³¹³. Bu görüş çerçevesinde ileri sürülmüş hukuksal yarar teorisine göre ise, suçun icrasına başlanıldığının kabulü için somut bir tehlikenin varlığı aranmaktadır³¹⁴. Sübjektif görüş uyarınca icra hareketlerinin başlangıcının belirlenmesinde failin suç işlemeye yönelik iradesi esas alır. Bu görüş taraftarı bazı yazarlarca ise, failin suç işleme kastını şüpheye yer vermeyecek biçimde ortaya koyan hareketlerin icra hareketi sayılması gerektiği ifade edilmiştir³¹⁵.

Türk hukukunda hazırlık ve icra hareketlerinin belirlenmesinde hakim görüşlerin maddi - objektif teori ve karma teori çerçevesinde yoğunlaştığı görülmektedir. Kanunda yer alan “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ve madde gerekçesinde yer alan “*işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanmış sayılacaktır*” ifadeleri doktrinde bazı yazarlarca TCK'nın maddi - objektif teoriyi benimsediği şeklinde yorumlanmıştır³¹⁶. Nitekim, madde gerekçesinde de, failin kastının şüpheye

³¹⁰ Hazırlık ve icra hareketleri ayırımına ilişkin özellikle İtalyan doktrininde yer alan görüşler için bkz. Aksoy İpekçioğlu, *Teşebbüs*, s. 53 vd.

³¹¹ Dönmezer / Erman, *C. II*, kn. 131; İçel, *a.g.e.*, s. 514.

³¹² Sözüer, *Teşebbüs*, s. 195; İçel, s. 514; Soyaşlan, *Genel Hükümler*, s. 297.

³¹³ Önder, *C. II - III*, s. 405. *Frank Formülü* çerçevesinde maddi - objektif teoriyi benimseyen Önder, suç tipinde belirtilmiş olan hareketlerden birisinin yapılmış olması halinde icra hareketlerinin başladığını tartışmasız olarak kabul etmekle birlikte, failin işlemeyi kastettiği suç tipindeki hareketlere zorunlu olarak bağlı bulunan hareketlerin yapılması halinde de icra hareketlerinin başlamış olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

³¹⁴ İçel, *a.g.e.*, s. 514.

³¹⁵ İçel, *a.g.e.*, s. 515; Dönmezer / Erman, *C. II*, kn. 132.

³¹⁶ Demirbaş, *a.g.e.*, s. 497 vd; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, *a.g.e.*, s. 690; Centel / Zafer / Çakmut, *a.g.e.*, s. 457; Koca / Üzülmöz, *a.g.e.*, s. 423; Aksoy İpekçioğlu, *Teşebbüs*, s. 69.

yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmasının icranın başlangıcı olarak kabul edilmesinin adaletsiz sonuçlar doğuracağı ifade edilmiştir³¹⁷. Bu görüşe suçun kanuni tanımında unsur veya nitelikli hal olarak yer alan hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığı kabul edilmektedir.

Bununla birlikte karma görüşe göre, hazırlık - icra hareketi ayrımında tek başına objektif veya sübjektif kriterlerin uygulanması bizi doğru sonuca ulaştırmayacaktır. Karma görüşü savunan *Dönmezer / Erman*, karma teoriden yana olmanın “hem kişi özgürlüğünün sınırını kesin bir şekilde belirlemek, hem toplumsal savunmayı felce uğratmamak, hem de kanunun açık kurallarına aykırı olabilecek bir sonuca varmamak bakımından” zorunlu olduğunu ifade etmişlerdir³¹⁸. Karma görüş uyarınca ilk olarak objektif teori uygulanmalı ve failin hareketinin suçun kanuni tanımında bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Failin hareketi suçun kanuni tanımında belirtilmiş ise, icra hareketlerinin başladığı kabul edilmelidir. Ancak failin hareketi suçun kanuni tanımı kapsamında değilse, bu durumda failin suç işleme kastı araştırılmalıdır. Teori böylelikle ikinci bir kriter olarak hareket ile *kronolojik ölçütü* esas alır. Buna göre, zaman sıralamasına önem verilerek tamamlanma anına uzak olan hareketleri hazırlık, yakın olanları ise icra hareketi olarak kabul edilmiştir³¹⁹.

Kanaatimizce, teşebbüsün kanuni tanımında yer alan *doğrudan doğruya icraya başlama* kriteri, hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığıyla birlikte değerlendirilmelidir³²⁰. Failin hareketinin suç tipini gerçekleştirecek neticeyi meydana getirmeye elverişli nitelikte olması gerekmektedir³²¹. Bununla birlikte, icra

³¹⁷ TCK m. 35 gerekçesine göre, “Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık – icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtama sorunu hâline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir.”

³¹⁸ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 137.

³¹⁹ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 138.

³²⁰ Teşebbüsün söz konusu olabilmesi için failin suçun tüm unsurlarını gerçekleştirmiş olması gerekmez. Teşebbüsün varlığı için failin korunan hukuki değer üzerinde tehlike yaratacak ve neticeyle bağlantılı fiilin icrasına başlaması yeterlidir. Konuya ilişkin belirtiler hukuki değer üzerinde somut bir tehlike, mağdurun alanına giriş, olaylara hakimiyet kadar hareket ile beklenen netice arasında sıkı bir zamansal ve mekânsal bağlantıdır. Bununla birlikte failin düşünsel olarak kurguladığı her hareket doğrudan icraya başladığı anlamına gelmez. Bu nedenle bu kriterlerin somut olaya göre birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Heinrich, I, § 23, Rn. 729; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, a.g.e., StGB § 22, Rn. 37.

³²¹ *Alacakaptan* da, failin hareketlerinin suç işleme kastını ortaya koymasıyla birlikte bu hareketlerin neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığının araştırılmasının önemini vurgulamıştır: “Eğer bu hareket, ya da hareketlerin yasanın suç saydığı bir eylemi işlemek kasdıyla işlendikleri <iltibasa>

hareketlerinin belirlenmesinde, tamamlanmış suçlarda olduğu gibi, teşebbüsün de subjektif unsurunun bertaraf edilmesi düşünülemez³²². Bu yüzden *doğrudan doğruya icraya başlama* kriteri ile birlikte failin *işlemeyi kast etme* kriterinin birlikte ele alınması gerekmektedir³²³. Bu takdirde, failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlere yön veren kastın da varlığının aranması yerinde olacaktır³²⁴. Bu nedenle, bir hareketin icra veya hazırlık hareketi olduğunun belirlenmesi bakımından objektif veya subjektif teorilerin her birinin savunduğu kriterlerin problemi çözmede yetersiz kaldığını - karma görüşe daha yakın olduğumuzu belirtmekle birlikte- ifade etmekteyiz. Hakim, bir hareketin hazırlık veya icra hareketi olup olmadığını somut olaya göre değerlendirmeli ve bu değerlendirmesini, hareketin suç ile korunan hukuki değere zarar verip vermediğine, neticeye yakınlığına ve neticeyi gerçekleştirme tehlikesi doğurup doğurmadığına bakarak yapmalıdır. Eğer hareket kanuni tarifi ihlal ediyorsa, neticeye yakınsa, korunan hukuki değere zarar veriyorsa bu hareket icra hareketi olarak kabul edilmelidir³²⁵.

yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkıyorsa, bir adım daha atılmış olur. Eğer TCK, Yeni İtalyan Ceza Yasası'nın sistemini benimseyip, bir cürüm işlemeğe iltibassız şekilde yönelmiş hareketleri teşebbüsün varlığı için yeterli saysaydı, bu noktada, belki icranın başlamış olduğunu söyleyebilir ve araştırmamızı daha öteye götürmeksizin durabilirdik. Ancak, yasa, faildeki kasdı ortaya çıkaran hareketlerin teşebbüsün varlığı için yeterli görmüş değildir. Bu nedenle failin yaptığı hareketlerin belli bir suç kasdıyla gerçekleştirilmiş olduğunun saptanmasıyla yetinmeyerek, bu hareketlerin tamamlandıkları takdirde kasdolunan cürmü meydana getirmelerinin mümkün olup olmadığının da araştırılmalıdır” Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 63.

³²² Alman CK § 22'de yer alan failin “*kendi tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleşmesi için doğrudan doğruya icraya başlama*” ifadesi, doktrinde teşebbüsün başlangıcının belirlenmesinde iki aşamalı bir değerlendirme yapılması gerektiğine işaret edildiği ifade edilmiştir. Heinrich, I, § 23, Rn. 724.

³²³ Failin hareketlerinin icra hareketi niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesinde maddi - objektif görüşü benimseyen Önder, bu değerlendirmeden önce failin suç işleme kastının araştırılması gerektiğini; icra hareketi niteliğinde olup olmadığı değerlendirilecek bu hareketlerin failin kastı doğrultusunda ortaya çıkacağını ifade etmiştir: “*Failin işlemeyi kastettiği cürmün suç tipindeki hareketlerine zorunlu olarak bağlı bulunan ve bu hareketlerin doğal bir kısmını oluşturan, bununla bütünleşen hareketlerin yapılması halinde, icraya başlanmış olduğunu kabul etmekteyiz. Bu formül, birkaç hususu da belirtmektedir. Teşebbüs kastı diye bir kast türünün bulunmadığına daha önce değinmiştik. Bu sebeple failin kastettiği cürmün ne olduğu her şeyden önce belirlenmiş olacaktır. Bu husus belirlendikten sonra failin yapmış olduğu hareketlerin açıklamış olduğumuz formül içindeki yeri ve değeri incelenecektir. Diğer bir ifade ile, failin hangi cürmü işlemeyi kastettiği, her suçta olduğu gibi, belirlenmeden hareketlerin işlemeyi kastettiği cürmün icra hareketi olup olmadığı tayin edilemez. Daha sonra hareketin icra başlangıcı teşkil edip etmediği araştırılacaktır. Bundan başka, icra hareketlerine zorunlu olarak bağlı ve bu hareketlerle doğal bir bütünlük teşkil eden hareketlerin icra başlangıcı olduğu da açıklanınca, bu hareketlerin neticeye yakın hareketler olabileceği de anlaşılmış olacaktır*” Önder, **C. II - III**, s. 406.

³²⁴ Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 63.

³²⁵ Görüş için bkz. Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 302. Aynı yönde bkz. Tozman, **a.g.e.**, s. 149: “...suç kararının alınmasıyla suçun tamamlanması arasında sonsuz denebilecek ara noktaların bulunması karşısında icra başlangıcının bu noktalardan hangisine yerleştirileceği konusunda tereddütlerin yaşanacağı muhakkaktır. Bu nedenle sonuçta çözümün sağlam bir bilgiye ve sağduyuya sahip hakim bütünü teorilerden yararlanarak yapacağı değerlendirmesine kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır”. Nitekim, Hafizoğulları / Özen de, TCK m. 35'deki “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütünü belirgin bulmamakta ve bunun kuşkuya yer vermeyecek surette doğrudan bir suçu işlemeye yönelik davranışlar şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Hafizoğulları / Özen, **a.g.e.**, s. 333.

c. İcra Hareketlerinin Tamamlanmaması veya Neticenin Gerçekleşmemesi

Teşebbüs ile tamamlanmış suç arasındaki en önemli fark, neticenin gerçekleşmemiş olmasıdır. Neticenin gerçekleşmediği diğer hallerden farklı olarak, teşebbüste gerçekleşmeme hali, failin elinde olmayan sebeplerden kaynaklanmalıdır. Fail harici sebepler dolayısıyla gerçekleşmeyen netice, icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen yahut failin icra hareketlerinin yarıda kesilmesi dolayısıyla meydana gelmemektedir. Mülga 765 s. TCK'ya göre, suçun icra hareketlerinin tamamlanmamış olması m. 61 gereğince nakıs (eksik) teşebbüs; suçun icra hareketlerinin tamamlanmış olmasına rağmen suçun kanuni tanımındaki neticenin meydana gelmemiş olması ise m. 62 gereğince tam teşebbüs teşkil etmekteydi. 5237 sayılı TCK ile eksik - tam teşebbüs ayrımı kalkmış, böylece tek bir teşebbüs kavramında birleştirilmiştir³²⁶.

Buna karşılık, failin kendi isteği ile icra hareketlerine devam etmemesi veya icra hareketlerini tamamlamasına rağmen iradi olarak neticenin meydana gelmesini engellediği durumlarda *gönüllü vazgeçme* kurumu gündeme gelecektir³²⁷. Bu durumda fail, teşebbüsten cezalandırılmaz.

Gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği ve niçin cezalandırılmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kurumun hukuki niteliği hususunda çoğunluk görüş, gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran şahsi bir sebep olduğu yönünde ağırlık kazanmaktadır³²⁸. Nitekim, cezasızlık sonucunun yalnızca gönüllü vazgeçen fail hakkında uygulanması, iştirak halinde işlenen suçlar bakımından diğer şeriklere

³²⁶ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 140.

³²⁷ TCK m. 36: “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”.

³²⁸ Önder, C. II - III, s. 415; İçel, a.g.e., s. 531; Sözüer, Teşebbüs, s. 240; Özgenç, a.g.e., s. 569; Koca / Üzülmüş, a.g.e., s. 436; Centel / Zafer / Çakmut, a.g.e., s. 471. Alman doktrinde de hakim görüş, vazgeçmenin şahsi cezasızlık sebebi olduğu yönündedir: Kindhäuser, StAT, § 32, Rn. 2; Heinrich, I, § 24, Rn. 763; Kühl, StAT, § 16, Rn. 8; Baumann / Weber / Mitsch / Eisele, a.g.e., § 23, Rn. 7; Wessels / Beulke / Satzger, a.g.e., § 17, Rn. 887; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, a.g.e., StGB § 24, Rn. 4. Bununla birlikte gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği ve suç genel teorisindeki yeri hususunda azınlıkta kalan görüşler de mevcuttur, bu görüşler için bkz. Önder, C. II - III, s. 415.

sirayet etmemesi de, gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliğini ortaya koyar niteliktedir³²⁹.

Bununla birlikte gönüllü vazgeçmenin niçin cezalandırılmadığı hususundaki görüşlerden, sübjektif görüş, failin suç işleme niyetini ve tehlikeliliğini esas alarak gönüllü vazgeçme halinde bunların ortadan kalktığını ve bu nedenle ceza vermenin mümkün olmadığını savunur³³⁰. İcra hareketlerini ve neticeyi bir bütün olarak kabul eden objektif teori taraftarları, fail icraya başladıktan sonra gönüllü vazgeçme ile icra hareketlerinin bütün iz ve eserleri silmiş ise artık bir suçtan söz edilemeyeceğini; benzer şekilde gönüllü vazgeçme halinde norma aykırılığın da ortadan kalkacağını, bu yüzden failin cezalandırılmasının mümkün olmadığını kabul ederler³³¹. Son olarak gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmama nedenini açıklayan ve Türk hukukunda da baskın görüşü oluşturan, *suç politikası görüşünün* esasını, suçun icrasına başlamış failin bu yoldan geri döndüğü takdirde cezadan kurtulabileceğine imkan verilmesi teşkil eder³³².

³²⁹ TCK m. 41 İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme: “İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. (2) Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, Hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.”

³³⁰ Sübjektif görüş doğrultusunda *İptal Teorisi*, *Butlan Teorisi*, *Kastın Zayıflığı Teorisi* ve *Karine Teorisi* ortaya çıkmıştır. *İptal Teorisi*, failin suç işleme niyetinin yerine gönüllü vazgeçme ile iyi niyetini ortaya koymuş olduğundan, faile ceza verilmemesi gerektiği yönündedir. *Butlan Teorisine* göre, suç işleme niyeti ortadan kalktıktan sonra yapılan hareketlerin icra hareketi olarak kabul edilmesi imkansızdır. *Kastın Zayıflığı teorisine* göre, gönüllü vazgeçme halinde failde kastın mevcut olduğunu ancak yoğunluğunun azaldığını savunur ancak bu zayıf kast nedeniyle failin teşebbüsün cezalandırılması için yeterli olmadığını savunur. *Karine Teorisi* ise, gönüllü vazgeçme halinde failde baştan itibaren tamamlanması bakımından yeterli bir iradeye sahip olmadığı karine olarak kabul edilmesi gereken bu zayıf irade uyarınca failin cezalandırılmasının mümkün olamayacağı doğrultusundadır. Sübjektif görüş yönündeki teoriler ve savunucuları için bkz. Önder, **C. II - III**, s. 416; İçel, **a.g.e.**, s. 529 vd.; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 236 vd.

³³¹ Objektif görüş yönündeki teoriler ve savunucuları için bkz. İçel, **a.g.e.**, s. 530; Önder, **C. II - III**, s. 416 vd.; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 237 vd.

³³² Önder, **C. II - III**, s. 417. Suç politikası görüşleri doğrultusunda *Psikolojik Zorlama Teorisi*, devletin hukuk düzenini koruması bakımından fail üzerinde psikolojik bir zorlama uygulayarak onu suçu tamamlamaktan caydırması amacını ve görevini, failin suç işlemekten vazgeçmesi ile yerine getirmesi nedeniyle ifa ettiğini bu nedenle cezalandırılmaması gerektiğini savunur. *Altın Köprü Teorisi* olarak anılan diğer bir teoriye göre, suçun icrasına başlayan kişi ne sübjektif ne de objektif teorilere göre yapılmış bir hareketi yapılmamış hale getiremez. Ancak fail gönüllü vazgeçme ile cezadan kurtulabileceğini düşünür ise, bu düşünce kanun koyucu tarafından dikkate alınmalı ve bu yoldan geri dönmek isteyen faile, suç yolunda ardında bırakarak yıktığı köprüleri altından yaparak geri dönme imkanı verilmeli ve böylelikle kişilerin suç işlemekten caydırılması sağlanmalıdır. Bir diğer görüş olan *Cezalandırılmadaki Amaçların Gereksizleştiği Teorisi* uyarınca, failin gönüllü vazgeçmesi failde suçun icrası için yeterli ölçüde kasta sahip olmadığını göstermesi nedeniyle genel ve özel önleme amacının failin cezalandırılmamasını zorunlu kıldığı, adalet ilkesinin de bunu gerektirdiği ileri sürülmektedir. Son olarak *Af - Ödül Teorisi* taraflarınca icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü olarak bu hareketlerinden vazgeçen failin bu ana kadarki eylemlerinin devletçe affedildiği ve ödüllendirilmeyi hak ettiği savunulmaktadır. Suç politikası görüşleri ve savunucuları için bkz. Önder, **C. II - III**, s. 417 vd.; İçel, **a.g.e.**, s. 530 vd.; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 238 vd.

Suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçen failin suçu tamamlayabilecek kudrette olması; diğer bir deyişle failin eyleminin başından itibaren neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığı hususu, Türk hukukunda işlenemez suçun cezalandırılmaması nedeniyle pratik bir önemi haiz değildir. Zira, failin hareketleri elverişsiz veya suçun konusu yok idiyse ve fail bunun farkında olmaksızın yahut sonradan farkına vararak icra hareketlerinden vazgeçtiyse failin eylemleri cezasızlıkla sonuçlanacaktır. Bununla birlikte, işlenemez suçtan gönüllü vazgeçen failin, tamam olan kısım dolayısıyla cezalandırılması da imkansız hale gelecektir.

Elverişsiz hareketler ile suça teşebbüs eden failin cezalandırıldığı Alman ceza hukukunda teşebbüsten vazgeçmenin kabulü için failde suçu tamamlayacağına dair inancının bulunması hususu önem kazanmaktadır. Alman CK § 24'e göre, vazgeçme ancak teşebbüsün henüz fail tarafından neticenin gerçekleşme imkanının varlığının kabulü durumunda mümkündür³³³. Hatta suç vazgeçenin katkısı olmaksızın tamamlanmış olsa dahi, failin bu nedenle cezalandırılmaması için, failin, fiilin tamamlanmasını önlemek için gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olması aranmaktadır. Alman CK §24 (1)'de yer alan bu “*gönüllü olarak tamamlanmayı önleme*” veya “*ciddi bir tamamlamayı önleme*” çabasının, failin kavramsal olarak hala suçu tamamlayabileceğinin mümkün olduğunu düşünmesinden kaynaklanması gerekmektedir³³⁴. Fakat fail artık halihazırda suçun tamamlanabileceğini mümkün görmüyorsa, Alman CK § 24'ü dikkate almaya gerek yoktur; failin ceza sorumluluğu devam etmektedir³³⁵. Bu nedenle, failin vazgeçmesinden önce, teşebbüsün başarısız

³³³ Alman CK § 24 (1): “*Her kim, başlamış olan fiilin icra hareketlerine devam etmekten gönüllü olarak vazgeçer veya fiilin tamamlanmasını önlerse, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Şayet suç vazgeçenin katkısı olmadan tamamlanmamış idi ise, fiilin tamamlanmasını önlemek için, gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olan fail cezalandırılmaz*” Yenisey / Plagemann, **a.g.e.**, StGB, § 24.

³³⁴ Kindhäuser, **StAT**, § 32, Rn. 5; Kühl, **StAT**, § 16, Rn. 9; Zaczyk, **NK**, § 24, Rn. 8; Hoffmann-Holland, **MüKoStGB**, § 24, Rn. 52; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB, § 24, Rn. 7

³³⁵ Örnek bir olayda, (**BGH 5 StR 239/04 - Beschluss vom 24. November 2004 (LG Potsdam)**) kullanılan silahın öldürmeye elverişli olup olmadığının failce anlaşılıp anlaşılmadığı, bu durumun sanığın eyleminden vazgeçmesine etkisi tartışılmıştır. Karara göre, tamamlanmamış bir teşebbüs durumunda, tespit edilemeyen elverişsiz teşebbüsten vazgeçilmesi, Ceza Kanunu § 24 (1) maddesi uyarınca cezasızlığa yol açmalıdır. Karara konu olayda, suç anında yüksek derecede kişilik bozukluğuna sahip ve ağır bir şekilde sarhoş olan ve bu nedenle kontrol etme kabiliyeti önemli ölçüde azalan sanık, üç vatandaşı en az bir saat boyunca sığınmacıların evinin oturma odasında bir tabanca ile kontrol altında tutmuş ve üç vatandaşı ölümle tehdit ederek sırayla silahı her birine toplam beş kez doğrultarak ve öldürme niyetiyle tetiği çekerek defalarca “*Rus Ruleti*” oynamıştır. Ancak söz konusu silah, sanığın bilmediği şekilde kullanılamaz durumda olan üç fişekle doldurulmuştur. Sanık, tabancanın namlusunu tetiği çekmeden adamlardan birinin ağzına koymuş ve ayrıca silahıyla iki adamın kafasına vurmuştur. Ateş etmeye teşebbüs sırasında, olayın sonuna doğru sadece bir el ateş edilmiş, ancak kurşun zemine sekmiş ve oradan sanığın silahı doğrulttuğu kişinin ayağına isabet etmiş ve onu yaralamıştır. Olayın sonunda sanık esrarlı bir sigara içerek biraz sakinleşmiş ve saldırı tehdidi altındaki adamlardan birine sarılarak, duvara nişan almış ve son bir kez yine ateş etmiştir. Ancak işlevsel cephanenin yokluğunda ateş etmesi mümkün olmamıştır. Kurbanlardan ikisi daha sonra sanık tarafından engellenmeden suç

olup olmadığı netleştirilmelidir. Bir teşebbüsün elverişsizliği, ancak objektif bakış açısıyla belirlenebilir. Aksi durumda, elverişsizlik sorunu yalnızca failin algısına bağlıdır. Bu nedenle, failin hareketi elverişsiz de olsa, fail hareketinin elverişli olduğuna inandığı sürece cezasız bir vazgeçme mümkündür. *Kindhäuser*'in verdiği örneğe göre, G'yi vurmak için dolu olduğunu düşündüğü tabancası ile G'ye ateş eden failin tabancada hiç mühimmat olmadığını tetiği çekince anlaması halinde, fail hareketinin neticeyi gerçekleştirmeye uygun olmadığını fark eder etmez, suç elverişsiz teşebbüs (işlenemez suç) aşamasında kalmıştır³³⁶.

Öte yandan, Alman öğretisinde bazı yazarlarca yukarıda ifade ettiğimiz gibi işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) halinde, Alman CK § 24 (I)'e göre vazgeçmenin mümkün olmamasının mantıksız sonuçlara yol açabileceği; zira elverişli bir teşebbüsün failinin, gönüllü vazgeçmeden istifade ederek cezalandırılmamasına karşın, daha az tehlikeli olan elverişsiz teşebbüs faili için bu olasılığın mevcut olmaması tartışılmış, burada bir kanun boşluğu olduğu ifade edilmiştir³³⁷. Alman CK'a göre cezalandırılabilir olan elverişsiz teşebbüs halinde gönüllü vazgeçmenin mümkün olmaması, gerçekten de elverişsiz teşebbüsün özellikle failin ortaya koymuş olduğu suç işleme iradesi ve tehlikeliliği nedeniyle cezalandırıldığı hususları da göz önünde bulundurulduğunda, esasen yapılan bu eleştirinin haklı bir yönü olabileceği kabul edilmelidir. Öte yandan, suç işleme iradesini ortaya koyan failin, neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğunu fark ederek eyleminden gönüllü vazgeçmenin mümkün

odasını terk etmiştir. Mahkemece, duvara yapılan son atış denemesinden sonra, sanığın, kurbanları tabancayla öldürmesinin bir yolunu görmediği; bu nedenle, başarısızlık nedeniyle elde edilen bulgular göz önüne alındığında sanığın teşebbüsten vazgeçmesinin anlaşılabilir olduğu kanaatine varılmıştır. Olayda sanık, kalan iki fişğin de işlevsel olduğunu varsayımıştır çünkü bir fişeğe çarpırsa bile tetik çalıştırıldıktan sonra bir tıklama sesi duymuştur. Sanık sıkışan tabancanın tamburunu defalarca çevirmiştir. Olayda altı suça teşebbüs durumu söz konusu olmuştur (dört öldürme teşebbüsü, biri intihara teşebbüs, ölümcül olmayan yaralama). Sanığın bakış açısından, mevcut silahla ölümcül atışların imkansız görüldüğüne dair hiçbir kanıt yoktur. Böylelikle mahkeme özetle, sanığın vazgeçmesinin teşebbüsünün neticeyi meydana getirmeye elverişsiz olduğunu fark etmiş olması nedeniyle mi yoksa elverişsizliği fark etmeden gönüllü olarak mı vazgeçtiğini tartışmaktadır. Sanığın elverişsizliği fark etmeden vazgeçmesi halinde adam öldürmeye teşebbüs bakış açısından cezasızlığı açıktır. Bu, sanığın özel görüşü ile doğrudan StGB §24 (1) cümle 1 ile ilgilidir. Mahkemeye göre en azından daha fazla tespit edilmeyen elverişsiz teşebbüsten vazgeçmiş olması, sanığın fişeklerin işlevsel olmadığını bilmemesi nedeniyle Ceza Kanunun 24. maddesinin 1. paragrafının 2. cümlesine göre cezasızlığa yol açmalıdır. Karar için bkz. BGH , 24. 11. 2004 - 5 StR 239/04 : Rücktritt vom untauglichen Versuch, **NJW** 2005, Heft 14, s. 998; **NSZ-RR** 2005, Heft 3, s. 70.

³³⁶ Kindhäuser, **StAT**, § 32, Rn. 7.

³³⁷ Rudolf Rengier, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, § 37, Rn. 149. Bundan sonra suç, failin kendi çabası olmadan tamamlanamazsa bile, fail neticenin meydana gelmesini gönüllü ve ciddi bir şekilde engellemeye çalışarak da vazgeçmeden yararlanabilir. Bunun elverişsiz teşebbüs için de geçerli olduğu tartışılmaz, ancak bunun için failin eyleminin elverişsiz olduğunun farkında olmaması gerekir. Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB, § 24, Rn. 68; Wessels / Beulke / Satzger, **StAT**, § 17, Rn. 1059.

olduğunun kabul edilmesinin, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasını hem manasız hem de neredeyse imkansız hale getireceği de unutulmamalıdır.

Kanaatimizce, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için, suçun tamamlanmasının objektif olarak mümkün olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, gönüllü vazgeçme ancak TCK m. 35'e göre teşebbüsün kabul edildiği hallerde uygulanabilir niteliktedir. Eğer suçun tamamlanması baştan itibaren suçun konusunun yokluğu veya hareketin elverişsizliği nedeniyle objektif olarak imkansız ise; veya failin vazgeçmesi bu imkansızlığı fark etmiş olmasından kaynaklanıyorsa, artık burada suç neticesinin gönüllü olarak önlenmesinden bahsedilemeyecek³³⁸, bu durumda işlenemez suç söz konusu olacaktır. İşlenemez suç ve gönüllü vazgeçme durumunda, failin eylemlerinin başka bir suça sebebiyet vermemesi halinde mevcut düzenleme itibariyle cezasızlık sonucu doğacaktır. Bu nedenle söz konusu ayrımın öneminin yalnızca teorik olduğu düşünülebilir; ancak durum böyle değildir. Gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği hususunda hakim görüş, bunun bir şahsi cezasızlık sebebi olduğu yönündedir. Bu durumda, gönüllü vazgeçme halinde verilecek olan hüküm beraat kararı değil; CMK m. 223/4-b'e göre, ceza verilmesine yer olmadığı kararı olmalıdır³³⁹.

³³⁸ Aynı yönde bkz. Sözüer, **Teşebbüs**, s. 250.

³³⁹ Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 770. Nitekim Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda, sanık hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan gönüllü vazgeçme sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken sanığın beraatine hükmedilmesinin isabetsiz olduğuna karar verilmiştir: “Sanık ... hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan verilen ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karara ve sanık ... hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan verilen beraat hükmüne yönelik katılan vekili ve sanık müdafisinin temyiz itirazlarının incelenmesinde, Sanık ...'un, sahte olduğunu bildiği sanık ... tarafından ciro edilerek verilen ve asılları ele geçirilemeyen sahte senetleri icraya koymak suretiyle, diğer sanık ...'nın resmi belgede sahtecilik suçuna TCK'nın 37/1 maddesi gereğince asli fail olarak iştirak ettiği dosya kapsamında anlaşılmakta ise de; resmi belgede sahtecilik suçunda senet aslı bulunmadığından aldattıcılık niteliğinin belirlenememesi, belge aslı üzerinde yapılmayan incelemeye ilişkin raporun da hükme esas alınamayacağı gözetilerek, sanık ... hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan verilen beraat hükmü ile; sanık ...'nın sahte olduğunu bildiği suça konu senetleri tedavüle soktuktan sonra, diğer sanık ... tarafından senetleri icraya koyduğunu öğrenmesi üzerine, derhal sanık ...'u uyararak her hangi bir itiraza maruz kalmaksızın icra takibinden harçlarını ödemek sureti ile icra takibinden vazgeçmesini sağladığı olayda, sanık ... hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan gönüllü vazgeçme sebebiyle TCK'nın 36. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararında herhangi bir isabetsizlik görülmemiş olup, tebliğnamede bu hususta bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre; katılan vekilinin ve sanık ... müdafisinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin onanmasına, Sanık ... hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan verilen beraat hükmüne yönelik katılan vekilinin temyiz itirazının incelenmesinde, Sanık ...'un, sahte olduğunu bildiği senetleri icra takibine koyduktan sonra, diğer sanık ...'nın uyarısı üzerine her hangi bir itiraza maruz kalmaksızın, icra takibinden feragat ettiği olayda, sanık hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan gönüllü vazgeçme sebebiyle TCK'nın 36. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraatine hükmedilmesi, Bozmayı gerektirmiştir...” **Yargıtay 15. CD, E. 2017/5628, K. 2019/9044, T. 26.9.2019.** Yargıtay kararına konu olmuş başka bir olayda, arkadaşlarıyla hırsızlık

D. Alman Ceza Hukukundaki Elverişsiz Teşebbüs Kavramı

Alman ceza hukukunda teşebbüsün bir görünümünü oluşturan elverişsiz teşebbüs, mevcut fiili koşullar altında failin düşüncesinin aksine eyleminin, suçun tamamlanmasına yol açmayan teşebbüs olarak tanımlanmaktadır³⁴⁰. Failin bu eylemi nedeniyle suç ile korunan hukuki değer tehlikeye atılmasa veya ihlal edilmese dahi, prensip olarak cezalandırılabilir niteliktedir³⁴¹. Eğer neticenin gerçekleşme ihtimali olmamasına rağmen fail bunu bilmeksizin suç işlemeye teşebbüs ettiyse ve bu durum failin büyük bir yanlış anlamasından kaynaklanmaktaysa, açık bir yanılgıya dayalı teşebbüsün (*grob unverständige Versuch*) ve özellikle elverişsiz teşebbüsün (*untaugliche Versuch*) temelde cezalandırılacağı varsayılır³⁴². Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının normatif gerekçesini Alman CK § 22 oluşturur. Teşebbüsün tanımlandığı Alman CK § 22'de, failin eylemi neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olsun veya olmasın, diğer bir deyişle elverişlilik ayrımı yapılmaksızın failin teşebbüsten cezalandırılması öngörülmüştür. Bununla birlikte, Alman CK § 23 (3) ile, failin açık yanılgısına dayalı olarak, suçun konusu veya araçların elverişsizliği halinde meydana gelen teşebbüs halinde, § 49 (2)'ye atıf yoluyla mahkemeye cezadan vazgeçme veya cezada indirim uygulamada takdir yetkisi tanınmıştır. İlaveten, § 23 (3) haricindeki - elverişli veya elverişsiz- teşebbüs hallerinde, teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin düzenlendiği § 23'ün 2. fıkrasına göre, § 49 (1)'e yapılan atıf doğrultusunda, hakime elverişsiz teşebbüsü, tamamlanmış suçtan daha hafif ceza ile cezalandırılabilmesi imkanı da ihtiyari olarak tanınmıştır³⁴³.

amacıyla girdikleri lokantadan hiçbir şey almadan çıkan sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmasına rağmen verilen beraat kararının bozularak yerine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesine ilişkin karşı oy yazısı için bkz. **Yargıtay 10. CD, E. 2004/4963, K. 2005/15429, T. 14.11.2005.**

³⁴⁰ Bock, **StAT**, s. 434; Roxin, **Versuch**, s. 981; Bernd Heinrich, "Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständigem und abergläubischem Versuch", **JURA**, 1998, s. 393.

³⁴¹ Valerius, **a.g.e.**, s. 113.

³⁴² Kühl, **StAT**, § 15, Rn. 87; Köhler, **a.g.e.**, s. 462 vd; Cornelius, **BeckOK**, StGB § 23, Rn. 8; Zaczyk, **NK**, § 23, Rn. 16; Wolfgang Mitsch, "Der untaugliche Straftäter", **JURA**, Heft 6, 2014, s. 586.

³⁴³ Alman CK § 23 (2): "*Teşebbüs, tamamlanmış olan suçtan daha hafif cezalandırılabilir (m. 49 fıkra 1)*"; § 49 (1): "*Bu hüküm uyarınca indirim yapılması kanunen öngörülmüş veya hukuken kabul edilmişse, indirme hakkında aşağıdaki kurallar uygulanır:*

1. Müebbet hapis cezasının yerini, üç seneden aşağı olmayan hapis cezası alır.

2. Süreli hapis cezasında, kanunda yazılı olan üst sınırın en fazla dörtte üçüne hükmedilebilir. Adli para cezasının aynı hüküm, gün birimlerinin en yüksek sayısı için geçerlidir.

3. Bir hapis cezasının yükseltilmiş olan alt sınırı, aşağıdaki şekilde indirilir:

on veya beş senelik alt sınırı iki seneye,

üç veya iki senelik alt sınırı üç aya,

diğer hallerde, kanuni alt sınıra kadar indirilir". Yenisey / Plagemann, **a.g.e.**, StGB, § 23 (2); § 49 (1).

Buna göre, teşebbüsün cezalandırılabilirliği hususunda uygulanacak olan Alman CK § 49 (1)'e göre mahkeme ceza vermekten vazgeçemeyecek ve fakat maddede öngörülen şekilde cezayı hafifletebilecektir. Bu cezayı hafifletme imkanı § 49 (1) uyarınca, bazı hallerde zorunlu iken bazı hallerde mahkemenin takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu ayrım § 49 (1)'e yapılan atıf maddesine göre belirlenmektedir. Örneğin, yardım etmenin düzenlendiği § 27'nin 2. fıkrasında, “*Yardım edenin cezası, fail için öngörülen ceza tehdidine göre belirlenir. Bu ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilir*”³⁴⁴ denilmek suretiyle mahkemenin zorunlu olarak indirim uygulaması gerektiği düzenlenmiştir³⁴⁵. Buna karşılık, örneklerine § 23 (2)'nin de dahil olduğu § 49 (1)'e yapan atıf maddelerde cezada indirim yoluna gidilmesi mahkemenin takdirine (*Fakultativ*) bırakılmıştır³⁴⁶. Bununla birlikte yargı kararlarında, bir teşebbüsün cezasının indirilmesi söz konusu olduğunda, esasen teşebbüsün koşulları, neticeye ulaşmadaki başarıya yakınlık, ihlal tehlikesi gibi değişkenlerin özellikle önemli olduğu ifade edilmiştir³⁴⁷. Ayrıca son zamanlarda, bir eylemin tamamlanamamasının her zaman açıkça hafifletici neden olarak dikkate alınması gerekmediği bir kez daha vurgulanmıştır³⁴⁸.

Suç tipindeki neticenin gerçekleşmemesi teşebbüsünün doğasında vardır. Ancak failin eyleminin neticeye ulaşmak için uygun olmadığının objektif olarak belirlendiği durumlar elverişsiz teşebbüs olarak tanımlanır. Elverişsiz teşebbüs halinde failin eyleminin neticeyi gerçekleştirmeye uygunsuzluğu suçun icrasının başında zaten mevcutken, elverişli teşebbüs durumunda elverişsizlik suçun başlamasından sonra ortaya çıkar³⁴⁹. Elverişsiz teşebbüs durumunda failin ceza sorumluluğu bulunduğu hususunda Alman doktrininde görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Elverişsiz teşebbüste kural olarak failin ceza sorumluluğu sadece failin suçla ilgili fikrinin temelini oluşturan Alman CK § 22 hükmünden değil, aynı zamanda § 23 hükmünden de kaynaklanmaktadır³⁵⁰. Bununla birlikte, suç ile korunan hukuki değer ihlal

³⁴⁴ A.g.e., § 27 (2).

³⁴⁵ Alman CK § 49 (1)'e göre, cezada indirim yapılmasını zorunlu olarak öngören maddelere örnek olarak, § 28 (1), § 30 (1), § 35 (2) ve § 111 (2) maddeleri verilebilir. Gabriele Kett-Straub, in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans - Ullrich Paeffgen, (Hrsg.), **Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar**, 5. Auflage, Nomos, 2017, § 49, Rn. 9.

³⁴⁶ Alman CK § 49 (1)'e göre, cezada indirim yapılmasını ihtiyari olarak öngören maddelerden, § 13 (2), § 21, § 23 (2), § 35 (1), § 46a, § 239a (4) ve § 239b (2) örnek olarak verilebilir. Kett-Straub, a.g.e., § 49, Rn. 10.

³⁴⁷ BGHSt 5, 84, 10; Kett-Straub, a.g.e., § 49, Rn. 10.

³⁴⁸ BGHSt 5, 102, 16; Kett-Straub, a.g.e., § 49, Rn. 10.

³⁴⁹ Wolfgang Mitsch, “§ 23 Abs. 3 StGB: grob unverständiges Strafrecht” **ZIS**, 11. Jahrgang, 6. Ausgabe, 2016, s. 353; Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 34.

³⁵⁰ Kühl, **StAT**, § 15, Rn. 86.

edilmemesi nedeniyle, bazen elverişsiz teşebbüsün cezasız kalması gerekebileceği de ifade edilmektedir³⁵¹.

Elverişsiz teşebbüs, -elverişli teşebbüsün aksine- suçun tamamlanmasının imkansızlığının eylemin başlangıcında objektif olarak belirlendiği durumları tarif eder; çünkü failin içinde bulunduğu elverişli koşullar objektif olarak mevcut değildir³⁵². Bu anlamda bir teşebbüs, yalnızca suçun kanuni tanımındaki neticeyi meydana getirmeye uygun olmadığı kanıtlandığı için elverişsiz değildir. Bu elverişsizlik hiçbir koşulda suçun tamamlanmasını mümkün kılmaz; ancak bunun mümkün olmaması suçun konusunun³⁵³ veya araçların elverişsizliğinden ya da failin, eylemin tamamlanması için gerekli bir niteliğe sahip olmamasından kaynaklanmalıdır³⁵⁴.

Alman doktrinde suçun konusundaki elverişsizlik nedeniyle elverişsiz teşebbüs (*Versuch am untauglichen Tatobjekt*) başlangıçta eylemin yöneldiği nesnenin veya mağdurun, suç tipinin objesini oluşturmak için gereklilikleri karşılamamasından kaynaklanabilir³⁵⁵. Bir cesedi öldürmeye çalışmak veya hamile olmayan bir kadına kürtaj girişiminde bulunmak bu tür elverişsiz teşebbüse verilen en yaygın örnekler olarak doktrinde yer almaktadır³⁵⁶.

Elverişsiz araç nedeniyle elverişsiz teşebbüs (*Versuch mit untauglichem Tatmittel*) durumunda, bu elverişsizlik, failin tasavvurunun aksine, elverişli olmayan araçtan kaynaklanabilir. Doktrinde hakim görüşe göre, elverişsizlik araç ve konuda kombinasyon halinde de bu teşebbüs türü ortaya çıkabilir; örneğin hamile olmayan bir

³⁵¹ Köhler, **a.g.e.**, s. 457.

³⁵² Hoffmann-Holland, **StAT**, §6, Rn. 626; Hotz, **a.g.e.**, s. 221.

³⁵³ İşlenemez suç açısından suçun konusu bakımından elverişsizlikten değil; yokluktan bahsedebileceğini düşündüğümüz için, çalışmamızda suçun konusu bahsi elverişsiz yerine yokluk ile ifade edilmiştir. Suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç için bkz. aşağıda, *İkinci Bölüm, III*. Ancak işlenemez suç ile Alman doktrinine göre elverişsiz teşebbüs ilişkisi açıklanırken, Alman doktrinde kabul kullanılan kavramı daha iyi ifade edebilmek için ve yalnızca elverişsiz teşebbüs ile sınırlı olmak üzere, suçun konusu bakımından elverişsizlik terimi kullanılmaktadır.

³⁵⁴ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 60; Heinrich, **I**, §22, Rn. 668; Valerius, **a.g.e.**, s. 114. *Zaczyk*, elverişsizliğin nedeni seçilen araçlardan veya suçun konusundan kaynaklanması durumunda (cezalandırılabilir) elverişsiz teşebbüsü kabul etmesine rağmen failden kaynaklanan elverişsizlik halinde (cezasız) mefruz suçun oluştuğunu ifade etmektedir. *Zaczyk*, **NK**, § 22, Rn. 34.

³⁵⁵ Heinrich, **I**, §22, Rn. 669; Valerius, **a.g.e.**, s. 114. Hakim görüşe göre § 23 (3) sınırlarında olmak üzere, bir cesedi öldürmeye teşebbüs (**RGSt 1, 451, 452**); hamile olmayan bir kadın kürtaj yapmaya çalışmak (**RGSt 8, 198**); kurbanın rızasını bilmeyerek hırsızlığa teşebbüs (**BGHSt 4, 199**); 14 yaşın altında olduğunu düşündüğü bir çocuğa cinsel eylemlerde bulunmak (**RGSt 39, 316**); kendi kızı zannederek cinsel eylemlerde bulunmak (**RGSt 47, 189**) gibi eylemler suçun konusunun niteliği dolayısıyla failin eyleminin suçun kanuni tipinin gerçekleşmesine objektif olarak baştan itibaren elverişsiz olsa da cezalandırılabilir niteliktedir. Örnek kararlar için bkz. *Zaczyk*, **NK**, § 22, Rn. 36.

³⁵⁶ Valerius, **a.g.e.**, s. 114; **RGSt 1, 451, 452** (ölmüş kimseye karşı öldürme teşebbüsü); **RGSt 34, 217** (hamile olmayan kadına karşı çocuk düşürtme teşebbüsü).

kadına elverişsiz araçlarla kürtaj yapma teşebbüsünde durum böyledir³⁵⁷. Elverişsiz araç nedeniyle elverişsiz teşebbüste sıklıkla bahsedilen vakalar, (zararsız) baş ağrısı için kullanılan ilaçlar ile hamile bir kadına kürtaj uygulama çabası³⁵⁸ veya failin hasmını öldürmek için çaya arsenik yerine şeker koyması nedeniyle yalnızca hasmının çayını zehirlemek yerine tatlandırması örnekleridir³⁵⁹.

Failden kaynaklanan elverişsizlik nedeniyle elverişsiz teşebbüs (*Versuch des untauglichen Tatsubjekts*) halinde, fail, kendi tasavvurunun aksine, ilgili suç tipinde yer alan kendisine ilişkin belirli gereksinimleri karşılayamaz. Bu durum özellikle, faile ilişkin belirli bir özelliğin öngörüldüğü özgü suçlar söz konusu olduğunda önemlidir. Polis memuru olarak yapılan atamasının geçersiz olduğunu bilmeyen kişinin, polis memuru olduğu zannıyla, kırmızı ışıktaki geçen kişi hakkında kendisinden aldığı para karşılığı idari işlem uygulamaması bu duruma örnek olarak verilebilir³⁶⁰. Fail burada aslında var olmayan bir özelliğe sahipmiş gibi hareket eder: Failin sıfatına ilişkin kamu görevlisi olma veya gerçek olmayan ihmali (ihmal suretiyle icra) suçlarda koruma yükümlülüğünü haiz olma örneklerinde de durum böyledir³⁶¹.

Alman CK §23 (3)'te suçun konusunun veya araçların elverişsizliği ele alınmış ve fakat faile ilişkin elverişsizlik bilinçli olarak bu düzenlemede açık bırakılmıştır³⁶². Bu nedenle failden kaynaklanan elverişsizlik nedeniyle elverişsiz teşebbüs halinde özellikle özgü bir suçun kişisel özelliklerini yerine getirdiğini hatalı şekilde düşünen failin teşebbüsten cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususu tartışmalıdır³⁶³. Özel yükümlülüğün varlığının muhatap grubu sınırladığı düşüncesiyle bu tür durumlarda her zaman mefruz suç olduğu varsayılır³⁶⁴. Öteden beri savunulan bu görüşe göre, özel

³⁵⁷ Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 36; **RGSt 34, 217; RGSt 47, 65**.

³⁵⁸ Wessels / Beulke / Satzger, **a.g.e.**, §17, Rn. 980; Heinrich, **I**, §22, dpn. 5; **RGSt 34, 217** (ağrı kesici ile çocuk düşürtme teşebbüsü).

³⁵⁹ Valerius, **a.g.e.**, s. 114. Elverişsiz araçlarla teşebbüse örnek olarak, zehir zannedilen bir madde ile veya çok düşük bir dozla öldürme teşebbüsü (**BGHSt 11, 324; BGHSt 41, 94**); gerçek olmayan bir aldatma ile dolandırıcılık suçuna teşebbüs (OLG Karlsruhe **NJW** 1968, 560); doğrulanmış yalan ifade beyanıyla yalan beyanda bulunma suçu (**RGSt 24, 91; RGSt 58, 302; RGSt 67, 331**); elverişsiz yöntemler ile hamile kadına kürtaj yapma teşebbüsü (**RGSt 1, 439; 17, 158**); olası HIV enfeksiyonu ile bedensel zarar girişimi (AG Hamburg **NJW** 1989, 2071; **AG Nürtingen StV 2009, 418**) eylemlerinin cezalandırılabilir nitelikte olduğu doktrinde ve uygulamada hakim görüşü oluşturmaktadır. Örnek kararlar için bkz. Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 36.

³⁶⁰ Valerius, **a.g.e.**, s. 115.

³⁶¹ Heinrich, **I**, §22, Rn. 671; **BGHSt 16, 155, 160**.

³⁶² Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 39

³⁶³ Kindhäuser, **StAT**, § 30, Rn. 31.

³⁶⁴ Jakobs, **a.g.e.**, § 25, Rn. 43; Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 39; Timpe, **a.g.e.**, s. 784.

bir yükümlülüğü veya özelliği haiz olmayan fail, korunan hukuki değer için bir tehdit haline gelemeyeceğinden, bu kimseyi cezalandırmaya da gerek yoktur³⁶⁵.

Öte yandan, günümüzde daha yaygın olan hakim görüşe göre, failden kaynaklanan elverişsizliğin § 23 (3)'te düzenlenmemiş olması bir anlam ifade etmemektedir, zira § 23 (3) elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının esaslı gerekçesi değildir; aksine bazı durumlarda cezada indirim yapılmasını öngörmektedir³⁶⁶. Bu durumu elverişsiz teşebbüs olarak kabul eden yazarlar, prensip olarak, elverişsizlik failden kaynaklansa dahi, failin ceza sorumluluğunun mümkün olduğu konusunda görüş birliğindedir³⁶⁷. Bununla birlikte, kişinin suçun failine ilişkin özelliği hakkındaki yanlış tasavvurunun ters niteleme hatasından kaynaklanması durumunda ise mefruz suç ortaya çıktığı kabul edilmektedir³⁶⁸. Bu nedenle, örneğin, kendisini yanlışlıkla kamu görevlisi olarak gören belediye binasının temizlikçisini, kamu görevlilerine özgü suç nedeniyle cezalandırılmak mümkün değildir³⁶⁹.

Teşebbüsün bir görünümü olarak açık bir yanılgıya dayalı teşebbüs (*grob unverständige Versuch*) de ayrıca belirtilmelidir. Açık bir yanılgıya dayalı teşebbüs, Alman CK § 23 (3)'te yer almaktadır. Kurum, Alman CK § 23 (3)'te, “*Fail ağır bir bilgi ve anlama hatası (grober Unverstand) yapması nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiilin işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir (m. 49 fıkra 2)*” şeklinde düzenlenmiştir³⁷⁰. Bu durumda, objektif olarak elverişsiz olduğu kabul edilen teşebbüsün fail tarafından ağır bir bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle fark edilmemiş olması durumu söz konusudur³⁷¹. Açık bir yanılgı failin olağan nedensel akışta olması gerekenden farklı bir beklenti içinde bulunduğu

³⁶⁵ Kindhäuser, **StAT**, § 30, Rn. 32.

³⁶⁶ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 75; Heinrich, **I**, § 22, Rn. 671.

³⁶⁷ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 76; Hillenkamp, **LK**, § 22, Rn. 230; Heinrich, **I**, § 22, Rn. 671.

³⁶⁸ Failin suçu işleyebilmeye elverişliliği ile ilgili hata, ters niteleme hatası olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, 76; Lackner / Kühl, **a.g.e.**, StGB, § 23, Rn. 13. Niteleme (*Sumbuntionsirrtum*) hatasında fail gerçekleştirdiği fiili doğru olarak bilmesine rağmen kavramın hukuki düzenlemesini yanlış değerlendirilmesi sonucunda hataya düşmektedir. Failin hukuki yorumundaki bu hatası, ceza normunu lehine veya aleyhine genişletmek olarak ortaya çıkabilir. Failin, lehine yorumladığı bu hata niteleme hatası olarak adlandırılırken, aleyhine yorumladığı hata ise (*umgekehrter Sumbuntionsirrtum*) ters niteleme hatası olarak anılmaktadır. Kindhäuser, **StAT**, § 30, Rn. 24. Ters niteleme hatası için ayrıca bkz. *Birinci Bölüm, II. A. 2. d.*

³⁶⁹ Kühl, **StAT**, § 15, Rn. 104; Valerius, **a.g.e.**, s. 115.

³⁷⁰ Yenisey / Plagemann, **a.g.e.**, StGB, § 23 (3).

³⁷¹ Hillenkamp, **LK**, § 23, Rn. 60; Cornelius, **BeckOK**, StGB, § 23, Rn. 8.

durumlarda veya hayatın olağan akışını tamamen yanlış yorumladığı durumlarda söz konusu olur³⁷².

Alman CK § 23 (3) mahkemeye, failin eylemini tamamlayamayacağını açık bir şekilde anlayamadığı hallerde (açık bir yanılgıya dayalı teşebbüs hallerinde) ceza vermekten vazgeçme veya cezayı hafifletme konusunda takdir yetkisi vermektedir³⁷³. “*Grober Unverstand*” kavramı, genel olarak bilinen bir nedensellik sebebinin bir kişi tarafından bilinmemesini veya tamamen yanlış anlaşılmasını ifade etmektedir³⁷⁴. Mesela bir kadının çocuğunu düşürebileceği zannıyla uzun süre sabunlu suda banyo yapması şeklindeki çocuk düşürme teşebbüsünün, ağır bir bilgi ve anlama hatası teşkil ettiği, “*grober Unverstand*” durumunu oluşturacağı içtihatla kabul edilmiştir³⁷⁵. Alman Federal Mahkemesinin görüşüne göre, açık anlama eksikliği, failin yanlış anlamasının yalnızca “*herkes için açık olan nedensel bağlantının yanlış anlaşılmasını*” ifade etmesi durumunda uygulanacak istisnai bir uygulama olarak kabul edilmektedir³⁷⁶. Buna göre, Alman CK § 23 (3)'te tanınan ceza vermekten vazgeçme imkanı yalnızca “*ihtiyatlı bir insanın ciddiye almadığı*” ve açıkça zararsızlıklarından dolayı herhangi bir cezaya ihtiyaç duyulmadığı eylemlerde dikkate alınmalıdır³⁷⁷.

Batıl inanca dayalı -gerçek dışı- teşebbüs ise, (*irreale - abergläubische Versuch*), Alman CK § 23 (3) kapsamına girmez, bu nedenle cezasız bir eylem olarak kabul edilir³⁷⁸. Batıl inançlı veya gerçek dışı bir teşebbüs, failin “*bu dünyanın dışında*

³⁷² Heinrich, I, § 22, Rn. 674; Kühl, StAT § 15, Rn. 92; Kindhäuser, StAT, § 30, Rn. 14.

³⁷³ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, a.g.e., StGB § 22, Rn. 65; Hoffmann-Holland, StAT, § 6, Rn. 626.

³⁷⁴ Alman yargı kararına konu olayda fail, kocasını öldürmek amacıyla kocasının sandviğine iki kez toplamda yaklaşık bir saniye püskürtme işlemi ile “detmol” böcek ilacı sıkıştırır. Ancak koca, tadı nedeniyle ilk lokmayı tükürdükten sonra ekmeği yemekten kaçınmıştır. Bilirkişi incelemesinde 500 ml'lik spreyin % 0.17 zehirli fenitrotyon, yani bu aktif bileşenden 0.85 ml içerebileceğini tespit edilmiştir. Bu zehrin 70 kg ağırlığındaki bir kişi için öldürücü doz olabilmesi için ağızdan alındığında 40 gr olması gerekmektedir. Federal mahkeme, sanığın eylemini ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz olarak Alman CK §23 (3) kapsamında değerlendirmiştir. Çünkü fail ağır bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle suç işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun hiçbir şekilde tamamlanamayacağını yanlış anlamıştır. BGH, Urteil vom 14-03-1995 - 1 StR 846/94 (LG Karlsruhe). Karar için bkz. “BGH: Untauglichkeit eines Tötungsmittels (Insektengift)”, NJW, Heft 33, 1995, 2176. Bilgi için ayrıca bkz. Cornelius, BeckOK, § 23, Rn. 8; Hoffmann-Holland, MüKoStGB, § 23, Rn. 48.

³⁷⁵ Yenisey / Plagemann, a.g.e., StGB, §23, dpn. 10; BGHSt 41, 95.

³⁷⁶ Hoffmann-Holland, StAT, § 6, dpn. 31; BGHSt 41, 94, 96. Federal Mahkemeye göre failin eylemleri prensip olarak gerçekleştirilebilir niteliktedir, dolayısıyla batıl inanca dayalı bir teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte mahkeme, özellikle failin (suçun tamamlanmasının mümkün olduğunu yönündeki) tasavvuru ile eylem sırasında normal bilgiye sahip bir kişinin değerlendirilmesi arasındaki farkı işaret etmektedir. Zaczyk, NK, § 23, Rn. 20

³⁷⁷ Hoffmann-Holland, StAT, § 6, Rn. 626.

³⁷⁸ Kühl, StAT, § 15, Rn. 93; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, a.g.e., StGB § 22, Rn. 65; Ambos, a.g.e., StGB § 23, Rn. 9; Zaczyk, NK, § 23, Rn. 38; Holm Putzke, “Der strafbare Versuch”, JuS, Heft 10, 2009, s. 894; Helmut Satzger, “Der irreale Versuch – über die Schwierigkeiten der

olan” faktörler aracılığıyla neticeye ulaşmayı çabaladığı durumlar olarak anlaşılır. Bu tür teşebbüs, failin hedefine insan kontrolü dışındaki ve bilimsel kanıtlara erişilemeyen yollarla ulaşmaya çalıştığı tüm halleri içerir³⁷⁹. Bunlar, failin sihirli güçler ile neticeyi gerçekleştirebileceğine inandığı durumlardır³⁸⁰. Buna örnek olarak “küfretme”, “beddua” veya “voodoo büyüü”³⁸¹ verilebilir³⁸². Öte yandan elverişsiz teşebbüs ile failin büyü veya var olmayan güçlerle neticeye ulaşmaya çalıştığı batıl inanca dayalı teşebbüs arasında ayırım yapılması gerekir³⁸³. Batıl inanca dayalı - gerçek dışı teşebbüs, failin artık gerçek varlık dünyasının bir parçası olmayan ve dolayısıyla insan etkisinin ötesinde doğaüstü güçlere dayandığı için cezalandırılabilir elverişsiz teşebbüsten ve açık yanılgıya dayalı teşebbüsten farklıdır³⁸⁴. Bu durumda da açık bir yanılgıya dayalı teşebbüs söz konusu olsa da; bu teşebbüs türü Alman CK § 23 (3)'e göre cezalandırılabilir nitelikte değildir. Açık bir yanılgıya dayalı teşebbüs, mevcut durum hakkında -açıkça yanlış anlaşılmış da olsa- failin yanlış tasavvuruna dayanmaktadır. Bu nedenle, batıl inanca dayalı - gerçek dışı teşebbüs cezasız kalmaktadır ve § 23 (3) kapsamı dışındadır; çünkü burada gerçek anlamda bir teşebbüs yoktur³⁸⁵.

Neticenin failin büyük bir anlama eksikliği nedeniyle gerçekleşmediği veya failin neticenin gerçekleştirebileceğine dair hatalı tasavvuru neticesinde meydana gelen açık yanılgıya dayalı teşebbüs hallerinde mahkeme, Alman CK §23 (3)'ten § 49 (2)'ye yapılan atıfla § 49 (2)'ye göre ceza vermekten vazgeçebilecek veya cezayı takdiren indirebilecektir³⁸⁶. Bununla birlikte cezayı hafifletme veya cezadan vazgeçme olasılıklarına rağmen ceza tehdidi barındıran 3. fıkranın kapsamı yalnızca cezalandırılabilir teşebbüsleri kapsar ve gerçek dışı -batıl inanca dayalı- teşebbüsleri hariç tutar³⁸⁷. Cezayı indiren özel kanuni nedenlerin düzenlendiği § 49'un 2. fıkrasına

Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden”, **JURA**, Heft 10, 2013, s. 1017 vd.

³⁷⁹ Satzger, **a.g.e.**, s. 1018.

³⁸⁰ Failin objektif olarak elverişli olmayan koşullar hakkındaki hatalı varsayımlarının, her halükarda failin subjektif görüşü dolayısıyla elverişsiz teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşünde olanlar tarafından beddua gibi eylemlerin dahi § 23 (3) düzenlemesine tabi tutulması istenmektedir. Zaczyk, **NK**, § 22 Rn. 17; 38.

³⁸¹ Voodoo büyüü, Voodoo bebekleri aracılığıyla yapılan Afrika kökenli bir büyü türüdür.

³⁸² Cornelius, **BeckOK**, StGB, § 22, Rn. 73.

³⁸³ Cornelius, **BeckOK**, StGB, § 23, Rn. 9.

³⁸⁴ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 23, Rn. 13a.

³⁸⁵ Baumann / Weber / Mitsch / Eisele, **a.g.e.**, § 26, Rn. 36; Jakobs **a.g.e.**, § 25, Rn. 22; Hoffmann-Holland, **MüKoStGB**, § 22 Rn. 88.

³⁸⁶ Kühl, **StAT**, § 15, Rn. 87; Zaczyk, **NK**, § 22; Rn. 16; Köhler, **a.g.e.**, s. 462; Cornelius, **BeckOK**, StGB, § 23, Rn. 8; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 23, Rn. 18.

³⁸⁷ Lackner / Kühl, **a.g.e.**, StGB, § 23, Rn. 5.

göre, “*Mahkeme, kanunun bu hükmüne yollama yapan bir maddesi uyarınca cezayı kendi takdirine göre indirebiliyorsa cezayı kanunda yazılı cezanın alt sınırına kadar indirebilir veya hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedebilir*”³⁸⁸. Alman CK § 49 (2)'ye göre cezanın indirilmesi § 49 (1)'in aksine istisnasız olarak mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Alman CK § 49 (2)'ye atıfta bulunan hükümlerin çoğunda, hafifletmeye ek olarak, cezalandırılmamaya da izin verilir³⁸⁹. Bu durumlarda mahkemenin, fail hakkında cezadan vazgeçme veya cezada indirim uygulama yetkisi bulunmaktadır.

Cezayı hafifletme veya cezalandırmadan kaçınma seçenekleri zorunlu olarak bir ceza tehdidini gerektirir³⁹⁰. Bununla birlikte mahkemenin ceza vermekten vazgeçmesi halinde StPO § 260 (4) uyarınca sanık hakkında beraat kararı verilmez³⁹¹. Ayrıca sanık yargılama masraflarını da üstlenmek zorundadır³⁹².

Görülüyor ki, Alman CK teşebbüs düzenlenmesinde, TCK'da olduğu gibi failin elverişli hareketlerle icra hareketlerine başlama kriterine yer vermemiştir. Teşebbüs, failin subjektif olarak eylemi tamamlama isteği ile eylemin icrasına başlanmasına rağmen objektif olarak eylemin tamamlanamaması şeklinde tanımlanmıştır³⁹³. Bu bakımdan teşebbüsün özünün failin gerçekten hangi neticeye ulaştığı değil, neyi amaçladığı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁹⁴. Bu nedenle failin hareketi neticeyi meydana getirmeye elverişli olsun veya olmasın, failin doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması teşebbüsten sorumluluğu için yeterli görülmüştür, bu da Alman ceza hukukunda subjektif ceza anlayışının bir yansımasını oluşturmaktadır.

Teşebbüsün ilk olarak karşımıza çıkan iki görünümünü elverişli teşebbüs ve elverişsiz teşebbüs ayrımı oluşturmaktadır. Bu ayrımın belirlenmesinde en önemli kriter, failin eyleminin neticeyi gerçekleştirmeye uygunsuzluğunun eylemin başında objektif olarak mevcut olup olmadığıdır. Eğer failin eylemi baştan itibaren neticeyi

³⁸⁸ Yenisey / Plagemann, **a.g.e.**, StGB, §49 (2).

³⁸⁹ Martin Heger, in: Karl Lackner / Kristian Kühl (Hrsg.), **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2018, § 49, Rn. 7.

³⁹⁰ Lackner / Kühl, **a.g.e.**, StGB, § 23, Rn. 5.

³⁹¹ StPO § 260 (4); **BGHSt**, 5, 172, 176; ayrıca bkz. Yvonne Ott in: Rolf Hannich (Hrsg.), **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, 8. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2019, StPO, § 240, Rn. 28 vd.

³⁹² Cornelius, **BeckOK**, § 23, Rn. 8; Ekkehard Appl in: Rolf Hannich (Hrsg.), **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, 8. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2019, StPO, § 456.

³⁹³ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 12.

³⁹⁴ Heinrich, **I**, § 21, Rn. 648.

gerçekleştirmeye objektif olarak uygun değil ise elverişsiz teşebbüs; buna karşın uygun olmama durumu eylemin icrası sırasında ortaya çıkarsa elverişli teşebbüs olarak değerlendirilmektedir³⁹⁵. Neticenin meydana gelmesinin uygun olup olmadığı faile, suçta kullanılan araca veya suçun konusuna bağlı olmaksızın failin eylemi bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle tespit edilmektedir³⁹⁶. Bu nedenledir ki, failin eylemindeki bu elverişsizliği açık bir yanlış - anlama eksikliği (*grober Unverstand*) nedeniyle öngörememesi ve gerçek olmayan - batıl inanca dayalı (*irreale - abergläubische*) eylemleri de, cezalandırma hususunda ayırmakla birlikte, teşebbüsün görünümünü oluşturmaktadır.

Uzun yıllar İtalyan ceza hukuku doktrininden ilham almış Türk ceza hukuku doktrininde işlenemez suç kavramı ve teriminin yerleşmiş olmasının hem sebebini hem de kanaatimizce sonucunu oluşturan TCK m. 35 düzenlemesi, elverişsiz teşebbüsün, TCK'daki teşebbüs düzenlemesine uygun olmadığını göstermektedir. TCK m. 35'deki, failin teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanması koşulunun varlığı, Türk hukukunda yalnızca elverişli teşebbüsün mümkün olduğu sonucunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte bu elverişliliğin ne şekilde belirleneceği ve elverişsizliğin veya yokluğun sonucunun işlenemez suç çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

III. İŞLENEMEZ SUÇUN SUÇ GENEL TEORİSİNDEKİ YERİ

İşlenemez suçun suç genel teorisindeki yeri hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bu konuda bir kısım yazarlar, işlenemez suçun cezalandırılmaması sebebini failin anlama ve isteme yeteneğinden yoksun olmasına bağlamış, bu nedenle işlenemez suç bahsinin suçun manevi unsuru içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir³⁹⁷. Ancak bu görüşü kabul etmek, kanaatimizce mümkün değildir. Zira işlenemez suçta da fail esasen anlama ve isteme yeteneğine sahip olarak hareket etmektedir. Buna karşılık, işlenemez suçta gerçek anlamda bir iradede değil; yeteri kadar belirlilik kazanmamış bir irade emaresinden bahsedilebileceği hususundaki

³⁹⁵ Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 34; Mitsch, **grob unverständiges**, s. 353.

³⁹⁶ Valerius, **a.g.e.**, s. 113.

³⁹⁷ Bu görüş ve bu görüşteki yazarlar için bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 18, dpn. 57 - 58.

görüşler de bu görüşü destekler nitelikte değildir. Çünkü hareket elverişsiz de olsa, esasen burada irade objektiflik kazanmaktadır³⁹⁸.

İşlenemez suçta kanunda suç olarak tanımlanmış eylemi işlemek isteyen failin hareketinin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedenleriyle kanundaki tipe uygun eylem meydana gelmemektedir. Böylelikle kanuni tipe uygun bir eylem yerine atipik bir eylemden söz edilmelidir³⁹⁹. Bu nedenledir ki, işlenemez suç tipiklik unsuru ile yakından ilgilidir. Buna karşılık doktrinde bu konu genellikle teşebbüs bahsinde ele alınmıştır⁴⁰⁰. Bazı yazarlar ise hem suçun kanuni unsuru (tipiklik) hem de teşebbüs bahsinde işlenemez suça yer vermeyi tercih etmişlerdir⁴⁰¹.

Gerek suçun maddi konusunun yokluğu, gerek hareketin elverişsizliği nedeniyle meydana gelen işlenemez suç, failin suçu tamamlayabileceğine yönelik gerçek ile uyuşmayan zannı dolayısıyla her daim bir hatayı barındırır. Fail, ceza normunu ihlale yönelmiş olmasına rağmen ya suçun konusunun bulunmaması nedeniyle (örneğin, ölmüş bir kişiye yaşadığı zannedilerek ateş edilmesi) ya da hareketin ihlal edilmek istenen suçu karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması (örneğin, oyuncak tabancayı gerçek zannederek, oyuncak tabancayla birini öldürmeye çalışılması) dolayısıyla işlenemez suç hükümleri gereğince cezalandırılmaz. Gerçekten de bütün bu hallerde failin icra hareketlerine yöneldiği anda yanıldığı bir engel yüzünden neticenin meydana gelmesi imkansızdır⁴⁰². Örneklerdeki gibi bir eylem, baştan itibaren başarısızlığa mahkumdur; zira somut olayın şartları ile ilgili bir yanlış anlamanın sonucu olarak (silahın dolu olduğu), failin kendisi, davranışıyla bir suçu gerçekleştirebileceğini varsaymakta ve dolayısıyla, hareketinin istenen neticeyi (hasmını öldürmeyi) elde etmeye uygunluğu konusunda hataya uğramaktadır⁴⁰³.

İşlenemez suç, suçun kanuni unsuru ile yakından ilgilidir; zira işlenemez suç halinde de kanuni tipe uygun bir hareket yoktur ve hareketin yapılması imkansızdır. *Dönmezer / Erman* da, işlenemez suçun, suçun kanuni unsuru ile ilgili olduğunu

³⁹⁸ **A.g.e.**, s. 18.

³⁹⁹ Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 95.

⁴⁰⁰ İçel, **a.g.e.**, s. 527, Demirbaş, **a.g.e.**, s. 513 vd.; Centel / Zafer / Çakmut, **a.g.e.**, s. 473 vd.; Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 467 vd.; Öztürk / Erdem, **a.g.e.**, s. 380 vd.; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 537 vd.

⁴⁰¹ Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 30; Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 73, 159; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **a.g.e.**, s. 210, 627.

⁴⁰² **A.g.e.**, s. 627.

⁴⁰³ Valerius, **a.g.e.**, s. 113.

belirtmiş ve fakat bu tür suçlarda konuda ya da araçtaki imkansızlık yüzünden teşebbüs sorununun özellik arz edeceğini belirterek konuyu netice bahsinde ele almayı tercih etmişlerdir⁴⁰⁴.

Teşebbüsün, elverişli hareketlerle gerçekleştirilmesi koşuluyla yakından ilgili olan işlenemez suç doktrinde kimi zaman bu koşulun incelendiği başlık altında da ele alınmıştır. *Özgenç*, teşebbüs bahsinde elverişlilik sorunun ele alırken, elverişliliğin vasıta da dahil hareket bakımından değerlendirilmesi gerektiğini; suçun konusu yönünden elverişlilik değerlendirilmesi yapılamayacağını, suçun konusunun yokluğunun işlenemez suça sebebiyet vereceğini belirtmiştir⁴⁰⁵. Benzer şekilde, *Koca / Üzülmaz* de elverişli hareket başlığı altında, suçun konusu bakımından elverişsizliğin değil ancak yokluğun söz konusu olabileceğini; suçun konusunun yokluğunun işlenemez suçu oluşturduğunu, buna karşılık fiil bakımından elverişsizliğin Alman hukukunda olduğu gibi “*elverişsiz teşebbüs*” başlığı altında incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁰⁶. Bu görüş doğrultusunda, hareketin elverişsizliği teşebbüs bahsi ile ilişkilendirilirken; suçun konusunun elverişsizliği / yokluğu nedeniyle (tipikliğin maddi unsurlarından konunun yokluğu sebebiyle) meydana gelen işlenemez suçun ise teşebbüsten ziyade tipiklik ile ilgili olduğu savunulmaktadır⁴⁰⁷.

Geleneksel anlayışa göre işlenemez suç, teşebbüsün olumsuz bir şekli olarak incelenmektedir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, tipik hareket, yalnızca kanunda gösterilen modele dış görünüş bakımından uygun olan değil, aynı zamanda kanunen korunan hak veya menfaati tehlikeye maruz bırakma iktidarına da sahip olan harekettir. Nitekim, *Dönmezer / Erman* hareketi, kişinin belirli bir sonuca ulaşabilmek için gerçekleştirdiği ve böylece dış dünyada meydana getirdiği maddi - fiziki değişiklikler olarak tanımlamıştır⁴⁰⁸. Tipiklik ya da suçun kanuni unsuru, eylemin ceza normundaki yazılı tanıma uygun olmasını ifade etmektedir⁴⁰⁹. Tipik eylem, fiil - netice ve nedensellik bağından teşekkül eder. Hareket ile hareketin konusu da tipik eylemin içerisinde yer almaktadır. Bu bağlamda hareket veya konu bakımından elverişsiz olan fiil, tipikliği meydana getirmeye de elverişsiz olacaktır. Bu nedenle yalnızca elverişli olan hareket tipik sayılabilir ve dolayısıyla işlenemez suç atipik bir eylemdir. Kaldı ki,

⁴⁰⁴ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 73.

⁴⁰⁵ Özgenç, a.g.e., s. 561.

⁴⁰⁶ Koca / Üzülmaz, a.g.e., s. 413 - 414.

⁴⁰⁷ Özen, Mustafa, a.g.e., s. 810.

⁴⁰⁸ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 120.

⁴⁰⁹ Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 29.

suçun konusunun yokluğu hareketin elverişsizliğinden bağımsız bir kavramdır. Nihayetinde, işlenemez suç konusunun, teşebbüs bahsinin dar sınırları içerisinde değil, tipikliğe olan etkisi bakımından da ele alınarak bağımsız bir kavram olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varmış bulunmaktayız⁴¹⁰.



⁴¹⁰ Aynı yönde bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 18.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞLENEMEZ SUÇUN GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE İŞLENEMEZ SUÇ AÇISINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI HALLER

I. GENEL OLARAK

Failce, suç teşkil eden eylemin ihlaline karar verildikten ve icraya başlandıktan sonra, suçun konusunun yokluğu veya failin hareketinin elverişsizliği nedeniyle tipik eylemin gerçekleşmesinin imkansız olduğu durumlarda işlenemez suç gündeme gelecektir. Failin bu başarısızlığı ya hareketin elverişsizliğinden ya da suçun maddi konusunun bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede özellikle suçun konusunun yokluğu ile hareketin elverişsizliğinin sınırları önem teşkil etmektedir. Bu bağlamda hareketin suçun konusu üzerindeki elverişliliğinin değerlendirilmesiyle suçun konusunun yokluğunu da hareketin elverişliliği ile ele alan görüşler olduğu gibi hareketin elverişliliği ile suçun konusunun yokluğunu münferit değerlendiren görüşler de bulunmaktadır. Bu ayrım özellikle işlenemez suçun suç teorisindeki yerini ve cezalandırılabilirliği belirlemek açısından önem arz etmektedir.

İşlenemez suçun görünüş şekilleri olarak adlandırdığımız ortaya çıkış şekilleri ele alınırken ilk olarak hareketin elverişsizliği sebebiyle işlenemez suç ele alınacak ve bu çerçevede özellikle elverişli vasıta ve elverişli hareket ayrımına dikkat çekerek, elverişliliğin kapsamı ile birlikte elverişlilik değerlendirmesinin nasıl yapılacağına ilişkin teorilere yer verilecektir. Akabinde suçun konusunun yokluğu sebebiyle ortaya çıkan işlenemez suç ve suçun konusunun yokluğunun ne şekilde belirleneceğine yönelik yaklaşımlar incelenecektir.

II. HAREKETİN ELVERİŞSİZLİĞİ SEBEBİYLE İŞLENEMEZ SUÇ

A. Kavram

Elverişlilik kelime anlamı olarak uygun olma anlamına gelir⁴¹¹. Bu bağlamda konumuz itibariyle elverişlilik ise, suç oluşumuna uygun olma durumunu ifade etmektedir. Elverişlilik tek başına soyut bir kavram olmasına karşın, her suç açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekliliği dolayısıyla nisbi bir kavram olarak ele alınmalıdır⁴¹². Bununla birlikte elverişliliğin, her suç açısından ayrıca da olsa, ne şekilde tayin edileceğinin belli kriterlere bağlanması da gerekmektedir.

Elverişlilik kavramının, suçun hangi unsuruna ilişkin olarak aranacağı belirlenmesi önemlidir. Elverişlilik kavramına TCK'da teşebbüs bahsinde rastlanılmaktadır. Klasik doktrinden ilham alan mülga 765 s. TCK'da düzenlenen teşebbüs bahsinde elverişlilik vasıtaya ilişkin iken 5237 sayılı TCK'da elverişlilik failin hareketleriyle ilişkilendirilmiştir. Bu durumda, vasıtanın elverişliliği ile hareketin elverişliliğinin ne anlam ifade ettiği ve bu değişimin sonuçlarının ne şekilde ortaya çıktığının belirlenmesi gerekir.

Teşebbüsün düzenlendiği TCK m. 35'te yer alan elverişli hareketler kavramının kapsamının ne şekilde olacağına madde gerekçesinde yer verilmiştir: *“Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden “uygun hareketler” kavramı dahil edilmiştir”*. Böylelikle elverişliliğin sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu ifadeden anlaşılması gereken birinci husus, 765 s. mülga TCK'da teşebbüsün düzenlendiği m. 61'de yer alan vesaiti mahsusa kavramından elverişli hareketler⁴¹³ kavramına geçişin nedeninin, elverişli hareketler kavramının daha geniş kapsamlı

⁴¹¹ Elverişli, sıfat olarak uygun, müsait anlamına gelirken; elverişlilik (*isim*) elverişli, uygun olma durumuna karşılık gelir. Bkz. **TDK Sözlük**, <https://sozluk.gov.tr/>, çevrimiçi, erişim tarihi 26.03.2021.

⁴¹² Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s.62.

⁴¹³ Gerekçe metninde her ne kadar *uygun hareketler* kavramı kullanılmış olsa da, söz konusu kavram madde metninde *elverişli hareketler* olarak geçmektedir.

olduğunun düşünülmesinden ileri geldiğidir⁴¹⁴. İkinci husus ise, bu geniş kapsamın yani elverişliliğin suçun konusu da dahil olmak üzere failin kullandığı araç ile birlikte bütün fiil yönünden bulunması gerektiğidir. Ancak kanaatimizce, suçun konusunun da dahil edildiği bu elverişlilik kavramı, suçun konusunun elverişliliğinden ziyade hareketin suçun konusu üzerindeki elverişliliğine işaret etmektedir. Çünkü suçun konusu yönünden bir elverişsizlik değil ancak yokluk söz konusu olabilir⁴¹⁵. Örneğin, diğer koşullardan bağımsız, soyut olarak düşünüldüğünde dolu bir tabanca bir insanı öldürmeye elverişlidir ancak somut olayın özelliklerine göre, örneğin kurşun geçirmez yelek giymiş bir insanı öldürmeye elverişsiz hale gelebilir⁴¹⁶. Verdiğimiz örnekte kullanılan aracın suçun konusu üzerindeki elverişliliği incelenmiştir. Ancak suçun konusunun yokluğu, elverişlilikten farklıdır. Dolu bir tabanca ile öldürülmeye çalışılan kişi zaten ölüyse suçun konusunun elverişsizliğinden değil, yokluğundan bahsetmek gerekir zira hiçbir araç veya hareket ölü bir insanı öldürmeye elverişli olamayacaktır.

⁴¹⁴ Nitekim, 765 s. mülga TCK'nın mehzazı olan *Zanardelli Kanunu* olarak anılan 1889 tarihli İtalyan CK'da yer alan elverişli araç kavramı, *Rocco Kanunu* 1930 tarihli olarak anılan İtalyan CK'da ile elverişli hareket olarak değiştirilmiştir. Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 91.

⁴¹⁵ Alman CK'daki teşebbüs düzenlemesine paralel olarak Alman ceza hukukunda yer alan ve kanaatimizce hatalı olarak Türk hukukunda yer alan işlenemez suç kavramıyla ilişkilendirilen elverişsiz teşebbüs terimine yaklaşma çabalarının bir neticesi olarak, suçun konusunun da elverişli hareket kapsamında değerlendirilmesi görüşüne katılmamaktayız. Suçun konusunu hareketin elverişliliği kapsamında değerlendiren görüş için bkz. Kazaker, **a.g.e.**, s. 215.

⁴¹⁶ “B) Sanık hakkında görevliye direnme, 6136 sayılı Yasa'ya muhalefet, görevliye yalan beyanda bulunma ve korku, panik yaratacak şekilde ateş etme suçundan kurulan hükümlerin incelenmesinde;

a) Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın, maktulü öldürdükten sonra bankanın içinde bulunan ve kendisine engel olmak amacıyla bankadan dışarı çıkmak isteyen görevli mağdur Recep'e doğru hedef gözeterek dört el ateş ettiği, ancak kurşun geçirmez cam nedeniyle sonucun gerçekleşmediği olayda, mağdur Recep'e yönelik eylemin TCK'nın 82/1-g-h, 35. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, bir bütün halinde görevliye direnme suçunun oluştuğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

b) Sanık hakkında korku ve panik yaratacak şekilde ateş etme suçundan açılmış bir dava bulunmadığı halde yazılı şekilde 5237 sayılı Yasa'nın 170/1-c maddesi uyarınca hüküm kurulması,

c) Hükümden sonra yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesi uyarınca sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, Sonuç: Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafii ile Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazlarının bu itibarla kabulüyle, hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (BOZULMASINA), 04.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi” **Yargıtay 1. CD, E. 2007/6932, K. 2008/7041, T. 4.11.2008.**

B. Aracın (Vasitanın) Elverişsizliği - Hareketin Elverişsizliği

Kavramlarının Değerlendirilmesi

Elverişlilik kavramı mülga 765 s. TCK döneminde teşebbüs bahsinde, suç vasıtaları bakımından ele alınmıştır⁴¹⁷. Buna karşılık, yürürlükteki 5237 sayılı TCK'da elverişliliği yalnızca vasıta yönünden değerlendiren anlayış terk edilerek hareketin elverişliliğine yer verilmiştir. Benzer şekilde, klasik doktrinden ilham alan ve 765 sayılı TCK'nın mehası olan 1889 tarihli İtalyan CK'da teşebbüs, suç vasıtaları bakımından ele alınmasına karşın, yeni İtalyan CK'da da elverişli araç kavramı yerini elverişli hareket kavramına bırakmıştır⁴¹⁸. Alman CK §22'de düzenlenen teşebbüs bahsinde, elverişli/elverişsiz hareketten bahsedilmeyerek, teşebbüs, failin fiiline ilişkin kendi tasavvuruna göre doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması olarak tanımlanmıştır⁴¹⁹. Türk ve İtalyan CK'da olduğu gibi teşebbüs için vasıtada/harekette elverişlilik değerlendirilmesi kanuni düzenleme bazında yer almamaktadır. İşte bu nedenledir ki, Alman ceza hukuku doktrininde teşebbüsün, elverişli teşebbüs ve elverişsiz teşebbüs olarak iki görünümü bulunmaktadır⁴²⁰.

Kanunumuz, bir suça teşebbüsten söz edilebilmesi için elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanılmış olmasını aramaktadır. Ancak daha evvel bahsettiğimiz üzere mülga TCK bu hususu vesaiti mahsusa veya doktrinde anılan adıyla elverişli vasıta terimi ile ifade etmiştir⁴²¹. Vasitanın veya aracın elverişli olması demek, kastedilen suçun neticesini meydana getirmeye uygun olması olarak yorumlanmıştır⁴²². Bununla birlikte doktrinde, vasıttadan maksadın yalnızca bir alet

⁴¹⁷ 765 s. mülga TCK m. 61/1: “Bir kimse işlemeği kasdeylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmıyan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise kanunda yazılı olmıyan yerlerde fiil, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde müteşebbis hakkında on beş seneden 20 seneye ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde on seneden on beş seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur. Sair hallerde o cürüm için kanunen muayyen olan ceza, yarısından üçte ikisine kadar indirilir”.

⁴¹⁸ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 61.

⁴¹⁹ Yenisey / Plagemann, **a.g.e.**, StGB, § 22.

⁴²⁰ Bununla birlikte, Alman CK § 23/3'te “...suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmişse...” denilmek suretiyle suçun konusu ve kullanılan aracın niteliği ile birlikte hareket bakımından elverişlilik değerlendirilmesi yapılacağı işaret edilmiştir.

⁴²¹ eTCK'nın yürürlükte olduğu dönemde “vesaiti mahsusa” terimi, teşebbüste mahsus, özel bir aracın kullanılması zorunluluğu anlamına da gelebileceği gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır. Bkz. İçel, **a.g.e.**, s. 509.

⁴²² Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 61. “Sanığın, bir araç alışverişi nedeniyle aralarında ihtilaf bulunan mağdur... ile oğlu mağdur .. işyerine gelmeleri sonrasında E.. A..’i çekyata oturtup kafasına silah dayamak, durumu görerek müdahalede bulunmak isteyen mağdur ... de tehdit amacıyla kurusıkı tabanca ile iki el ateş etmek şeklindeki eyleminde, ateş mesafesi ve silahın niteliği birlikte

olmadığı ifade edilmiştir⁴²³. Dolayısıyla kullanılan vasıtanın mutlaka bir alet veya failin cisminden hariç bir şey olması şart değildir. Nitekim bir kimseyi yumruğuyla döven veya denize iterek öldürmek isteyen kişi yine elverişli bir vasıta kullanmış sayılacaktır⁴²⁴.

C. Elverişliliğin Tespiti

1. Genel Olarak

Elverişlilik harekete ve dolayısıyla hareketin içerisinde yer alan araca da içkin bir kavramdır. Bununla birlikte hareketin elverişliliğinin belirlenmesi yalnızca teşebbüse ilişkin değildir. Tamamlanmış olan her suç, içerisinde teşebbüsü de barındırır. Fail elverişli hareketlerle suçun icrasına başlar ve fakat elinde olmayan sebepler nedeniyle netice gerçekleşmez ise suça teşebbüs söz konusu olur. Tamamlanmış suçta ise fail elverişli hareketlerle suçun icrasına başlar ve netice gerçekleşerek suç tamamlanır. Tamamlanmış her suçun teşebbüsü de barındırması demek aslında TCK'da yer verilmeyen suç olgusunun tanımlanması için teşebbüsün tanımı ile yola çıkmamızı ifade etmektedir. Çünkü tamamlanmış suç ile teşebbüs aynı doğrultuda ilerlerken aralarındaki fark neticenin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Böylece suç dediğimiz her olguda hareketin elverişliliğinin belirlenmesi ihtiyacı doğmaktadır.

Alman CK §22'de yer verilen teşebbüs tanımı uyarınca failin teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi bakımından suç tipinin gerçekleşmesi için doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması yeterli görülmektedir. Alman kanun koyucu teşebbüs için Türk hukukunda olduğu gibi failin elverişli hareketle icraya başlamasını aramamaktadır. Bu nedenle Alman hukukunda elverişli ve elverişsiz teşebbüs ayrımı vardır. Halbuki Türk hukukunda teşebbüsten bahsedilebilmesi için failin elverişli hareketlerle icraya başlaması gerekmekte, diğer bir deyişle Türk hukukunda yalnızca elverişli teşebbüs mümkün olabilmektedir.

Kanun koyucu teşebbüsün düzenlendiği TCK m. 35'te, failin elverişli hareketlerle icraya başlamasını teşebbüs için ararken aynı zamanda elverişliliğin

değerlendirildiğinde tabancanın yaralama ve öldürmeye elverişli olmaması karşısında, etkili eylemin işlenemez suç niteliğinde olduğu...” Yargıtay 4. CD, E. 2013/10541, K. 2015/24956, T. 19.3.2015.

⁴²³ Önder, C. II - III, s. 398.

⁴²⁴ Taner, a.g.e., kn. 175.

aranacağı unsuru da işaret etmiş bulunmaktadır. Bu doğrultuda elverişlilik hareketine ilişkin bir kavram olmalıdır. Elverişli hareket, suç ile korunan hukuki değeri ihlal edici nitelikte olmalıdır. Dolayısıyla elverişli hareketin, suçun konusu üzerinde bir zarar veya tehlike ihtimali oluşturmaları beklenmektedir. Hareketin elverişliliğinin belirlenmesi hususunda ceza hukuku doktrininde çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Biz de çalışmamızda bu teorilere yer vereceğiz⁴²⁵. Ancak öncelikle hareketin elverişliliğinin kapsamını belirlemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Hareketin suçun konusu üzerinde zarar veya tehlike ihtimalini barındırması elverişliliğin belirlenmesi hususunda önem arz etmektedir. Ancak hareketin suçun konusu yönünden elverişli olması demek, suçun konusunun elverişliliği anlamına gelmemelidir. Zira suçun konusu bakımından elverişlilikten değil ancak yokluktan bahsedilebilecektir. Bunu klasik bir örnek ile açıklamak gerekirse, normal şartlarda sağlıklı bir insanın kolunda küçük bir kesiğe sebep olacak hareket ölüm neticesi bakımından elverişli değilken, hemofili hastası bir kimse üzerinde bu hareket ölümcül neticelere yol açabilecektir. Bu nedenle söz konusu hareket somut olayın özelliklerine göre elverişli kabul edilebilecektir. Bu durum hareketin suçun konusu bakımından elverişliliğini ifade etmektedir. Bununla birlikte kanun koyucunun da TCK'daki teşebbüs tanımından hareketle, elverişliliğin hareket bağlamında değerlendirilmesi gerektiğine işaret ettiği kanaatindeyiz. Bu nedenle Alman ceza hukuku doktrininde olduğu gibi suçun konusunun yokluğunu da hareketin elverişliliği kapsamında değerlendirmeyip, Türk mevzuatına uygun olarak işlenemez suçun bir diğer görünümü şeklinde ayrıca ele almayı tercih etmekteyiz.

Elverişlilik kavramı genel olarak teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan teoriler içerisinde ve bu bakış açılarıyla değerlendirilmiştir. Failin meydana gelmeyen neticeden yani teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için failin hareketinin o neticeyi meydana getirme ihtimali/uygunluğu olması gerekir. Bu bağlamda teşebbüsün cezalandırılabilirliği, hareketin elverişliliği noktasında birleşmiştir. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümde elverişliliğin belirlenmesi hususunda, teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan teorilere yer vermekle birlikte çalışmamızın konusundan uzaklaşmamak adına bu teorilerden yalnızca elverişliliği belirleme

⁴²⁵ Bkz. aşağıda, *İkinci Bölüm, II., C., 2.*

yaklaşımlarına yer vererek işlenemez suç ile ilişkisinin ortaya konulması yöntemi tercih edilmiştir⁴²⁶.

2. Elverişliliğin Belirlenmesine Yönelik İleri Sürülen Teoriler

a. Objektif Teori

Objektif teorilere göre, teşebbüsün cezalandırılma nedeni failin iradesi değil, hareketin suç tipine uygun neticenin gerçekleşmesi bakımından göstermiş olduğu tehlikeliliktir. Elverişli hareket ile netice meydana gelmese dahi, suçun konusu tehlikeye düşecektir. Korunan hukuki değerın zarar veya tehlike tehdidine maruz kalması için ancak işlenebilir bir teşebbüs halinin bulunması gerekir ki, böylece yapılan hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması şart olacaktır⁴²⁷.

Böylelikle teşebbüsün cezalandırılmasını hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratmaya elverişli olmasına bağlayan objektif görüş, hareketin elverişliliğinin ne şekilde belirleneceğine dair de yol gösterici olmuştur. Objektif görüşlerin odak noktası temel olarak korunan hukuki değer üzerinde yaratılan tehlikedir. Bu tehlikeliliğın tespiti ile hareketin elverişliliğine karar verilmektedir. Bununla birlikte objektif teoriler bu başlık altında, tehlikeliliğın ne şekilde tespit edileceğine (*ex ante - ex post* yöntemine) göre, *klasik* ve *yeni objektif teori* (*tehlike teorisi*) olarak iki başlık altında incelenecektir⁴²⁸.

i. Klasik Objektif Teori

Objektif teorilerin en eski varyantlarından birin oluşturan ve temeli *Feuerbach*'a dayanan klasik objektif teoriye göre, failin hareketi ile suçun maddi konusunun tehlikeye atılmış olması teşebbüsün cezalandırılma sebebi olarak

⁴²⁶ Benzer bir tasnif için bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 67 vd.; Centel / Zafer / Çakmut, **a.g.e.**, s. 459 vd.; Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 71 vd.

⁴²⁷ Önder, **C. II - III**, s. 395.

⁴²⁸ İngiliz hukukunda da objektif teori görüşü ikiye ayrılmaktadır. İlk tür objektif teori, failin niyetinden veya beklentisinden bağımsız olarak somut olayda gerçekte ne olduğuyıla ilgilenir. İkinci tür objektif teori, failin niyetinden veya beklentisinden bağımsız olarak ancak ortalama - makul bir kişinin (*reasonable person*) gözlemine dayanarak konuyu ele alır. Duff, **Criminal Attempts**, s. 194.

görülmektedir⁴²⁹. Böylelikle hareket, objektif olarak tehlikeliliği dolayısıyla cezalandırılabilir olmaktadır⁴³⁰. Teoriye göre odak noktası, suç ile korunan hukuki değer ihlali olmalıdır⁴³¹. *Feuerbach*'a göre, suç teşebbüs aşamasında kalsa dahi failin hareketi ile tehlikelilik açığa çıkmıştır ve suça teşebbüs edilmesi de bir hakkın ihlali anlamına gelmektedir⁴³². Buna göre, suç ile korunan hukuki değer ihlali veya ihlal tehlikesi mevcut olduğu zaman eylem hukuka aykırı hale gelecektir ve hukuka aykırı bir eylem olmadan kişinin cezalandırılması mümkün değildir⁴³³. Böyle bir haksızlık görüşüyle, suça teşebbüsün cezalandırılması özel bir gerekçe gerektirir; zira tamamlanan suçun aksine, failin kastettiği netice gerçekleşmemiştir. Teşebbüsün cezalandırılması ancak cezalandırılabilirlik alanının genişletilmesiyle mümkün olmalıdır. Çünkü ceza hukuku sadece bir zarar veya tehlike neticesinin meydana gelmesi durumunda değil, aynı zamanda yasal olarak korunan değerlere yönelik bir tehdit durumunda da müdahale etmelidir. Ancak bu durumda failin hareketi istediği neticeyi başarıya ulaştırmaya uygun olmalıdır⁴³⁴.

Objektif teoriye *Feuerbach*'ın objektif tehlikelilik görüşüne paralel olarak *Mittermaier*'in objektif elverişlilik kavramı dahil olmuştur⁴³⁵. Böylelikle *Mittermaier* izleyen dönem için çok önemli olan mutlak ve nisbi elverişlilik arasındaki ayrımı ortaya koymuştur⁴³⁶. Teoriye göre, elverişliliğin tespitinde ayrı ayrı vasıta ve konu bakımından, mutlak ve nisbi ayrımı yapılarak, mutlak elverişsizlik durumlarının cezalandırılmaması gerektiği, buna karşılık nisbi elverişsiz durumunda failin cezalandırılması gerektiği savunulmuştur⁴³⁷. Bu bağlamda elverişlilik, istenilen neticeyi meydana getirme iktidarına göre mutlak ve nisbi olarak değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

⁴²⁹ Kindhäuser, *StAT*, § 30, Rn. 6; Hillenkamp, *LK*, § 22, Rn. 90; Zaczek, *NK*, § 22, kn. 9; Ambos, *a.g.e.*, *StGB* § 22, Rn. 4; Thomas Rönnau, “Grundwissen - Strafrecht: Versuchsbeginn”, *JuS*, Heft 10, 2013, s. 879 - 880.

⁴³⁰ Albrecht, *a.g.e.*, s. 7.

⁴³¹ Feuerbach, *a.g.e.*, §43.

⁴³² Feuerbach'ın ilk zamanlardaki subjektif görüşlerinin zamanla değiştiği görülmüştür. Yazar daha sonra teşebbüsün cezalandırılabilirliğini nedensellik bağıyla ilişkilendirmiştir. Yazara göre, tamamlanmış suç bakımından aranan nedensellik bağı teşebbüs bakımından da var olmalıydı. Ancak bu durumda failin hareketini objektif olarak tehlikeli olduğunun kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Albrecht, *a.g.e.*, s. 7, dpn. 12; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 50.

⁴³³ Albrecht, *a.g.e.*, s. 6 - 7.

⁴³⁴ Feuerbach / Mittermaier, *a.g.e.*, § 71.

⁴³⁵ Gerhard Timpe, “Untauglicher Versuch und Wahndelikt”, *ZStrW*, B. 125, H. 4, 2014, s. 755.

⁴³⁶ Feuerbach / Mittermaier, *a.g.e.*, § 74.

⁴³⁷ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 67; Gropp, *StAT*, § 9, Rn. 86.

Feuerbach'ın objektif tehlikelilik görüşünün *Mittermaier*'in objektif elverişlilik görüşüyle şekillendiği klasik objektif görüşe göre elverişlilik, failin hareketinin, suçun kanuni tanımında yer alan zarar veya tehlikeli sonucu meydana getirmeye elverişli olmasını ifade etmektedir⁴³⁸. Failin hareketi ulaşmak istediği zarar veya tehlike neticesine hiçbir şekilde ulaşmaya müsait değilse bu durumda mutlak bir elverişsizlik söz konusudur. Çünkü failin hareketi neticesinde suç ile korunan hukuki değer açısından bir tehlike söz konusu değildir. Hareketteki bu elverişsizlik failin kullandığı vasıta dolayısıyla söz konusu olabilecektir. Örneğin, bir kimseyi öldürmek amacıyla o kişiye şeker verilmesi, ölmüş bir kimseyi öldürmeye çalışmak gibi.⁴³⁹ Buna karşılık, aslında hareket suçun kanuni tanımında yer alan zarar veya tehlike neticesini meydana getirme iktidarına sahip olduğu halde somut olaya özgü bazı nitelik ve şartlar yüzünden bu iktidatlarını yitirmişse, bu durumda elverişsizliğin nisbi olduğundan bahsedilmektedir⁴⁴⁰. Örneğin, bir kimseyi öldürmek amacıyla zehir verilmesi ancak zehrin öldürücü dozda olmaması veya kurşun geçirmez camın arkasında bulunan kimseye ateş edilmesinde olduğu gibi. Gerçekten de failin vasıta da dahil olmak üzere hareketi elverişli iken vasıta, vasıtanın kullanılış tarzı veya somut olayda cereyan eden diğer başka sebepler dolayısıyla netice gerçekleşmemektedir. Diğer bir deyişle failin hareketleri soyut olarak elverişli iken somut olay bakımından elverişsiz hale gelmektedir.

Klasik objektif teori taraftarlarınca failin yanılması sonucu öldürmek istediği kimseyi şekerle zehirlemeye veya dolu olmayan bir tüfekte ateş etmeye çalışması ya da canlı zannettiği fakat gerçekte ölü bir kimseyi öldürmeye çalışması gibi örneklerinin türetebileceği durumlarda objektif tehlikelilik durumu meydana gelmemesine karşın, yetersiz dozda zehir veren veya tutukluk yapan tüfekte ateş eden failin hareketlerinin suç neticesi bakımından objektif tehlikelilik arz etmekte olduğu ve dolayısıyla somut olay bakımından nisbi elverişsizliğin söz konusu olduğu savunulmaktadır⁴⁴¹.

Elverişliliğin tespitinde klasik objektif görüş suçun konusu bakımından da mutlak ve nisbi elverişsizlik ayrımında bulunmaktadır. Ancak bu durumda kanaatimizce kullanılan araç ve dolayısıyla hareket ile suçun maddi konusunun da ayrı

⁴³⁸ Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 71, dpn. 142.

⁴³⁹ Albrecht, **a.g.e.**, s. 8.

⁴⁴⁰ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 67, Albrecht, **a.g.e.**, s. 8.

⁴⁴¹ Sözüer, **Teşebbüs**, s. 52.

ayrı değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği sonucuna varılmaktadır⁴⁴². Bu bağlamda elverişliliğin tespitinde ilk olarak araçları ve suçun maddi konusunu birbirinden ayırt etmek ve daha sonra mutlak ve nisbi elverişsizlik ayrımı yapmak gerekecektir⁴⁴³. Eğer failin hareketi neticeyi meydana getirmeye hiçbir koşulda uygun değilse elverişsizlik mutlak olacaktır. Ancak failin hareketi aslında elverişli iken, aracın kullanılış biçimi veya başkaca bir sebepten dolayı elverişsiz hale gelmiş ise bu durumda nisbi elverişsizlik söz konusu olacaktır.

Klasik objektif görüş değerlendirmesiyle elverişsizliğin nisbi olduğu durumlarda nisbi elverişlilik dolayısıyla failin hareketi cezalandırılabilir bir eylem olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda neticenin gerçekleşmemesi nedeniyle fail suça teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir. Buna karşılık failin hareketinin hiç bir şekilde istenilen neticeyi meydana getirme imkanı yoksa bu durumda mutlak elverişsizlik nedeniyle hareket elverişsiz kabul edilecek ve işlenemez suç gündeme gelecektir.

Klasik objektif görüş, elverişliliğin soyut olarak mutlak ve nisbi şeklinde bir ayrıma tutulamayacağı, bu şekilde derecelendirilemeyeği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Görüşü eleştirenler, mutlak - nisbi elverişsizlik ayrımı yapmanın hatalı olduğunu, çünkü her iki durumda da elverişsizliğin tam olduğunu bunun yanı sıra her iki durumda da failin suç işleme niyetinin ve hareketinin şeklinin aynı olduğunu savunmuşlardır⁴⁴⁴.

Doktrinde teoriyi eleştirenlerce, hareketin elverişli olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre ayrıca belirlenmesi gerektiği ifade edilmiş, kullanılan aracın somut olaya göre sonucu gerçekleştirmede etkisiz kalmasının yalnızca söz konusu olay bakımından mutlak elverişsizliğini gösterdiği belirtilmiştir. Buna göre, objektif soyut değerlendirme neticesinde elverişli görünen bir hareket de (veya araç) somut olaydaki objektif ve sübjektif sebeplerin etkisiyle elverişsiz hale gelebileceği gibi aynı şekilde elverişsiz görünen hareket (veya araç) elverişli hale gelebilecektir⁴⁴⁵. Bu çerçevede hareketin veya kullanılan aracın soyut olarak değerlendirilmesinin elverişliliğe olan etkisi bakımından hatalı sonuçlara yol açması mümkündür. Örneğin, tuz vererek bir kimseyi öldürmeye çalışmak araç bakımından mutlak elverişsiz görünse de

⁴⁴² Suçun maddi konusunun yokluğu bakımından mutlak - nisbi yokluk ayrımı için bkz. aşağıda, *İkinci Bölüm, III., A.*

⁴⁴³ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 67; Aksoy İpekçioğlu, *Teşebbüs*, s. 72.

⁴⁴⁴ Rönna, *a.g.e.*, s. 879. Bu görüşteki yazarlar için ayrıca bkz. Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 68, dpn. 26; Aksoy İpekçioğlu, *Teşebbüs*, s. 73, dpn. 153.

⁴⁴⁵ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 48.

hipertansiyon hastalığından muzdarip bir kimseye tuz verilmesi durumunda elverişli bir araca dönüşebilecektir.

Korunan hukuki değerin zarar veya tehlikeye uğrayıp uğramayacağını tespitinin teori taraftarlarınca *ex post* değerlendirmeye tabi tutulması da eleştiri konusu olmuştur. Elverişsizlik mutlak veya nisbi olsun, iki durumda da failin suç neticesini gerçekleştirmesi mümkün değildir. Çünkü failin hareketlerinden sonra *ex post* olarak değerlendirilen olayda tipik netice meydana gelmediğine göre, hiçbir teşebbüsün objektif olarak tehlikeli veya elverişli olmadığı sonucuna ulaşmak gerekecektir⁴⁴⁶. Halbuki korunan hukuki değerin zarar veya tehlikeye maruz kalıp kalmayacağını tespiti *ex ante* olarak, yani hareketin işlendiği andaki mevcut koşullara göre yapılmalıdır⁴⁴⁷.

Klasik objektif teori, teşebbüsün cezalandırılma nedenini ve dolayısıyla elverişliliği, hareketin suçun konusu üzerindeki tehlikeliliğini esas alarak belirler. Klasik objektif teoride risk muhakemesi tamamen *ex post* olarak yapıldığı için aslında teşebbüs durumunda bile hareket elverişli olmayabilir. (Cezalandırılmayan) mutlak ve (cezalandırılabilir) nisbi elverişlilik arasındaki ayrım da uygulanamaz olduğundan bu teori tehlike teorisine dönüştürülmüştür. Bu teori tehlike riskinin değerlendirmesini büyük ölçüde objektif bir gözlemcinin *ex ante* görüşüne dayandırır. Ancak Alman ceza hukuku doktrinde, sübjektif olarak failin suç işleme kastına dayanması ve elverişsiz teşebbüsü cezalandıran Alman CK § 23/3 ile bağdaştırılmasının zor olması nedeniyle günümüzde bu teori ya tamamlayıcı bir görüş olarak yer almaktadır ya da değiştirilmiştir⁴⁴⁸.

ii. Yeni Objektif Teori (Tehlike Teorisi)

Alman ceza hukuku doktrinde yeni objektif teori veya tehlike teorisi (*Gefährlichkeitstheorie*) olarak anılan bu teori⁴⁴⁹, Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından da savunulan ve uygulamada giderek daha önemli hale gelen sübjektif teoriye karşı çıkmak ve klasik objektif teorinin eksikliklerini gidermek amacıyla bu görüş taraftarlarınca yeni bir objektif görüş formülize etme ihtiyacı neticesinde

⁴⁴⁶ Sözüer, **Teşebbüs**, s. 59.

⁴⁴⁷ Taner, **a.g.e.**, kn. 187.

⁴⁴⁸ Rönnau, **a.g.e.**, s. 879.

⁴⁴⁹ İtalyan ceza hukuku doktrinde teorinin *somut tehlike teorisi* ismiyle anıldığı görülmektedir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 74 vd.

geliştirilmiştir⁴⁵⁰. Temeli klasik objektif teoriye dayanan ve geçmişi *von Liszt'* e kadar uzanan yeni objektif teori veya anılan diğer adıyla tehlike teorisi en çarpıcı haliyle *von Hippel* tarafından geliştirilmiştir⁴⁵¹.

Yöntem olarak klasik objektif teori yolunda giden bu teori ile, suç ile korunan hukuki değerın zarar veya tehlikeye uğrama ihtimalini *ex post* olarak değerlendiren klasik objektif teorinin aksine bu tehlikeliliğın *ex ante* olarak değerlendirmesi ile klasik objektif teorinin sakıncalarını bertaraf edeceği öngörülmektedir⁴⁵². Bununla birlikte, objektif tehlikelilik anlayışı teorinin kesin ve önemli bir unsuru olarak yer almakta ve fakat failin hareketinin suçun konusu üzerindeki tehlikeliliğı klasik objektif teorinin aksine soyut değil, somut olarak aranmaktadır. Klasik objektif görüş *ex post* değerlendirme ile hareketi ve suçun konusunu somut olaydan soyutlayarak alır ve bu durum soyut bir tehlikelilik görüşüne yol açar. Halbuki yeni objektif teori *ex post* koşullardan soyutlanır ve *ex ante* koşullara göre hareketi değerlendirir⁴⁵³. Böylece mutlak - nisbi ayrımı tamamen reddedilmekte ve somut objektif tehlike anlayışının benimsenmesiyle birlikte bu tür tehlikelilik arz etmeyen hareketlerin cezalandırılmaması gerektiğı ileri sürülmektedir⁴⁵⁴.

Teoriye göre, sadece hukuki menfaatlere yönelik tehlikeli hareket elverişli teşebbüse sebebiyet verebilir⁴⁵⁵. Bu nedenle elverişliliğın tespiti tarafsız objektif bir gözlemcinin hayat tecrübelerine göre yapılacaktır⁴⁵⁶. Teoriye göre olay hakkında karar veren hakim, kendisini hareketin gerçekleştiğı zamana geri götüreceğ ve o anki hal ve şartlar uyarınca, benzer olaylardaki tecrübelerine göre hareketin neticeyi meydana getirip getirmeyeceğini değerlendirecektir⁴⁵⁷. Objektif ve *ex ante* değerlendirmeden sonra hareketin neticeyi meydana getirmeye uygun olduğunun tespit edilmesi halinde, hareketin suçun maddi konusu üzerinde objektif tehlike yaratıp yaratmadığına; hareketin neticeyi meydana getirmeye uygun olmaması halinde ise objektif tehlikenin açığa çıkıp çıkmadığına karar verilmesi gerekecektir⁴⁵⁸. Böylelikle objektif tehlike teorisi hareketin elverişliliğini objektif, tarafsız bir gözlemcinin *ex ante* koşullara göre

⁴⁵⁰ Albrecht, **a.g.e.**, s. 11.

⁴⁵¹ Roxin, **StAT II**, § 29, Rn. 28; Albrecht, **a.g.e.**, s. 11.

⁴⁵² Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 66.

⁴⁵³ Albrecht, **a.g.e.**, s. 12.

⁴⁵⁴ Albrecht, **a.g.e.**, s. 12; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 62.

⁴⁵⁵ Timpe, **a.g.e.**, s. 757.

⁴⁵⁶ Hillenkamp, **LK**, § 22, Rn. 90; Roxin, **StAT II**, § 29, Rn. 27; Kindhäuser, **StAT**, § 30, Rn. 13; Rönnau, **a.g.e.**, s. 879 - 880.

⁴⁵⁷ İtalyan ceza hukukundaki benzer görüşler için bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 83.

⁴⁵⁸ von Liszt / Schmidt, **a.g.e.**, § 45, s. 313 - 314.

yapacağı değerlendirme ile belirlemektedir. Bununla birlikte yapılan değerlendirme sonucunda suç ile korunan hukuki değer üzerinde tehlikenin önemsiz derecede arttığı durumlarda da objektif tehlikeliliğin kabul edilmemesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁴⁵⁹.

Teoriye göre, elverişliliği soyut birtakım esaslara göre belirlemeye çalışan görüşlerin aksine elverişliliğinin *ex ante* olarak yani hareketin yapılmasından sonraki hal ve koşullara göre *ex post* değil, ancak hareket anındaki bilinen ve tahmin edilebilir şartlara göre belirlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede suç ile korunan hukuki değere yönelen hareketin tehlikeliliği hususunda kesin ve uygun bir hükme varılabilmesi için öncelikle hareket anındaki şartlar araştırılıp tespit edilecek ardından bu hareketin istenilen neticeyi meydana getirme iktidarı objektif bir gözlemcinin tecrübelerine göre belirlenerek somut olaya özgü olan ve neticenin meydana gelmesine engel sebeplerin mevcudiyeti araştırılacaktır. Eğer bu sebepler ortada yoksa veya mevcut olmalarına rağmen bu hususun *ex ante* bilinmesi imkansız ise hareketin elverişli olmadığı kabul edilecektir⁴⁶⁰. Buna karşılık sübjektif olarak neticenin meydana gelmesine engel sebeplerin varlığı bilinmiyorsa, örneğin, mağdura verilen zehir mağdurun dayanıklılığı sebebiyle etkisiz kalmışsa bu durumda hareketin elverişli olarak kabul edilmesi gerekecektir⁴⁶¹. Ancak her durumda somut olaya ilişkin bir değerlendirme yapılması gerektiği için failin olaya ilişkin özel bilgisinin de dikkate alınması gerekecektir⁴⁶².

Teoriye göre, hareketin suç ile korunan hukuki değer üzerinde tehlike arz etmesi mümkün değilse hareket elverişsiz kabul edilecek bununla beraber hareketin objektif tehlikeliliği söz konusu olmasına karşın netice meydana gelmezse bu durumda teşebbüsten söz edilecektir.

Teori, cezalandırılabilir teşebbüsün sınırlarını daraltmış olması, bu nedenle suçluluk ile mücadelede etkisiz kaldığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁴⁶³. Her ne kadar elverişlilik, failin içinde bulunduğu durum ile vasıtaların nitelikleri göz önünde bulundurularak belirlense de, elverişliliği kesin olarak tespitite yetersiz kalır. Tehlikeliliğin failin bilgisi dışında ortadan kalktığı hallerde de failin hareketinin elverişsiz olduğundan söz edilemeyecektir. Zira, icraya başlarken fail içinde

⁴⁵⁹ von Hippel, **a.g.e.**, § 30, s. 427.

⁴⁶⁰ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 77.

⁴⁶¹ Albrecht, **a.g.e.**, s. 13.

⁴⁶² Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 80.

⁴⁶³ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 80.

bulunduğu hal ve koşullara göre icra hareketlerini bitireceği ve neticeyi gerçekleştireceği inancıyla hareket etmektedir. Failce bilinen koşullara göre *ex ante* olarak, netice gerçekleşecekse hareket elverişli kabul edilecek ve teşebbüs söz konusu olacak; buna karşılık failde böyle bir inanç yok ise işlenemez suçtan bahsedilecektir. Böyle bir bakış açısıyla ancak failin neticeyi gerçekleştireceğine dair inancı olmaksızın icraya başlaması halinde hareket elverişsiz kabul edilecek ve işlenemez suç gündeme gelebilecektir, bunun dışındaki bütün durumlarda hareketin elverişli olarak kabul edilmesi gerekecektir. Teoriye yönelik bu eleştiri neticesinde elverişliliğin belirlenmesinde fail tarafından bilinen koşullardan ziyade failin hareketleri hakkında dışarıdan verilecek değer kuralını üstün tutmak ve failin hareketini *ex post* olarak, objektif koşullara göre değerlendirmek gerekeceği ifade edilmiştir⁴⁶⁴.

Teorinin bir diğer eleştirilen noktası, cezalandırılabilen teşebbüs ile cezalandırılmayan eylemler arasındaki sınırın belirlenmesindeki ölçütlerin yetersiz kalmasından ileri gelmektedir⁴⁶⁵. Bu doğrultuda teori, Alman doktrininde teşebbüsün cezalandırılma gerekçesinin elverişsiz teşebbüsün cezalandırılma gerekçesini açıklayamaması nedeniyle de eleştirilere maruz kalmıştır. Alman CK § 23/3 ile cezalandırılan elverişsiz teşebbüs, gerçekte suç ile korunan hukuki değeri etkilememektedir. Kavramsal olarak zararlı olmayan elverişsiz teşebbüsün cezalandırılma gerekçesi, tehlike teorisi ile açıklanamadığı için eleştirilmiştir. Natüralist isnadiyet sisteminde ihlalin yasaklanmasının amacı korunan hukuki değer ihlalinin kaçınmaktır⁴⁶⁶. Elverişsiz teşebbüs de esasen korunan hukuki değeri ihlal etmez. Diğer bir deyişle hukuki değerin ihlali zarar olarak nitelendirilirse, elverişsiz teşebbüs kavramsal olarak zararlı değildir. Tehlike neticesinin eksikliğine rağmen Alman CK'da elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması, bu eylemin farklı nitelikteki haksızlık içeriğinden kaynaklanmaktadır. Elverişsiz teşebbüs, hukuka aykırı davranış neticesinde hukuki değerin ihlali neticesinde değil, failin normlara uymak istemediğini ifade ettiği davranışın açığa çıkması nedeniyle cezalandırılmaktadır. Korunan hukuki değerin ihlal tehlikesine atılması failin teşebbüsünün harici bir parçası olarak ortaya çıkmakta ancak teşebbüs kavramına dahil görülmemektedir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 173. Aynı görüşteki yazarlar için ayrıca bkz. A.g.e., kn. 173, dph. 772.

⁴⁶⁵ Sözüer, Teşebbüs, s. 78.

⁴⁶⁶ Timpe, a.g.e., s. 760.

⁴⁶⁷ A.g.e., s. 761.

b. Sübjektif Teori

Doktrinde *Alman Okulu* olarak adlandırılan sübjektif görüş *Feuerbach*'ın objektif görüşüne tepki olarak *Tittman* tarafından ileri sürülmüştür⁴⁶⁸. Daha sonra *Maximilian von Buri*⁴⁶⁹ tarafından geliştirilen teori, Alman Mahkemelerinin içtihatlarında da büyük ölçüde kabul görmüş ve öğretilen gelen sert eleştirilere rağmen bu görüşünü devam ettirmiştir⁴⁷⁰. Bugün Alman doktrininde aynı bakış açısı korunmaktadır⁴⁷¹. Nitekim bu anlayışın teşebbüsün düzenlendiği Alman CK § 22'ye de, maddede yer alan “*failin fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre*” ifadesiyle yansıdığı görülmektedir.

Sübjektif teori taraftarlarınca, objektif teorilerdeki bazı temel eksikliklerin, ceza politikası açısından istenmeyen ve adaletsiz olan sonuçlara yol açabileceği öngörülmüştür. Buna, objektif olarak tehlikeli ve tehlikeli olmayan eylemler arasında kesin bir çizgi çizmenin pratik zorluğu da eklenmiştir. Bu nedenle, sübjektif görüş taraftarları teşebbüsün cezalandırılmasının ana nedeni olarak korunan hukuki değer tehlikeye atılmasından farklı bir başlangıç noktası seçmektedir. Böylelikle teoriye göre hareketin tehlikeli doğasına değil, failin tehlikeli doğasına odaklanılmalıdır. Bu öğretinin merkezinde, dış dünyaya yansıyan failin suç işleme iradesi vardır. Bu nedenle cezalandırılabilirlik için, korunan hukuki değer tehlikeye atılması değil, yasal düzenin tehlikeye atılması veya başka bir deyişle, yasal olarak korunan düzene aykırı davranılması yeterlidir. Bu kabule göre, uygun olup olmadığına bakılmaksızın her bir teşebbüs eylemi cezalandırılmalıdır; hareketin olgusal başarıyı elde etmek için uygun olup olmadığı önemli değildir. Hareket elverişli olsun veya olmasın, failin suç işleme iradesini yansıtmaması failin cezalandırılabilirliği için yeterlidir⁴⁷².

⁴⁶⁸ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 167, dpn. 748.

⁴⁶⁹ Sözüer, **Teşebbüs**, s. 79, dpn. 93: “*Alman İmparatorluk Mahkemesinin (Reichsgericht - RG) üyesi olan yazar, özellikle elverişsiz teşebbüs olarak adlandırılan eylemlerin cezalandırılması düşüncesinin Alman Mahkemeleri içtihatlarında benimsenmesinde önemli rol oynamış ve bu konuda birçok makaleler yayınlamıştır*”.

⁴⁷⁰ Alman Federal Mahkemesinin de aynı görüşü benimsediği görülmektedir: “...cezalandırılabilirliği yasal olarak korunan düzene karşı -kendi içinde tehlikeli- suç işleme iradesini temel alan elverişsiz teşebbüs için de geçerlidir (bkz. BGHSt 4, 254; 11, 268, 271; 30, 363, 366). Buradaki belirleyici faktör, failin, Ceza Kanunu §22 anlamında bir neticenin gerçekleşmesine uygun bir yaklaşım olarak görülebilen, eylemin uygunluğu konusundaki fikridir (bkz. BGHSt 11, 324., 326/327; 30, 363, 366). Eylem failin planına göre, suçun derhal yerine getirilmesine yol açacak (bkz. BGHSt 26, 201, 203) ve doğal algılamaya göre, eğer uygunsa suçun yerine getirilmesine yol açabilecek belirleyici eylem olarak görülmelidir.” BGHSt 4, 173/94 - Urteil vom 25 Oktober 1994 (LG Münster).

⁴⁷¹ Albrecht, a.g.e., s. 22; Hans Joachim Hirsch, “Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin”, JZ, 62. Jahrg., Nr. 10, 18. Mai 2007, s. 495.

⁴⁷² Albrecht, a.g.e., s. 21 - 22.

Objektif görüşe karşı ortaya atılan bu teori, mutlak - nisbi elverişsizlik ile objektif tehlikelilik kavramlarını tamamen reddetmekte, hareketin elverişli veya elverişsiz olmasının bir önemi olmadığını ifade ederek, failce ortaya konan suç işleme iradesinin dış dünyaya yansımaları, cezalandırılabilirlik için yeterli görmektedir. Kişi eğer suç işleme iradesini ortaya koyarsa, bu hareketin objektif elverişliliğinin bir önemi kalmaz. Sübjektif teoriye göre belirleyici faktör, failin hukuka aykırı neticeye ulaşabileceğine dair inancıyla hareket etmesidir⁴⁷³.

Failin sosyal tehlikeliliğini esas alan pozitivist okulun yansımalarının görüldüğü sübjektif teori, failin hukuka aykırı iradesini esas alarak teşebbüsü failin tehlikeli halini gösteren bir belirti olarak kabul etmektedir. Sübjektif teori, bu tehlike halini hem failin tehlikeli bir şahıs olduğunun hem de toplum açısından tehlikeli bir kişilik ortaya konduğunun göstergesi olarak kabul eder ve failin teşebbüsten cezalandırılması için suç ile korunan hukuki değerin somut tehlikeye uğramasını beklemeden failin suç işleme kastı ile ortaya koyduğu hareketi esas alır⁴⁷⁴.

Doktrinde sübjektif teoriyi temellendiren birtakım gerekçeler ileri sürülmüştür. Buna göre, objektif teoriler ceza politikası açısından yetersiz görülerek eleştirildiğinden sübjektivistler bu husustaki argümanlarıyla öne çıkabilmektedir. Benzer şekilde, sübjektif teori ceza hukukunun amaç ve hedeflerinin gerekli bir sonucu olarak sunulmaktadır. Yalnızca suç işleme iradesinin gösterilmesini dahi, korunan hukuki değeri ihlal etmeye veya tehlikeye atmaya gerek kalmadan cezalandırmak gerekir. Sübjektivistlere göre, sadece objektif olarak tehlikeli eylemler cezalandırılmamalı, aynı zamanda haksız bir neticeyi hedefleyen ve sadece failin bakış açısından uygun olan hareketler de cezalandırılmalıdır⁴⁷⁵.

Teori, teşebbüsün cezalandırılma nedenini, suça teşebbüs eden failin hukuk sistemi için zaten zararlı olan suç işleme iradesinin açığa çıkmış olması ile açıklar⁴⁷⁶. Sübjektif görüş uyarınca önemli olan failin suç işleme iradesinin ortaya çıkmış olması olduğu için hareketin elverişliliğinin belirlenmesinde de aynı gerekçeye dayanmaktadır.

Teşebbüsün cezalandırılmasını failin suç işleme iradesinin açığa çıkmasına dayandıran sübjektif teori, hareketin elverişliliğini de sübjektif olarak değerlendirmektedir. Bu çerçevede, fail gerçekleştirmek istediği netice için kullandığı

⁴⁷³ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 63, 64a.

⁴⁷⁴ Önder, **C. II - III**, s. 395.

⁴⁷⁵ Albrecht, **a.g.e.**, s. 23.

⁴⁷⁶ Hoffmann-Holland, **MüKoStGB**, § 22, Rn. 4 - 7; Kindhäuser, **StAT**, § 30, Rn. 7.

aracı, o netice ile öngörülen suç için yeterli ve uygun olarak değerlendirmişse, netice gerçekleşme dahi fail cezalandırılmalıdır. Çünkü sübjektif teori elverişliliği fail açısından yapılan değerlendirmeye göre belirlemektedir⁴⁷⁷. Böylelikle özellikle sübjektif görüş taraftarlarınca objektif görüşe yöneltilen, fail tarafından bilinen koşullara göre failin arzu ettiği neticeyi gerçekleştireceğine inanıp inanmadığı ile uğraşılmasının faydasız olacağı ve hiçbir kimsenin icraya neticeyi gerçekleştireceğine inancı olmaksızın başlamayacağı; dolayısıyla böyle bir değerlendirmenin hatalı sonuçlara yol açacağı yönündeki eleştirilere de karşılık verilmiş olmaktadır. Ancak bu durumda da, neticeyi gerçekleştireceğine inanan ve bu amaçla suç işleme iradesini açığa vuran failin bütün hareketleri elverişli kabul edilmelidir. Zira suç işleme kastıyla icraya başlayan fail, gerçekleştirmek istediği neticeyi doğurmaya elverişli olduğunu düşündüğü araçlarla hareket edecektir.

Teori, doktrinde, ceza hukuku ile ahlak kurallarının gerekleri arasında yeterli bir ayırım yapmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. *Hirsch'e* göre gerçekte zararsız bir teşebbüste bulunan herkes suç işleme iradesinin dışı yansıması ile ahlak kurallarını ihlal eder ve bu hareketi pozitivistler için doğru olmayan bir tavrın göstergesi olarak kabul edilir. Ancak bu yönde bir kabul tek başına cezalandırma için yeterli değildir. Suç işleme iradesi, suçun fiilen gerçekleşmesine yol açmadığı sürece, diğer bir ifadeyle amaçlanan netice ile ilgili olarak gerçekten tehlikeli bir eylemde bulunma girişimi bulunmadığı sürece, suça teşebbüse ilişkin önkoşullar sağlanmış olmaz⁴⁷⁸.

Öte yandan bu teori, ceza sorumluluğunun alanını genişleterek failin hukuki değerleri ihlal ettiğine inandığı her türlü davranışının teşebbüs olarak değerlendirilmesine sebebiyet verebilecektir. Bu doğrultuda suç ile korunan hukuki değer tehlikeye girmeden önce bile ceza sorumluluk alanını genişlettiği için maddi hazırlık hareketlerinin dahi cezalandırılmasına yol açacaktır. Bundan kaçınabilmek için, failin hareketlerini suçun konusuyla bir ilişkiye sokan bir sınırlama gerekmektedir⁴⁷⁹.

Sübjektif teori uyarınca hareketin elverişliliği failin bakış açısıyla yapılacak bir değerlendirme ile belirlenecektir. Failin kullandığı araçlar veya genel anlamda hareket fail tarafından elverişli olarak görülüyorsa -ki mantıken suç işleme iradesini ortaya koyan failin hareketini elverişli olarak değerlendirdiğinin kabul edilmesi gerekir- bu

⁴⁷⁷ Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 87.

⁴⁷⁸ Hirsch, **a.g.e.**, s. 501.

⁴⁷⁹ Gropp, **StAT**, § 9, Rn. 87.

durumda hareketin elverişli olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Ancak böyle bir elverişlilik değerlendirilmesi neticesinde elverişliliğin belirlenmesi hususunda tutarlı kriterler ortaya konulamayacaktır. Bununla birlikte, bu durum cezalandırılabilirlik alanını fazla genişleterek ceza hukuku ve özgürlükler bağlamında bazı sakıncalara neden olabilecektir.

3. Türk Hukukundaki Görüşler ve Yargıtay'ın Yaklaşımı

Teşebbüsün düzenlendiği TCK m. 35 gereğince failin suça teşebbüsten sorumlu tutulabilmesinin ön şartı failin elverişli hareketlerle icraya başlaması olunca, elverişliliğin belirlenmesi hususu Türk ceza hukuku doktrininde teşebbüs bahsinde ele alınmıştır. Hareketin elverişliliğini belirleme hususunda doktrinde genellikle objektif teori benimsenmiş olsa da, subjektif teoriyi kabul etmiş görünen yazarlar da bulunmaktadır. Öte yandan çoğunluk görüş objektif teoriden yana olsa da, elverişliliğin klasik objektif teoriye göre soyut olarak mutlak - nisbi olarak mı yoksa yeni objektif teoriye göre *ex ante* olarak mı tespit edileceği hususunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır⁴⁸⁰. Ancak peşinen belirtmek gerekir ki, zaten nisbi olan elverişlilik kavramının mutlak - nisbi ayrımına tabi tutulması günümüzde pek fazla kabul edilebilir bir görüş değildir.

Teşebbüs düzenlenmesinde elverişli araç teriminin elverişli hareket ile değiştirildiği 1930 tarihli İtalyan CK değişikliğini yorumlayan *Dönmezer / Erman*, kanunda yer alan elverişli hareketler deyiminin subjektif yoruma uygun olduğunu ileri sürmüşlerdir. Failin kişisel bilgi ve beceresinin hareketi üzerinde doğrudan etkisi olması sebebiyle hareketin faille ilgili olduğunu savunan yazarlar, hareket kavramını yorumlarken faili göz önünde tutarak subjektif bir değerlendirme yapmaktadır. Bu itibarla yazarlar, failin kullandığı aracın neticeyi meydana getirmeye uygun bir tarzda kullanılmasında kesin bir aykırılık bulunmaması halinde, subjektif olarak belirli bir sonucu oluşturmaya elverişli olan hareketin de elverişli sayılması gerektiğini öne sürmüşlerdir⁴⁸¹. Bununla birlikte, hareketin elverişli olup olmadığının

⁴⁸⁰ Objektif teoriyi benimseyen yazarlar için bkz. Erem / Danışman / Artuk, *a.g.e.*, s. 313; Önder, *C. II - III*, s. 398; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 61; İçel, *a.g.e.*, s. 510; Centel / Zafer / Çakmut, *a.g.e.*, s. 460 - 461; Koca / Üzülmüş, *a.g.e.*, s. 411; Toroslu / Toroslu, *a.g.e.*, s. 263; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 187; Öztürk / Erdem, *a.g.e.*, kn. 609.

⁴⁸¹ 1930 İtalyan CK'daki değişikliği yorumlayan *Dönmezer / Erman*, elverişli araç terimini objektif olarak yorumlanması mümkün olarak görürken değişiklik sonrası teşebbüs bahsine dahil olan elverişli

tespitinde *Dönmezer / Erman* da, işlenmek istenen suç dikkate alınarak belirlenebileceğini ve göreceli olan elverişlilik kavramının genel ve soyut bir şekilde değil, işlenmek istenen suç, mağdurun durumu, suçun işlenme zaman ve biçimi ile diğer bütün koşullar dikkate alınarak somut olarak tespit edilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁴⁸².

Yazarların bu görüşüne karşılık, mülga 765 s. TCK döneminde, aracın elverişliliğinin belirlenmesine ilişkin objektif teorinin doktrinde baskın olduğu görülmektedir. Bu görüşteki yazarlardan *Erem / Danışman / Artuk*, aracın elverişsizliğini, aracın mağdur üzerindeki etkisiyle ölçmenin doğru sonuçlar vermeyeceğini ifade ederek objektif görüşten yana olduğunu göstermiş ve elverişsizliğin mutlak ve nisbi olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir⁴⁸³. Böylece elverişliliğin soyut olarak ve mutlak - nisbi ayrımına göre belirlenmesi gerektiğini ifade eden yazarların klasik objektif teoriyi benimsediği anlaşılmaktadır.

Elverişliliğin belirlenmesinde yeni objektif teoriyi benimseyen *Önder*, failin yaptığı hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığı veya ne ölçüde tehlike yarattığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Hareketin konu üzerinde tehlike yaratabilir olup olmadığı da failin özel bilgisi de dikkate alınarak, hakim tarafından yapılacak bir değerlendirme ile genel hayat kuralları esas alınarak belirlenecektir⁴⁸⁴.

Alacakaptan da, objektif olarak yapılacak elverişlilik değerlendirmesinin her suç için ve suça teşebbüs edilmesinden önce var olan ve bilinen koşullar göz önüne alınarak, yeni objektif teoriye göre, *ex ante* değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş ve ilaveten failin aracın elverişli olduğunu bilmesinin şart olmadığını belirtmiştir. Yazar, failin aracın elverişliliği hakkındaki bilgisinin teşebbüsün manevi unsuru bahsinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur⁴⁸⁵. Gerçekten de objektif olarak üçüncü kişinin bakış açısıyla hareketin elverişliliği belirleneceği için, elverişlilik değerlendirmesi bakımından failin hareketinin elverişliliği hakkındaki yargısı önemli

hareketler kavramını sübjektif yorum gerektiren bir kavram olarak değerlendirmiştir. *Dönmezer / Erman*, **C. II**, kn. 123.

⁴⁸² *Dönmezer / Erman*, **C. II**, kn. 124.

⁴⁸³ *Erem / Danışman / Artuk*, **a.g.e.**, s. 313.

⁴⁸⁴ *Önder*, **C. II - III**, s. 398. Bu görüş YCGK kararında yer alan şu ifade ile desteklenmiştir: “*Teşebbüs halinde kalmış bir suçun söz konusu olabilmesi için, failin suçta kullandığı araçların ve hareketin mutlak surette elverişli ve suç mevzunun da mevcut olması lazımdır. Elverişli aracın, kastedilen sonucu meydana getirme gücünde, etkinliğinde, kapasite ve yapısında olması gerekir. Failin, aracın elverişli olmadığını bilmesi şart değildir*” **YCGK, E. 1987/1-549, K. 1987/92, T. 2.3.1987.**

⁴⁸⁵ *Alacakaptan*, **Suçun Unsurları**, s. 61.

olmayacaktır. Fail kullandığı aracın veya bugünkü anlamıyla hareketin elverişsiz olduğunu biliyor ve buna rağmen işlemek istediği suçu neticelendireceğini düşünerek harekete ediyorsa, bu durumda teşebbüsün manevi unsurunun varlığından şüphe etmek gerekecektir.

5237 sayılı TCK döneminde, aracın elverişliliğinin belirlenmesinde olduğu gibi, hareketin elverişliliğinin belirlenmesi hususunda doktrinde yeni objektif teorinin baskın olduğu görülmektedir. Bu görüşteki yazarlardan *İçel*, elverişli vasıta terimine göre daha geniş kapsamlı olan elverişli hareketler teriminden ne anlaşılması gerektiğine yönelik subjektif ve objektif görüşlerden subjektif görüşün kabul edilmesinin mümkün olmadığını; aksi düşüncenin kabulü halinde -teşebbüsün cezalandırılma nedeninin belirlenmesinde de objektif teori taraftarı olduğunu vurgulayarak- fail açısından elverişliliğin belirlenmesinin teşebbüste kullanılan her aracın elverişli olduğu sonucunu doğuracağını ifade etmiştir⁴⁸⁶. Yazar ayrıca soyut ve genel olarak ele alındığında elverişsiz olarak kabul edilebilecek bir aracın somut olayda elverişli olabileceğini belirterek elverişliliğin saptanmasında genel ve soyut olarak değil işlenmek istenen suçun ortaya çıktığı ve objektif bir gözlemcinin bilebileceği bütün somut koşulları göz önünde tutacak şekilde *ex ante* bir değerlendirmenin yapılması gerektiğini savunmuştur⁴⁸⁷. Böylelikle yazar, elverişliliğin belirlenmesi hususunda yeni objektif teoriye uygun olarak, olay hakkında objektif gözlemcinin bilgi ve öngörüsünü esas alarak hayatın olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre hareketin işlenmek istenen suçu oluşturmaya olanaklı olarak görülmesi halinde hareketin elverişli sayılacağı görüşünde olduğunu ortaya koymuştur.

Centel / Zafer / Çakmut, belirli bir neticeyi meydana getirmeye objektif olarak elverişli olan aracı kullanan failin de belli bir neticeyi meydana getirmek için aracı kullanmasında kesin imkansızlık yoksa hareketin elverişli sayılması gerektiğini ifade etmişlerdir⁴⁸⁸. Böylelikle yazarlar, elverişliliğin belirlenmesinde, olayın oluş biçimi, olay anı, suçun niteliği gibi somut olarak bütün koşulların dikkate alınması gerektiğine işaret etmişlerdir.

⁴⁸⁶ İçel, **a.g.e.**, s. 510.

⁴⁸⁷ **A.g.e.**, s. 511.

⁴⁸⁸ Centel / Zafer / Çakmut, **a.g.e.**, s. 460 - 461. Benzer şekilde *Evik* de, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda delilleri yok eden, gizleyen veya değiştiren araçların mutlak elverişsizliği durumunda işlenemez suçun meydana geleceğini ifade etmektedir. Vesile Sonay Evik, “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 137 - 138, 2016, s. 24.

Benzer şekilde elverişliliğin belirlenmesinde yeni objektif teoriyi esas alan *Koca / Üzülmaz* de, elverişliliği işlenmek istenen suça göre ve ex ante yapılacak bir değerlendirme ile tespit edileceğini belirtmişlerdir⁴⁸⁹.

Toroslu da, bir suç yönünden belli bir durumda elverişli olmayan bir hareketin başka bir durumda elverişli hale gelebileceğini ifade ederek objektif teoriyi esas almıştır⁴⁹⁰.

Sözür, elverişliliği teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan teoriler çerçevesinde konuyu incelemiştir. Yazar, teşebbüsün cezalandırılma nedenini tipik neticeyi gerçekleştirme imkanına sahip uygun hareketlerin hukuki yararı ihlal neticesini meydana getirme tehlikeliliğine dayandırmakta ve bir hareketin böyle bir imkan ve uygunluk taşıyıp taşımadığını hareketin yapıldığı anda objektif üçüncü kişinin bilebileceği bütün verilerin hayatın olağan akışına uygun olarak değerlendirilmesi suretiyle elverişliliğin tespit edilebileceğini ifade etmektedir⁴⁹¹. Bununla birlikte yazar, aracın elverişliliği yönünden olay sonrası meydana gelen vakıaların ex post bir biçimde değerlendirilmesinin de doğru sonuçlar verdiğini ifade etmiş ancak bunun elverişlilik konusunda belirli bir metodun uygulanmamasının benzer olaylarda farklı sonuçlar vererek adaletsizliğe yol açabileceğini belirtmiştir⁴⁹².

TCK'nın objektif teoriyi esas aldığını belirten *Demirbaş*, aracın işlenmek istenen suç bakımından elverişli olmasına rağmen, yetersiz olması halinde failin sorumluluğu bakımından önem taşımayacağını zira failin suç işleme kastıyla elverişli araç kullanmasının önemli olduğunu ifade etmiştir. Bu durumu yazar, failin vermiş olduğu zehrin mağdurun bünyesinin sağlamlığı nedeniyle mağdura etki etmemesi örneğiyle açıklamıştır⁴⁹³.

Benzer şekilde aracın elverişsiz olması ile yetersiz olmasının farklı kavramlar olduğunu ifade eden *Centel / Zafer / Çakmut* da, aracın yetersiz olmasının elverişliliği etkilemediğini vurgulamışlardır⁴⁹⁴.

Gerçekten de, bugün elverişlilik değerlendirilmesinin hareket bazında yapılması neticesinde, araçtaki elverişsizlik ve yetersizlik ayrımının halihazırda önemini yitirdiği kanaatindeyiz. İşlenmek istenen suçun ex ante olarak olay anındaki

⁴⁸⁹ Koca / Üzülmaz, **a.g.e.**, s. 411.

⁴⁹⁰ Toroslu / Toroslu, **a.g.e.**, s. 263.

⁴⁹¹ Sözür, **Teşebbüs**, s. 187. Aynı yönde bkz. Öztürk / Erdem, **a.g.e.**, kn. 609.

⁴⁹² Sözür, **Teşebbüs**, s. 190.

⁴⁹³ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 493 vd.

⁴⁹⁴ Centel / Zafer / Çakmut, **a.g.e.**, s. 460.

bütün somut koşulları dikkate alarak, suçun niteliği ile mağdur ve failin bilinen tüm koşullarıyla birlikte yapılan değerlendirme neticesinde hareketin elverişliliği belirlenecektir⁴⁹⁵. Bu değerlendirmeye suçta kullanılan araç olduğu gibi, bu aracın suçun konusu üzerindeki etkisi de dahil edileceği için aracın veya hareketin yetersiz olması da doğrudan doğruya hareketin elverişliliğini etkileyecektir⁴⁹⁶.

Yargıtay'ın ise bu konuda, elverişliliği objektif olarak değerlendirmesine karşın, *ex ante* olarak değil, *ex post* değerlendirme ile mutlak - nisbi elverişlilik ayrımına göre elverişliliği belirlediği kararlarına rastlanmaktadır⁴⁹⁷. Bu kararlardan birinde Yargıtay “...sanığın av tüfeği ile keşfen 10 metre gibi tüfeğin efektif tesir mesafesi dahilinden, mağdur A.Ö.'in beyanına göre çok yakın mesafeden baş bölgesine tevcihen yaptığı atıştan çıkan saçmaların mağdurun yüzüne yaygın şekilde isabet ettiği ve her iki gözünü de kör ettiği halde, derine nüfuz edecek mekanik ve kinetik enerjiden yoksun olduğu cihetle, sathi kaldığı anlaşılmakla nisbi imkânsızlıkla malul olduğu anlaşılan bu silaha ait saçmaların adam öldürme fiilini irtikap için

⁴⁹⁵ Mağdurun durumuna örnek olarak, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda, fiilin işlendiği sırada mağdurun hareket serbestisine sahip olup olmadığının önemi tartışılmıştır. Azınlık görüşteki bir kısım yazar, hareket serbestisine sahip olmayan yeni doğmuş çocuğa karşı bu suçun işlenemeyeceği görüşünü savunmuşlardır. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşe göre, bu suç ile potansiyel hareket özgürlüğü de koruma alınmıştır. Mağdurun hareket serbestinin kısıtlandığını bilmesine veya onu kullanabilme özgürlüğüne sahip olması, o suçun mağduru olması bakımından önemsizdir. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun mağduru hususundaki görüşler ve yazarlar için bkz. Özlem Yenerer Çakmut, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m.109)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, s. 589 vd. Dolayısıyla hareket kabiliyeti olmayan bir kişiye karşı bu suçun işlenmesi halinde, mağdurun elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç meydana gelmeyecektir.

⁴⁹⁶ Benzer gerekçeyle *Alacakaptan* da, *Manzini*'nin yetersizlik görüşünü elverişliliğin belirlenmesinde tatmin edici bir çözüm getirmediği, aracın elverişli olup olmamasının somut olaya göre değerlendirilmesi halinde yetersiz olan aracın zaten elverişsiz kabul edilmesi gerektiği düşüncesiyle eleştirmiştir. *Alacakaptan*, **İşlenemez Suç**, s. 73. Aynı yönde bkz. Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 89.

⁴⁹⁷ “Sanık, 3.70-6 metre gibi çok yakın mesafeden ateş etmesine ve mağdurun yüzünün pek çok yerine isabet kaydetmesine rağmen saçma taneleri derine nüfuz etmemiştir. Bu hal, suçta kullanılan av tüfeğine, olaydan önce öldürmeğe elverişli olmayacak kadar küçük saçma taneleri veya gereğinden az miktarda barut konulduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle, sanığın suçta kullandığı av tüfeği, bu haliyle öldürmeye teşebbüs suçunun elverişli vasıtası değildir” **YCGK, E. 1987/1-549, K. 1987/92, T. 2.3.1987**; “Taraflar arasında öldürmeyi gerektirebilecek, öteden beri devam eden husumet bulunmaktadır. Suçta kullanılan av tüfeği, adam öldürme suçu için “elverişli” bir vasıta. Sanık, mağdur H.B'ye birden çok ateş etmiştir. Mağdura isabet eden “dirhemlik” tabir edilen iri saçma tanesinin skapula kemiğini kırıp “göğüs kafesi içinde kaldığı belirlenmişken mesafenin barut cinsine, niteliğine, az veya çok oluşa ve keza rutubet durumuna, iklimsel ve meteorolojik şartlara göre bazı değişiklikler de gösterebileceği” yolunda görüşler taşıyan ve bu nedenle kesinlik taşımayan Adli Tıp Meclisi raporuna dayanarak, “silahın etkili tesir sahası dışında kullanıldığı”ndan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırı olduğundan, müdahil vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir” **YCGK, E. 1984/1-398, K. 1984/152, T. 3.4.1984**; “Olayımızda da sanığın 2 metre kadar bir mesafeden, av tüfeği ile iki el ateş etmesine rağmen saçmaların derine nüfuz etmemesi ve iç organlarda tahribat yapmaması göz önünde tutulduğunda; suçta kullanılan av tüfeğine, öldürmeye elverişli olamayacak kadar küçük saçma taneleri veya gereğinden az miktarda barut konulduğunu gösterdiğinden, sanığın eyleminin yaralama olarak nitelendirilerek...” **Yargıtay 1. CD, E. 1994/2946, K. 1994/3871, T. 14.11.1994**.

müsaait olmadığı açığa çıkmakla, sanığın tatili uzuv tevlit edecek derecede yaralama seviyesinde kalan eylemi nedeniyle...” ifadeleriyle sanığın kasten yaralama suçundan cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁹⁸.

Buna karşılık Yargıtay, verdiği bir diğer kararda yeni objektif teoride (anılan diğer adıyla tehlike teorisinde) olduğu gibi failin hareketinin tehlike oluşturup oluşturmadığını değerlendirmiştir. Kararda, “...sanıklar, girdikleri lokantada çalmak istedikleri para çekmecesinde para olmadığını görünce başka bir şey çalmaya kalkmamışlar, sadece karınlarını doyurmaya karar vermişlerdir. Sanıklardan M., sokakta sesleri işitince kaçmış, E. ise soba başında ısınırken uyuyakalmıştır. Bu itibarla fiil hırsızlığa eksik teşebbüs olarak kabul edilmelidir...” denilmek suretiyle suçun konusu itibarıyla failin hareketlerinde objektif tehlikelilik hali dolayısıyla hareket elverişli kabul edilmiş ve sanıkların teşebbüsten cezalandırılmalarına karar verilmiştir⁴⁹⁹.

Görülüyor ki, Yüksek Mahkeme de elverişliliği belirlerken objektif teoriyi esas almakta ancak özellikle eski tarihli kararlarında hareketin elverişliliğini *ex ante* değil, *ex post* koşullara göre belirlemeyi tercih etmekte ve hareketin mutlak - nisbi elverişliliğini değerlendirmektedir. Buna karşılık Yüksek Mahkemenin, yeni tarihli kararlarında, mutlak - nisbi elverişlilik anlayışından uzaklaşarak, doktrindeki çoğunluk görüşe uygun olarak *ex ante* olarak, olay hakkında objektif gözlemcinin bilgi ve öngörüsünü esas alarak hayatın olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre hareketin işlenmek istenen suçu oluşturmaya olanak sağlayıp sağlamadığına göre hareketin elverişliliğini değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Buna rağmen, Yargıtay'ın elverişliliği, objektif ölçütlere göre ancak soyut olarak, olayda fiilen gerçekleşmiş bir tehlikenin

⁴⁹⁸ Yargıtay 1. CD., E. 1990/576, K. 1990/902, T. 9.4.1990.

⁴⁹⁹ “Olay günü sanık arkadaşlarıyla birlikte geceleyin şikayetçinin lokantasına para çalmak amacıyla girmiş, boş çekmecedeki para bulamamış, arkadaşı karınlarını doyurmak ve ekmek almak için mutfığa giderken bekçilerin düdüğü çalması üzerine kaçmış, sanık ise yakalanmıştır. Yerel mahkeme sanığı hırsızlığa eksik kalkışma suçundan cezalandırmıştır. Gerçekten, failin cürmi hareketinin yöneldiği nesneye, Ceza Hukukunda “suçun maddi konusu” denilmekte ve bu konu suç kastının kapsamı içinde kalmaktadır. Hırsızlıkta maddi konu, taşınır mal olup, suç anında onun varlığı ya da yokluğu, eylem sonrası değil, eylem öncesi bir değerlendirmeyle, her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanılmak gerekir. Bu saptamada varılan olumsuz sonuç, yani maddi konunun kesin olarak yokluğu, işlenemez (muhal, imkânsız) suç, olumlu sonuç, yani maddi konunun nisbi yokluğu ise, eksik kalkışma aşamasında kalmış suç uygulamasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşının girdiği lokantadaki masa çekmecesinde para bulunması, yukarıdaki ölçülere ve ortak deneyimlere göre, doğal ve olağandır. O yüzden suç anında paranın çekmecedeki bulunmaması maddi konunun niteliğine göre, mutlak değil, nisbi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından olayda işlenemez (muhal, imkânsız) suç bulunduğu ileri sürülemeyecek ve eylem hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturacaktır” YCGK, E. 1984/291, K. 1984/158, T. 13.2.1984.

mevcut olup olmadığına bakmak suretiyle tespit etme eğiliminde olduğu söylenmelidir.

Nitekim, Yargıtay'ın yeni tarihli vermiş olduğu kararlarda somut olayın oluş biçimine göre işlenmek istenen suç bakımından elverişlilik değerlendirmesinde bulunduğu görülmektedir. Bu kararların birinde Yargıtay “*Elazığ Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesince tanzim olunan 15/04/2014 tarihli kurul raporuna göre, işlediği fiile yönelik ceza sorumluluğu tam olan sanığın, herhangi bir sebep yokken, eşi olan mağduru, müşterek çocukları olan tanıklar ... ve ...'in huzurunda, önce tekme, tokat ve sopa ile darp ettiği, akabinde bir odaya kapattığı ve Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunca düzenlenen 10/01/2011 tarihli rapora göre, içerdiği cypermethrin maddesinin nörotoksik özelliği nedeniyle alınan miktara göre zehirlenmeye veya ölüme neden olabileceğinin belirtilen kimyasal ilacı mağdurun ağzına dökerek zorla içirttiği, mağdurun olay anında bayılması üzerine sanığın, olay yerinden kaçtığı, soruşturma aşamasında hakkında çıkartılan yakalama kararı çıkarıldıktan 3 ay sonra yakalanabildiği, mağdurun üçüncü kişiler (tanıklar İskan ve Recep) tarafından hastaneye kaldırıldığı ve 7 gün boyunca yoğun bakımda tedavi edildikten sonra taburcu edildiği, mağdurun, sanığın eylemi neticesinde hayati tehlike geçirdiği olayda, suçta kullanılan aracın elverişliliği, meydana gelen neticenin ağırlığı, sanığın elinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlayamaması hususları dikkate alınarak, sanığın eyleme bağlı ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu ve sanık hakkında kasten öldürmeye teşebbüs suçundan 5237 Sayılı TCK'nin 82/1-d, 35. maddeleri gereği hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, suçun niteliğinde hataya düşülerek kasten yaralama suçundan hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiş” ifadeleriyle durumu ortaya koymuştur⁵⁰⁰. Görüldüğü üzere Yargıtay da, sanığın*

⁵⁰⁰ **Yargıtay 3. CD, E. 2019/14972, K. 2019/22834, T. 12.12.2019.** Yakın tarihli bir başka kararda da Yargıtay olayda kullanılan araç ve işlenmek istenen suç arasında somut bir değerlendirme yaparak elverişliliği tespit etmiştir: “*Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre, bir tarafta sanıklar ... ve ..., diğer tarafta ise katılan ...'un içinde bulunduğu grup arasında, araçlarıyla seyir halindeyken yol verme meselesinden çıkan ve ...'un sopalı eylemleri nedeniyle başlayan kavga sırasında, sanık ...'ın, katılan ...'un sol göğüs bölgesine bıçakla kuvvetlice vurduğu, akabinde bıçağı döndürerek çıkardığı, aldığı bu darbe üzerine kalp ve akciğerinde oluşan harabiyetle birlikte kalpte meydana gelen üfürüm nedeniyle organ işlevinde sürekli zayıflama oluşan katılan ...'un, yapılan acil operasyon sonucu kurtulduğu olayda; suçta kullanılan aletin öldürmeye elverişliliği, hedef alınan vücut bölgesi, darbenin şiddeti ve yaranın niteliği dikkate alındığında, eylemine bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu anlaşılan sanığın, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte değerlendirilerek “öldürmeye teşebbüs” suçundan makul bir ceza ile cezalandırılması yerine, suç niteliğinde yanlışlığa düşülerek, yazılı biçimde “kastan yaralama” suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi... bozmayı gerektirmiş” **Yargıtay 3. CD, E. 2019/13436, K. 2019/21881, T. 28.11.2019;** “*Katılan hakkında Tokat Adli Tıp Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen 11.12.2015 tarihli rapora ve Tokat Devlet Hastanesinde görevli Kalp Damar Cerrahisi uzmanı tarafından düzenlenen tedavi evraklarına göre, sanığın eylemi nedeniyle katılanın, subksifoid bölgede 4-5 cm. düzgün kenarlı, 1 adet derine penetre,**

kastının öldürmeye yönelik olduğunu belirledikten sonra somut olarak olayın oluş biçimine ve işlenmek istenen suçun niteliğine göre hareketin elverişliliği yönünden bir değerlendirmede bulunmuştur.

D. Değerlendirme

Hareketin elverişliliğinin belirlenmesi hususunda ileri sürülen teoriler öncelikle elverişliliğin hangi bakış açısıyla belirleneceği noktasında ayrılmıştır. Failin bakış açısıyla elverişliliğin belirlenmesini öngören sübjektif görüşün kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira böyle bir ceza hukuku anlayışı, cezalandırılabilirlik alanını fazlaca genişleteceği ve failin suç neticesini gerçekleştirmesi imkansız da olsa suç işleme iradesini ortaya koyması nedeniyle cezalandırılması sonucunu doğuracağı için eleştirilmeye layıktır.

Elverişliliği failin düşüncesinden ayırıştırıp objektiflik kazandıran klasik objektif teori ise mutlak - nisbi elverişlilik anlayışıyla olaydan soyutlanarak değerlendirme yapıyor olması sebebiyle kanaatimizce bizi doğru sonuca ulaştırmaya muktedir değildir. Bu bakış açısıyla yaklaştığımızda görülüyor ki, soyut olarak elverişli olan bir araç veya daha geniş ifadesiyle hareket, somut bir olayda elverişsiz hale gelebilecek yahut tam tersi durum da söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla bir zamanlar Yargıtay'ın da benimsemiş olduğu mutlak - nisbi elverişlilik anlayışına dayanan klasik objektif teorinin de elverişliliği belirleme hususunda uygun metot ve ölçüt koymakta yetersiz kaldığı rahatlıkla söylenebilecektir.

Diğer bütün bilim dallarında olduğu gibi ceza hukukunda da teoriler, tez ve antitezin çarpıştırılması ile ortaya çıkan yeni fikirleri birleştirerek bir üst fikre yani senteze ulaşmak suretiyle ile ortaya çıkar. Elverişliliğin belirlenmesi hususunda da ileri sürülen teorilerin eksik kaldığı noktalar ceza hukuku doktrininde eleştirilmiş ve

toraks ve kardiaya نافذ delici kesici alet yaralanması nedeniyle acil ameliyata alındığı ve sağ torakotomi yapılarak toraksın açıldığı, yaklaşık 2000 cc hemorajik mayi aspire edildiği, kalbin sağ alt lobunda 2 cm.'lik kesi olduğu tespit edilerek primer onarıldığı, perikardda hematoma olması üzerine perikard açılarak kan boşaltıldıktan sonra, sağ ventrikülde apikalde tespit edilen kesilerin primer onarıldığı ve toraks tüpü konularak kapatıldığı, katılanın yaşamını tehlikeye sokacak şekilde yaralandığı, kardiyak yaralanma nedeniyle acil ameliyata alınarak, katılanın kalp operasyonu uygulandıktan sonra hayati tehlikesinin atlatıldığı anlaşılmakla; suçta kullanılan aletin elverişliliği, hedef alınan vücut bölgesi, kalbe نافذ kesinin yeri ve niteliği dikkate alındığında, sanığın eyleme bağlı ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu ve sanık hakkında kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, suçun niteliğinde hataya düşülerek kasten yaralama suçundan hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiştir” Yargıtay 3. CD, E. 2019/14076, K. 2019/20675, T. 13.11.2019.

bu eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır. İlk kez objektif teori taraftarlarınca ortaya atılan elverişlilik kavramına ilişkin olarak da, objektif teorinin karşısına failin olay yönünden somut özelliklerinin de dikkate alınması gerektiğini ifade eden ve fakat belirsiz bir şekilde failin suç işleme iradesi ile elverişliliği tespiti çalışan subjektif teori çıkmıştır. Klasik objektif teorinin mutlak - nisbi elverişsizlik ayrımı da, somut olaya göre ortaya çıkabilecek değişkenliğin göz ardı edilmesi nedeniyle eleştiriye uğramış ve elverişliliği somut bir şekilde değerlendirme ihtiyacını doğurmuştur. Böylece elverişliliğin belirlenmesinde doktrinde baskın görüşü oluşturan ve elverişliliği somut olarak değerlendiren yeni objektif teori geliştirilmiştir⁵⁰¹.

İfade etmeliyiz ki, hareketin elverişliliğinin yalnızca failin subjektif kanısına veya münhasıran gerçekleşmiş sonuçlara göre değerlendirilmesi suretiyle tespiti, gerçeklere ve ceza siyasetine uygun sonuçlara yol açamayacaktır⁵⁰². Dolayısıyla bizim de elverişliliğin belirlenmesi hususunda isabetli bulduğumuz, Türk ceza hukuku doktrininde baskın görüşü oluşturan ve İtalyan doktrininde *-somut- tehlike teorisi*⁵⁰³ olarak ortaya çıkan yeni objektif teoriye göre⁵⁰⁴, elverişlilik *ex ante* olarak ve failin içinde bulunduğu somut koşullara göre belirlenmelidir. Zira tehlikenin varlığı ancak *ex - ante* bir değerlendirme ile ortaya çıkabilecektir⁵⁰⁵.

İşlenemez suç bir yönüyle, icra hareketlerinin başlangıcı itibarıyla, yani *ex ante* olarak, neticenin gerçekleşmesinin objektif imkansızlığının fail tarafından fark edilmemiş olmasıdır⁵⁰⁶. Bu objektif imkansızlığın, hareketin elverişsizliğinden ileri gelmesi halinde failin hareketi korunan hukuki değer bakımından bir tehlike meydana getirmemektedir. Buna karşılık somut bir tehlikenin söz konusu olması halinde hareketin elverişli olduğu kabul edilecek ve teşebbüs gündeme gelebilecektir. Hareketin elverişliliğinin *ex ante* olarak tespit edilmesi nedeniyle suçun tamamlanma

⁵⁰¹ Klasik objektif teori ile yeni objektif teorinin farklarını ortaya koymak isteyen Önder, bunu bir örnekle açıklamıştır: “ Atış kapasitesinin dışında bir silahla bir kimseye yapılan atışta, eski objektif teoriye göre elverişsizlik nisbidir ve cezalandırılan teşebbüs vardır; tehlike teorisine göre objektif tehlike yoktur ve fail cezalandırılmayacaktır. Buna karşın, dolu olduğu zannedilen, gerçekte boş olan, silahla yapılan atışta, eski objektif teori mutlak elverişsizliği kabul ettiği halde tehlike teorisine göre, hareket belirtilen sebeplerle teşebbüs olarak kabul edilir” Önder, C. II - III, s. 426.

⁵⁰² Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 98.

⁵⁰³ İtalyan doktrininde yer alan somut tehlike teorisine ilişkin detaylı görüşler için bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 74; Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 78.

⁵⁰⁴ Teorilerin birbirleriyle özdeş olduğu yönünde bkz. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 494 vd; Centel / Zafer / Çakmut, **a.g.e.**, s. 477.

⁵⁰⁵ Claus Roxin, in: Guido Britz, Heinz Koriath, Karl-Ludwig Kunz, Carsten Momsen, Egon Müller, Heinz Müller-Dietz, Henning Radtke (Hrsg.), “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”, **Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag** am 23. April 2007, s. 832.

⁵⁰⁶ Heinrich, **I**, § 22, Rn. 668.

süreci içerisinde bu elverişliliğin yön değiştirmesi mümkündür. Hareket başlangıçta elverişsiz olabileceği gibi sonradan da elverişsiz hale gelebilir. Başlangıçtaki elverişsizlik suçun icrasını imkansızlaştırır ancak sonradan ortaya çıkan elverişsizlik tam bir elverişsizlik halini ifade etmez. Sonradan ortaya çıkan elverişsizlik halinde teşebbüs gündeme gelebilecektir. Bu durum failin, fiili etkin bir şekilde icra etmesini ve tamamlanmasını imkansız kılacaktır ancak nisbi de olsa korunan hukuki değere yönelik bir ihlal söz konusudur⁵⁰⁷. Örneğin, öldürmek istenilen kişinin yemeğine karıştırılacak olan zehir baştan elverişli iken, yemeğin içerisinde yer alan bir bitki sayesinde zehrin öldürücü özelliğini yitirmesi halinde hareket başta elverişli iken failin bilmediği ve sonradan ortaya çıkan durum sebebiyle hareket elverişliliğini kaybetmiştir. Bu durumda ise, hareketten sonra meydana gelen elverişsizlik nedeniyle ve teşebbüsün elverişli hareketlerle icraya başlanması unsuru gereğince, hareketin elverişli olduğunun ve teşebbüsün varlığının kabul edilmesi gerekmektedir.

III. SUÇUN KONUSUNUN YOKLUĞU SEBEBİYLE İŞLENEMEZ SUÇ

Suçun konusu da, hareketin elverişliliğinin tespiti bakımından oldukça belirleyici bir öneme sahiptir. Nitekim TCK m. 35 gerekçesinde de elverişliliğin sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Gerçekten de, hareketin elverişliliği, hareketin yönelmiş olduğu konu nazara alınarak belirlenmelidir⁵⁰⁸. Bununla birlikte, suçun konusunun yokluğunun, hareketin elverişsizliğinden ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Hareketin elverişliliğinin suçun konusuna göre tespit edileceği muhakkaktır ancak hareket elverişli olmasına rağmen suçun konusunun yokluğu nedeniyle neticenin meydana gelmediği hallerde suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç söz konusu olacaktır. Failin hasmı zannederek duvardaki gölgeye veya zaten ölmüş olan bir kimseye ateş etmesi hallerinde failin hareketi elverişlidir; failin kastının somutlaştığı yerde gerçekten bir insan olmuş olsaydı netice pekala meydana gelebilecek niteliktedir⁵⁰⁹. Hareketin elverişsizliği nedeniyle meydana gelen işlenemez

⁵⁰⁷ Aksoy İpekçioğlu, *Teşebbüs*, s. 92.

⁵⁰⁸ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 114.

⁵⁰⁹ *A.g.e.*, s. 115.

suçta, hareketteki elverişsizliğin suçun icrasına başlanmasını engellediği gerekçesiyle teşebbüsü meydana getirmeyeceği ve bu nedenle bu durumun elverişsiz teşebbüs olarak adlandırılması gerektiğini savunan yazarlarca dahi, suçun konusunun yokluğu nedeniyle tamamlanamayan suçların işlenemez suç olarak adlandırılması gerektiği ifade edilmiştir⁵¹⁰.

Kanaatimizce suçun konusunun yokluğu, neticenin meydana gelmesini imkansız hale getireceği için işlenemez suça sebebiyet verecektir. Suçun konusunun yokluğunun neticenin meydana gelmesini imkansızlaştırdığı ve bu durumu hareketin elverişsizliğinden ayrıca değerlendirilmesi gerektiği muhakkaktır. Öyle ki, bazı hallerde suçun konusunun yokluğu, hareketin elverişliliğinin veya elverişsizliğinin belirlenmesini dahi lüzumsuz hale getirmektedir⁵¹¹. Bununla birlikte, suçun konusunun yokluğu halinde niçin teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağı, diğer bir deyişle eylemin cezasızlıkla sonuçlanması gerektiği, hareketin elverişsizliği nedeniyle işlenemez suçta olduğu gibi TCK m. 35'den açıkça anlaşılmamaktadır. Hareketin elverişsizliğinin tespiti ile birlikte teşebbüs hükümlerinin uygulanması imkanı m. 35 gereğince ortadan kalkmaktadır. Kanaatimizce, suçun konusunun yokluğu TCK m. 35'ten ziyade m. 30/1 ile alakalıdır. Bu nedenle, suçun konusunun yokluğu doktrinde bazı yazarlarca fiili sebeplere dayanan mefruz suç olarak da nitelendirilmektedir⁵¹². Ancak kanaatimizce ters tipiklik hatası olarak değerlendirilmesi gereken bu durumda, fail suç işlediği düşüncesiyle hareket etmekte ve fakat istediği netice suçun konusunun yokluğu dolayısıyla gerçekleşmemektedir. Buna rağmen, işlemeyi kast ettiği eylem, mefruz suçun aksine, kanunda suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin, failin çalının arkasında hareket eden av hayvanını hasmı zanneden tüfeğiyle vurması halinde durum böyledir. Ters tipiklik hatası halinde işlenmesi arzulanan fiil kanunda suç olarak tanımlanmış bir eylemdir. Ancak failin suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisizliği veya yetersizliği nedeniyle haksızlık gerçekleşmemiştir. Buna karşılık mefruz suçta

⁵¹⁰ Özgenç, **a.g.e.**, s. 561; Koca / Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 428.

⁵¹¹ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 114.

⁵¹² İçel, **a.g.e.**, s. 299; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 233. Doktrinde İçel ve Demirbaş ile benzer şekilde mefruz suçun hukuki yanılmaya ve fiili yanılmaya dayalı olarak iki görünüşü olduğunu ifade eden Dönmezer / Erman, failin suçun kanuni tanımının esasında değil de, bazı unsurlarında yanılmış olması halinde bunun fiili yanılmaya dayalı mefruz suça sebebiyet vereceğini ifade etmiş ve bu durumu tipiklikte tersine yanılma olarak adlandırmıştır. Bununla birlikte, suçun maddi konusunun bulunmaması veya kullanılan araçların elverişsiz olması dolayısıyla failin suçun kanuni tanımına uygun bir fiili işlemek istemesine rağmen bu arzusunu gerçekleştirmediği durumları da “işlenemez suç veya fiili yanılmaya dayanan mefruz suç” olarak adlandırdığı görülmektedir. Bu yönüyle işlenemez suçun, suçun kanuni unsuru ile yakından ilgili olduğunu vurgulayan Dönmezer / Erman'ın bu görüşü, kanaatimizce bizim görüşümüzden tamamen farklılık arz etmemektedir Bkz. Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 71, 73.

failin gerçekleştirmek istediği eylem kanunda suç olarak tanımlanmış değildir. Bu durumda kanaatimizce mefruz suçtan değil, işlenemez suçtan bahsedilmesi gerekmektedir⁵¹³. İşlenemez suç da, eylemin tipikliğine etki etmektedir ve bu etki tipikliğin gerçekleşmesini engellemektedir⁵¹⁴.

Örnek vererek açıklamak gerekirse, fail, hırsızlık amacıyla kendisine ait olmadığını düşündüğü ve fakat kendisine ait bir taşınır malı bulunduğu yerden izinsiz aldığı anda, sübjektif olarak hırsızlık suçunu işlemiş olduğu kabul edilse dahi suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. Bu fiilde suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç müessesesi gündeme gelecektir⁵¹⁵. Bir başka örnek olarak verilebilecek olan çocuk düşürtme suçunda, suçun oluşması için hareket gerçekleşmeden önce ceninin anne karnında canlı olması gerekir. Eğer cenin anne karnında hareketten önce canlılığını yitirmişse, ancak işlenemez suç söz konusu olacaktır⁵¹⁶. Bir başka ihtimalde ise, kadın hamile değilse yine çocuk düşürtme suçu oluşmayacaktır. Bu gibi hallerde ortada suçun konusu ve korunan hukuki yarar bulunmadığından, işlenemez suç söz konusu olacak ve fail, mevcut düzenleme itibarıyla işlenemez olan çocuk düşürtme suçundan cezalandırılmayacak; kasten yaralama suçu nedeniyle cezalandırılması mümkün olacaktır⁵¹⁷.

Ceza Genel Kurulu'nda konu olan bir başka örnek olayda, suç tarihinde 18 yaşından küçük ve hamile olan failin, kayınpederinin sosyal güvencesinden yararlanmak için hastanede eşinin kardeşinin kimliğini kullanması üzerine, Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği iddia edilmiş ve hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. Buna karşılık çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurul Üyesi karşı oy gerekçesinde, failin 18 yaşından küçük ve hamile olduğunu, bu nedenle zaten Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun ilgili maddeleri

⁵¹³ Fiili yanılma sebebiyle sözde suç olarak adlandırılan ipotezlerin işlenemez suç olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 11; aynı yönde bkz. Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 109; Tozman, **a.g.e.**, s. 172; eylemin tipik olmayacağı ve işlenemez suçun söz konusu olacağı ifadesi için bkz. Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 471; tersine unsur yanılması neticesinde işlenemez suçun oluşacağı görüşü için bkz. Özgenç, **a.g.e.**, s. 524; Koca / Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 251; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **a.g.e.**, s. 642; Özen, Mustafa, **a.g.e.**, s. 502.

⁵¹⁴ Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 109.

⁵¹⁵ Şen, **a.g.e.**, s. 329 vd.

⁵¹⁶ Serap Keskin Kızıroğlu, Çocuk Düşürtme Suçu, **Özel Ceza Hukuku, C. II, Kişilere Karşı Suçlar (I)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 431.

⁵¹⁷ Burcu Dönmez, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk Ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2007**, s. 112. Genel olarak, failin işlenemez suç oluşturacak eyleminden önceki hareketlerinin başka bir suçun unsurlarını teşkil etmesi halinde, başka bir suç oluşturabileceği konusunda bkz. aşağıda, *Üçüncü Bölüm, II., C.*

uyarınca zorunlu olarak sosyal güvence kapsamında sayıldığını, bu nedenle olayda işlenemez suç nedeniyle beraat kararı verilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵¹⁸. Kanaatimizce karşı oyda yer alan, failin eyleminin işlenemez suç olduğu görüşü isabetlidir. Dolandırıcılık suçunun konusu failin kendisi veya bir başkası için elde ettiği yarardır. Somut olayda failin küçük ve hamile olması nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca zorunlu olarak sosyal güvence kapsamında sayılması karşısında, halihazırda söz konusu yarardan faydalanan olması gerekliliği nedeniyle suçun konusunu oluşturan yararın yokluğundan söz edilemese de, somut olay bakımından failin hareketinin dolandırıcılık suçu açısından aranan zarar unsurunu meydana getirmeye elverişli olmaması açısından işlenemez suçun söz konusu olabileceği söylenmelidir.

Uygulamada özellikle uyuşturucu suçlarında suçun maddi konusunun yokluğu sebebiyle işlenemez suça rastlandığı görülmektedir. Uyuşturucu maddenin miktar bakımından kullanılamayacak kadar az olması veya kullanmaya elverişli olmaması yahut fiili veya hukuki nedenlerle uyuşturucu alışverişinin gerçekleşme imkanının bulunmadığı hallerinde işlenemez suç söz konusu olabilmektedir⁵¹⁹. Yargıtay kararına

⁵¹⁸ “Somut olayda, her ne kadar suç tarihinde 18 yaşından küçük ve Bayram S. ile evli olan suça sürüklenen çocuk (SSÇ) N.S.’nin, Haydarpaşa Numune Hastanesi Acil Kadın Doğum Servisine muayene için geldiğinde kayınpederinin sosyal güvencesinden yararlanan eşinin kardeşi ve 14 yaşında olan Serap S.’nin kimliğini ibraz ettiği, hamile olduğu ve başkasının kimliğini kullandığının anlaşılması üzerine, durumun hastane polisine bildirildiği, bu suretle SGK Başkanlığını dolandırdığından bahisle nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği iddia edilmiş ise de;

5510 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 3, 4, 60 ve 63. maddeleri uyarınca, 18 yaşından küçükler ve hamileler (anneler) zorunlu olarak sosyal güvence kapsamında sayılmakta, her türlü sağlık ve tedavi hizmetlerinden ücretsiz yararlanabilmektedir. ...işlenemez suçun varlığı hâlinde, kişi suç işleme iradesini açığa vurduğuna göre, tehlikeli kişiliği ortaya çıkmış bu kişi hakkında arz ettiği tehlikeliliğine oranla bir ceza ya da güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerektiği savunulabilirse de, bizim sistemimizde, böyle bir normatif düzenleme bulunmadığından suçun kanunilik unsuru gerçekleşmemiştir, verilen beraat kararı doğrudur” YCGK, E. 2017/595, K. 2018/185, T. 24.04.2018.

⁵¹⁹ Tezcan / Erdem / Önok, a.g.e., s. 1029; “...ele geçirilen 1.885 gram madde içindeki uyuşturucunun, eser miktarda olduğunun belirtilmesi karşısında; suçun maddi konusu olan uyuşturucu maddenin kullanmaya ve buna bağlı olarak uyuşturucu madde temin etme suçuna elverişli olmadığından, olayda işlenemez suçun söz konusu olduğu, suçun unsurlarının oluşmadığı ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği..” Yargıtay 10. CD, E. 2007/9234, K. 2007/8332, T. 03.07.2007; “kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma” suçundan verilen mahkûmiyet hükümlerinin incelenmesi: Toplanan deliller ve dosya içeriğine göre; sanıklar ... ve ... uyuşturucu madde satın almak için diğer sanık ...'nin evine geldikleri, ... ile görüştikleri, evde uyuşturucu madde kalmadığı için alış-verişin gerçekleşmediği,...'nin uyuşturucu madde bulmak üzere evden dışarı çıktığı, bu sırada kolluk görevlilerinin, bir başka soruşturma nedeniyle, ...'nin ikametene arama yapmak üzere geldiği, yaptıkları aramada evde uyuşturucu madde bulamadıkları, evde bekleyen diğer kişilerin uyuşturucu madde almaya geldiklerini ve ...'nin onlara uyuşturucu madde bulmak amacı ile evden dışarı çıktığını öğrenen kolluk görevlilerinin, gerekli tertibatı alarak... 'nin eve gelmesini bekledikleri, ...'nin kısa süre sonra kendi anahtarı ile kapıyı açıp eve girdiği ve üzerinde suç konusu eroin ve hassas terazinin ele geçirildiği anlaşıldığından, kolluk görevlileri gelmeden önce suçun maddi konusu olan uyuşturucu madde evde olmadığı için sanıkların uyuşturucu madde almalarının fiilen mümkün olmadığı, kolluk görevlilerinin gelip sanıkları yakalaması ile sanıklar ... ve ... bakımından eylemin kesintiye uğradığı, kolluk görevlilerinin gözetiminde iken görevlilerin ...'nin üzerinde ele geçirdiği uyuşturucu maddenin de bu

konu olan bir olayda, Jandarma Genel Komutanlığı Bölge Kriminal Laboratuvarları Şube Müdürlüğü'nün ekspertiz raporunda suç konusu maddenin 2313 sayılı Kanun kapsamına giren uyuşturucu maddelerden olmadığı; Adli Tıp Kurumunun raporunda ise sanıkta ele geçirilen 1.885 gram maddenin içindeki uyuşturucu miktarının eser miktarda olduğunun belirtildiği, bu nedenle suçun maddi konusunu oluşturan uyuşturucu maddenin suçu oluşturmaya elverişli olmaması nedeniyle suçun unsurlarının oluşmadığı bu nedenle işlenemez suçun söz konusu olacağı ifade edilmiştir⁵²⁰. Yüksek Mahkeme'nin, sanığın hareketlerinin suçun unsurlarını

sanıklar yönünden alış-veriş konu olması ve satın alınmasının mümkün olmaması nedeniyle, eylemleri işlenemez suç niteliğinde olduğundan” Yargıtay 10. CD, E. 2016/3350, K. 2017/166, T. 23.1.2017.

⁵²⁰ “Jandarma Genel Komutanlığı Bölge Kriminal Laboratuvarları Şube Müdürlüğü'nün 09.12.2002 gün ve 3609 sayılı ekspertiz raporunda, suç konusu maddenin 2313 sayılı Kanun kapsamına giren uyuşturucu maddelerden olmadığı; Adli Tıp Kurumu Beşinci İhtisas Kurulu'nun 28.07.2003 tarih ve 1123 sayılı raporunda ise sanıkta ele geçirilen 1.885 gram maddenin içindeki uyuşturucunun, eser miktarda olduğunun belirtilmesi karşısında; suçun maddi konusu olan uyuşturucu maddenin kullanmaya ve buna bağlı olarak uyuşturucu madde temin etme suçuna elverişli olmadığından, olayda işlenemez suçun söz konusu olduğu, suçun unsurlarının oluşmadığı ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği dikkate alınmadan yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması, ...Yasaya aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün (BOZULMASINA)” **Yargıtay 10. CD, E. 2006/9234, K. 2007/8332, T. 3.7.2007.** Buna karşılık Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yakın tarihli vermiş olduğu bir kararda özetle, ele geçirilen uyuşturucu maddenin miktarı bakımından bir değerlendirmede bulunulmayıp alınan ekspertiz raporu ile yasak maddelerden olduğuna yönelik tespit yapılabilmesi nedeniyle söz konusu olayda işlenemez suçun söz konusu olmadığına oyçokluğu ile karar verilmiştir. Karşı oy yazısında, somut olay bakımından işlenemez suçun söz konusu olduğu ve buna gerekçe olarak ise ele geçirilen uyuşturucu maddenin miktar itibarıyla sanığın işlediği iddia edilen suç bakımından elverişli nitelikte olmadığı ifade edilmiştir. “...sanık ...'in eşyaları arasında yapılan aramada elde edilen maddenin suç veya suçların konusuna ilişkin elverişli değerlendirme yapılabilmesi için alınan ekspertiz raporu ile yasak maddelerden olduğuna yönelik tespit yapılabilirdiği ve sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma ve infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçları yönünden değerlendirilmesi gerektiğinden somut olayda “işlenemez suç”un söz konusu olmadığı kabul edilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan üç Ceza Genel Kurulu Üyesi; ele geçirilen uyuşturucu maddenin miktarı itibarıyla sanığın işlediği iddia olunan suç veya suçlar bakımından elverişli nitelikte bulunmadığı, bu bağlamda somut olayda “işlenemez suç”un söz konusu olduğu düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır... Somut olayda kabul edilen fiil olay tarihinde, sanığın Sincan 1 Nolu L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna kabulü sırasında yapılan üst aramasında montunun iç astar kısmında 0,1 gram civarında hint keneviri bitkisinin bulunmasıdır. Bulunan bitkinin hint keneviri bitkisi kırıntıları olduğu ve elde edilebilecek esrar miktarının 0,02 (yirmi miligram) olduğu bilirkişi incelemesi sonucu belirlenmiştir. Bu konuda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.Ceza normunda öngörülen bir fiilin suçu oluşturabilmesi için fail tarafından ortaya konulan hareketin sonucu gerçekleştirmeye elverişli olması ve bunun yanında suçun bir maddi konusunun bulunması gerekir. Bir fiil elverişsiz hareketlerle işlenirse veya maddi konu mevcut değilse, bu durumda kanunda öngörülen tipik fiil gerçekleşmiş olmaz...” **Yargıtay CGK, E. 2016/871, K. 2020/102, T. 13.2.2020.** Söz konusu kararda Yargıtay uyuşturucu madde ticareti yapma, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma ve infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçları yönünden değerlendirmelerde bulunmuştur. Kanaatimizce ele geçirilen uyuşturucu maddenin miktarının isnat edilen her bir suç açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Sanığın, Sincan 1 Nolu L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna kabulü sırasında yapılan üst aramasında montunun iç astar kısmında 0,1 gram civarında hint keneviri bitkisi bulunmuştur. Yapılan bilirkişi incelemesinde bulunan bitkinin hint keneviri bitkisi kırıntıları olduğu ve elde edilebilecek esrar miktarının 0,02 (yirmi miligram) olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda ele geçirilen maddenin miktar bakımından uyuşturucu madde ticareti suçunu oluşturmaya elverişli olmayacağı bu nedenle işlenemez suçun söz konusu olabileceği; buna karşılık TCK m. 297'de düzenlenen infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak suçu bakımından suçun konusunun yokluğunun ve dolayısıyla işlenemez suçun söz konusu olması mümkün olmayacaktır.

oluşturmaya elverişli olduğu ancak ele geçirilen maddenin söz konusu suçun konusunu teşkil etmemesi nedeniyle işlenemez suç olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde vermiş olduğu karar kanaatimizce suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç doğrultusundaki görüşlerimizi destekler niteliktedir.

A. Suçun Konusu Kavramı

Suçun konusunun yokluğu nedeniyle zararlı veya tehlikeli sonucun meydana gelmesinin imkansız olduğu işlenemez suç değerlendirilebilmek adına, suçun konusu kavramının ne anlam ifade ettiğinin konumuz çerçevesinde açıklığa kavuşturulması önem taşımaktadır⁵²¹. Türk ceza hukuku doktrinde suçun konusu ile kastedilen suçun maddi konusudur⁵²². Nitekim suçun konusu hakkında doktrinde, “*üzerinde suçun meydana geldiği insan veya şey*”⁵²³, “*üzerinde suç işlenen insan veya şey*”⁵²⁴, “*suçun cismini teşkil eden insan veya eşya ya da araç*”⁵²⁵, “*hareketin yönelik olduğu ve suç tipinde belirtilmiş konu*”⁵²⁶, “*fiilin nesnesini oluşturan ve tipik davranışın üzerinde gerçekleştiği ve maddi varlığı olan şey*”⁵²⁷ ifadeleriyle birbirlerine benzer tanımlar yer almaktadır.

Suçun maddî konusu, tipik hareketin yöneldiği insan veya eşyayı ifade etmesi nedeniyle yanlış olmadığını düşündüğümüz şekilde, hareketin konusu olarak da

⁵²¹ İşlenemez suçun “*fiilin elverişsizliği veya fiilin konusunun yokluğu nedeniyle zararlı veya tehlikeli sonucun imkansız olması*” şeklinde yer aldığı İtalyan CK m. 49/2’de bu husus fiilin konusu ile ifade edilmiştir. Bu nedenle fiilin konusu hakkında bunun maddi konuyu mu hukuki konuyu mu ifade ettiği tartışmalara neden olmuş ve böylelikle konusuz suç kavramı gündeme gelmiştir. Ancak nasıl ki neticesi olmayan suç olmayacağı gibi konusu olmayan hareket de düşünülemez. Neticenin veya konunun olmaması ancak neticenin veya konunun suçun kanuni tanımında belirtilmediği hallerde söz konusu olabilir. Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 241.

⁵²² Dönmezer / Erman, suçun konusunu maddi ve hukuki konu şeklinde ikiye ayırmaktadır. Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 31. Aynı yönde bkz. Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 234; Centel / Zafer / Çakmut, **a.g.e.**, s. 226. Demirbaş da, suçun konusunu maddi ve hukuki konu olarak ele almış ve suçun maddi konusunu “insan ve şey” olarak ifade etmiştir. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 590. Kanaatimizce de suçun konusunun maddi ve hukuki olarak nitelendirilmesi yerindedir. Zira gerek suç korunan hukuki değer olsun gerek suçun üzerinde gerçekleştiği şey olsun suçun konusunu teşkil etmektedir. Buna rağmen korunan hukuki değer ile hareketin yöneldiği konuyu oluşturan suçun maddi konusu birbirinden farklı kavramlardır. Toplumun ve kişilerin korunması amacı ile kanun koyucunun suç tiplerini belirleme fonksiyonuna sahip olan ve bu sebeple bir ideal olup maddi bünyeye sahip olmayan korunan hukuki değer soyut niteliktedir. Örneğin bir kişinin vücut dokunulmazlığı veya kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi gibi değerler korunan hukuki değer olabilir. Önder, **C. II - III**, s. 45. Suçun maddi konusu soyut nitelikteki bu değer somutlaşmış halini ifade etmektedir.

⁵²³ Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 236.

⁵²⁴ Kunter, **Maddi Unsurlar**, s. 118.

⁵²⁵ Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 31.

⁵²⁶ Önder, **C. II - III**, s. 45.

⁵²⁷ Öztürk / Erdem, **a.g.e.**, kn. 319. Aynı yönde bkz. Özgenç, **a.g.e.**, s. 219; Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 116; Centel / Zafer / Çakmut, **a.g.e.**, s. 226.

anılmaktadır. Bu bağlamda hareket de suçun unsuru olduğundan bahisle, hareketin yönelmiş olduğu konu tipikliğe ilişkin bir unsur olarak değerlendirilmelidir⁵²⁸. Bununla birlikte suçun hukukî konusu (korunan hukuki değer) ise her halde genel suç teorisi içerisinde değildir⁵²⁹. Suçun hukuki konusunu, suçla ihlal edilen ve ihlal edilmesi halinde ceza yaptırımını ile korunan, böylece hukukilik kazanan beşeri değer veya menfaat oluşturmaktadır⁵³⁰. Suçun hukuki konusu ile maddi konu birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen, birbirlerinden tamamen bağımsız ve ilgisiz kavramlar oldukları söylenemez. Suçun maddi konusunu her zaman insan veya şey olarak, cismani bir varlık oluşturur; buna karşılık suçun hukuki konusunu daha geniş bir anlamda bir hak, sosyal veya psikolojik bir gerçek de teşkil edebilir. Suçun maddi konusu, tipik eyleme ilişkin bir kavram iken, suçun hukuki konusu tipikliğin (kanuni unsurun) dışında kalır. Bununla birlikte, her suçta mutlaka korunan hukuki bir değer, menfaat olarak hukuki konu bulunurken, maddi konusu bulunmayan (belirsiz olan) suçların varlığı mümkündür⁵³¹.

Alman doktrininde, suçun konusu ile ifade edilen korunan hukuki yarardır (*Rechtsgüterschutz*)⁵³². Suçun maddi konusu ise, sahip olduğu pozitif değeri negatife doğru değiştirilen somut kişi veya somut nesne, hareketin konusu (*Handlungsobjekt*) olarak adlandırılmaktadır⁵³³.

Suçun maddi konusunun tipikliğin bir unsuru olması veya olmaması, suçun konusunun yokluğu halinde tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini belirleme noktasında önem teşkil etmektedir. Mevzu ayrıca işlenemez suçun suç genel teorisindeki yeri hususunda da belirleyici olacaktır⁵³⁴. Suçun maddi konusu somut niteliktedir; hareketin üzerinde gerçekleştiği kişi (insan) veya şey (eşya), suçun maddi konusunu teşkil eder. Suçun pasif süjesini ise, kendisine karşı suç işlenen kişi olarak mağdur teşkil etmektedir⁵³⁵. Suçun maddi konusu ile suçun pasif süjesi birbirinden farklı kavramlar olmasına karşı, bazı suç tiplerinde pasif süje ile maddi konu sıfatları

⁵²⁸ Önder, **C. II - III**, s. 45; Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 116.

⁵²⁹ Erem ayrıca, zaman bakımından konunun hareketten önce olduğunu dolayısıyla niteliğinin de ondan ayrı olduğunu kabul etmenin gerektiğini, suçun maddi konusunun suçun unsurlarıyla ilgili ve fakat bağımsız bir kavram olarak düşünülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Faruk Erem, “Suçun Konusu ve Ümanist Doktrin”, **AÜHFD**, C. 25, S. 1, s. 13.

⁵³⁰ Zeki Hafızogulları / Devrim Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, **TBB Dergisi**, S. 67, 2009, s. 23.

⁵³¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 592.

⁵³² Kindhäuser, **StAT**, § 2, Rn. 6.

⁵³³ **A.g.e.**, Rn. 7.

⁵³⁴ İşlenemez suçun suç genel teorisindeki yeri için bkz. *I. Bölüm, III*.

⁵³⁵ Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 140.

aynı kişide birleşebilir⁵³⁶. Örneğin (A), bir tüfek atışıyla (B)'yi öldürürse, (B) kişisi (insan) kasten öldürme suçunun hem maddi konusu hem de pasif süjesi olacaktır. Bununla birlikte (A), aynı zamanda (B)'nin TCK m. 81 kapsamında korunan hukuki değer olan yaşam hakkını da ihlal etmiş olacaktır⁵³⁷.

Yokluğu halinde işlenemez suça sebebiyet veren suçun konusu ile kastedilen suçun maddi konusudur⁵³⁸. Türk öğretisinde suçun konusu ile ifade edilmek istenilenin suçun maddi konusu olduğunu düşündüğümüzü belirtmekle birlikte, çalışmamızda da suçun maddi konusunu ifade etmek için suçun konusu terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

B. Yokluğun Tespiti

Suçun konusunun yokluğunun ne şekilde tespit edileceği ve hangi yokluk hallerinde işlenemez suça sebebiyet vereceğinin belirlenmesi önemlidir. Hareketin elverişliliğine nazaran yokluğun tespiti daha açık olacağı için doktrinde bu konuda ikili bir ayrıma gidilmiştir. Esasında her iki teori de objektiftir. Elbette ki, suçun konusu ile hareketin elverişliliği arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Ancak bu başlık altında biz, hareketten bağımsız olarak suçun konusunun yokluğuna yer vereceğiz. Bu gibi durumlarda failin hareketi her ne kadar elverişli olursa olsun neticenin gerçekleşmesi suçun konusunun yokluğu nedeniyle imkansızdır. Bu bakımdan, suçun konusunun yokluğunu mutlak - nisbi yokluk ve *ex ante* - *ex post* yokluk ayrımına göre belirleyen görüşlere yer vereceğiz.

1. Mutlak – Nisbi Yokluk Ayrımı

Klasik objektif teori ışığında, hareketin elverişsizliğinin belirlenmesinde olduğu gibi suçun konusunun yokluğunun tespiti de mutlak - nisbi yokluk ayrımına göre yapılır. Teori, esas olarak, dış ve objektif bir tehlike var olmadıkça ceza hukukunun harekete geçmesine ve teşebbüsten dolayı cezalandırmaya gerek olmadığı görüşüne dayanır⁵³⁹. Buna göre mutlak yokluk, failin suç işleme iradesinin

⁵³⁶ Ünver, **a.g.e.**, s. 143.

⁵³⁷ Wessels / Beulke / Satzger, **a.g.e.**, § 1, Rn. 8.

⁵³⁸ *Alacakaptan*, suçun (veya hareketin) maddi konusunu mevzuu terimiyle ifade etmektedir. *Alacakaptan*, **İşlenemez Suç**, s. 113.

⁵³⁹ Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 163.

gerçekleşmesini imkansız hale getiren yokluktur⁵⁴⁰. Failin ölmüş bir kimseyi öldürme çabası; insan zannedilen ağaç gölgesine ateş edilmesi; çocuğunu düşürmek için ilaç alan kadının gerçekte gebe olmaması ya da hırsızlık için girilen mekanın boş depo çıkması örneklerinde konu bakımından mutlak yokluk hali bulunmaktadır⁵⁴¹. Bu gibi durumlarda failin hareketi ne kadar neticeyi meydana getirmeye elverişli olursa olsun neticenin meydana gelmesi suçun konusunun mutlak yokluğu nedeniyle imkansızdır. Buna karşılık, suçun konusunun tesadüfen bulunmamasından ya da esasen mutlak bir yokluk olmamasına rağmen hareketin gerçekleştiği anda geçici bir yokluk nedeniyle suçun konusunun yokluğu durumunda bunun nisbi olduğu kabul edilir⁵⁴². Failin, mağdurun az önce kalktığı yatağa bıçak saplaması; yankesicinin elini dolu olan sağ cep yerine boş olan sol cebe atmış olması veya bina sahibinin eşyalarını az önce başka bir yere sevk etmiş olması nedeniyle hırsızlık amacıyla girilen evin boş çıkması gibi durumlarda ise nisbi yokluk vardır⁵⁴³. Bu tür durumlarda fail hareketlerine devam etseydi öldürmek istediği şahıs yatağına dönebilir, mağdurun öbür cebinde çalınabilecek eşya bulunabilirdi⁵⁴⁴. Bu görüşe göre, nisbi yokluk durumlarında neticenin meydana gelmesindeki imkansızlığın mutlak olmadığı; diğer bir deyişle fail ne yaparsa yapsın elde etmek istediği neticenin meydana gelmesinin imkansız olmadığı, nisbi yokluk hallerinde bu imkansızlığın nisbi olduğu söylenmelidir. Bu nedenle suçun konusunun yokluğunun tespitinde, mutlak - nisbi yokluk ayrımı esas alınıyorsa, mutlak yokluk hallerinde işlenemez suçun varlığının kabul edilmesi; nisbi yokluk hallerinde ise failin teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir.

Mutlak - nisbi yokluk ayrımı yapılırken, hakim, somut olaya göre uygun nedensellik anlayışından ve günlük hayat tecrübelerinden yararlanarak, normal bir insanın bakış açısıyla yapacağı değerlendirme ile maddi konunun bulunması muhtemel ise nisbi yokluk dolayısıyla teşebbüs; mutlak olarak imkansız ise mutlak yokluk nedeniyle işlenemez suç sonucuna ulaşmasının gerekeceği doktrinde ifade edilmiştir⁵⁴⁵.

Mutlak - nisbi yokluk ayrımı, suçun konusunun mutlak ve nisbi olarak net bir ayrıma tabi tutmanın mümkün olamayacağı gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır.

⁵⁴⁰ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 115; Albrecht, **a.g.e.**, s. 8.

⁵⁴¹ Örnekler için bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 115 vd.; Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 164.

⁵⁴² Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 116.

⁵⁴³ Örnekler için bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 116; Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 164.

⁵⁴⁴ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 116.

⁵⁴⁵ Carlo Fiore, **II Reato Impossible**, Napoli, 1959, s. 146 (naklen, Aksoy İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 110).

Eleştiriler öncelikle hangi durumlarda yokluğun mutlak hangi durumlarda nisbi olduğunun belirlenmesi açısından net bir ölçütün ortaya konulamayacağı üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu doğrultuda esasında mutlak yokluk halinde de nisbi yokluk halinde de neticenin gerçekleşmesi imkansızdır. İmkansızlık ister nisbi olsun ister mutlak olsun suç neticesi meydana gelmeyeceği için sonuç aynı olacaktır⁵⁴⁶. O an evde olmayan kimseyi öldürmeye çalışmakla ölü bir kimseyi öldürmek açısından her iki durumda da imkansızlığın aynı derecede olduğu, teşebbüs dolayısıyla cezalandırmanın temelini oluşturan “*tehlike*”nin gerçekleşmediği doktrinde konuyu değerlendiren yazarlarca ifade edilmiştir⁵⁴⁷. Bu nedenle mutlak - nisbi yokluk ayrımının tehlike kavramı dikkate alınmadığı hallerde başvurulabilir bir yol olduğu; bu ayrımın tehlikeye etkisi itibarıyla mağdurun örneğin mutfığa veya Amerika'ya gitmiş olması arasında bir fark gözetilemeyeceği, bunun ise teoriyi mantık dışı hale getireceği belirtilmiştir⁵⁴⁸.

Ayrıma ilişkin bir diğer eleştiri konusu, nisbi yokluğun, failin hareketlerine devam etmesi halinde neticeye ulaşma imkanına göre tespit edilmesinin yeterli bir kriter olarak kabul edilemeyeceğidir. Zira, failin yatağından az önce su içmek için kalkmış olan kimseyi öldürme amacıyla boş yatağa ateş etmesi örneğinde failin hareketi yatağa ateş etmesiyle tamamlanmıştır. Failin, su içtikten sonra yatağına dönen mağduru öldürmeye çalışması yeni ise bir hareket olacaktır⁵⁴⁹. Hareketin ileride tekrarlanabilir olması suçun ilk hareketin devamı niteliğinde değildir.

Doktrinde mutlak ve nisbi yokluk ayrımını eleştiren *Taner*, suçun maddi konusundaki mutlak yokluğunun tesadüf eseri meydana gelebileceği ve neticenin yalnızca bu tesadüf dolayısıyla meydana gelmemiş olduğu durumlarda objektif teorinin uygulanmasının haksız bir cezasızlığa yol açabileceğini haklı olarak ifade etmiştir. Bu görüşünü verdiği örnekle destekleyen *Taner*, her gece aynı saatte uyumayı alışkanlık haline getirmiş bir kimseyi öldürmek üzere yatağa doğru ateş eden failin, mağdurun su içmek üzere yatağından kalkmış olması nedeniyle suçun konusunun mutlak yokluğu sebebiyle cezasız kalması gerekeceği, bunun ise haksız olduğu sonucuna varmaktadır⁵⁵⁰. *Alacakaptan*, bu tür durumlarda yokluğun nisbi olduğunu belirtmekle birlikte, benzer bir yaklaşımda bulunarak, bu ayrımın özellikle nisbi

⁵⁴⁶ *Taner*, **a.g.e.**, kn. 189.

⁵⁴⁷ *Alacakaptan*, **İşlenemez Suç**, s. 116.

⁵⁴⁸ **A.g.e.**, s. 116 vd.

⁵⁴⁹ *Fiore*, **a.g.e.**, s. 152 (naklen, *Alacakaptan*, **İşlenemez Suç**, s. 119).

⁵⁵⁰ *Taner*, **a.g.e.**, kn 187.

yokluğun belirlenmesindeki ölçüt bakımından ifrat sonucuna düşüreceği endişesiyle eleştirmiştir⁵⁵¹.

2. *Ex Ante – Ex Post Yokluk Ayrımı*

Objektif nitelikte olan *ex ante* - *ex post* ayrımı, mutlak - nisbi ayrıma benzer bir yaklaşımda bulunmuş ve fakat bu defa yokluğun tespiti için ortaya farklı bir kriter koymuştur. Buna göre, suçun konusunun yokluğu, hareketin yapıldığı anın öncesi ve sonrasındaki yokluk durumuna göre bir ayrıma tabi tutulmalıdır. Bu fikri savunan yazarlarca ancak bu ölçütün uygulanması halinde, hareketin başlangıcından sonuçlanmasına kadar failin işlemek istediği suç tipinin gerçekleşmesinin imkansız olup olmadığının belirlenebileceği ifade edilmiştir⁵⁵².

Suçun konusuna göre işlenemez suçun veya teşebbüsün varlığının tespiti hareketin başlama anına göre yapılacak ve hareket başladığı anda veya hareket başladıktan sonra suçun konusunun yokluğu tespit edilmişse teşebbüs hükümleri uygulanacak; eğer hareketin başlamasından önce suçun konusunun yokluğu tespit edilmiş ise bu durumda işlenemez suç söz konusu olduğu kabul edilecektir. Diğer bir deyişle, hareketten önceki duruma göre suçun konusunun yokluğunun tespiti halinde işlenemez suç ortaya çıkacaktır.

Ex ante - *ex post* ayrımı benimseyen yazarlarca, konunun mevcut olup olmadığının belirlenmesinde esas alınacak anın failin icra hareketlerine başladığı an olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret edilmiş ve bu durum şu örneklerle açıklanmıştır: Kendisine tehdit mektubu gönderilen kişi, mektubu okumadan önce ölse yahut evine hırsızların girdiğini çıkardıkları gürültüyü duyarak fark eden ev sahibi kıymetli eşyalarını alıp evden kaçarsa, failin cezalandırılması gerekecektir⁵⁵³. Görüldüğü gibi türevleri çoğaltılabilecek bu gibi örneklerde failin icra hareketleri başladıktan sonra suçun konusunun yokluğu durumu söz konusu olmuştur. Buna benzer örneklerde suçun konusunun yokluğunun failin icra hareketlerine başladıktan sonra ortaya çıkmış olduğunu ve neticenin meydana gelmemesinin failin iradesi

⁵⁵¹ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 117.

⁵⁵² **A.g.e.**, s. 118 vd.; Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 305.

⁵⁵³ Tehdit edilen kimsenin faille buluşacağı yere içinde kağıt parçaları olan bir çanta bıraksa ve çanta alınırken polis tarafından şantajcinin yakalanması; eve giren hırsızların duvardaki kabartmayı sökmesi üzerine havayla temas eden kabartmanın toz haline gelmesi veya pencerenin önünde duran kişinin kendisine doğrultulan namluyu görüp kaçması halleri de verilen örnekler arasında sayılmıştır. Bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 119 - 120; Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 304.

dışındaki hallerden kaynaklandığını ortaya koyan *Manzini*, bütün bu hallerde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁵⁴. Böylelikle, *ex ante* - *ex post* ayırımına göre değerlendirme yapılacak olursa, failin icra hareketlerine başladığı anda veya fail icra hareketlerine başladıktan sonra suçun konusunun olmadığı tespit edilirse teşebbüs, fail henüz icra hareketlerine başlamadan suçun konusunun bulunmadığı tespit edilir ise bu kez işlenemez suç gündeme gelecektir.

Elbette ki, *ex ante* - *ex post* ayrımı yapılırken icra hareketlerinin başlangıcı ve hangi noktada bunun devam ettiğinin tespiti önem kazanmaktadır. İcra hareketlerinin başlangıcına ilişkin görüşlerimizi daha evvel ifade etmiştik⁵⁵⁵. Suçun konusundaki yokluk icra hareketlerine başladıktan sonra ortaya çıkar ise, yani failin hakimiyet alanında bulunmasına rağmen neticenin meydana gelmesi failin iradesi dışında bir neden dolayısıyla engellenmiş ise bu durumda teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir. Emekli aylığını az önce bankadan almış olan yaşlı adamı takip eden yankesicinin elini yaşlı adamın parayı koyduğu sol cebi yerine sağ cebine atması örneğinde esasen suçun konusu bulunmaktadır. Zira hırsızlık suçunun konusunu yalnızca para değil, hırsızlığa elverişli herhangi bir taşınır eşya oluşturmaktadır. Belki de daha mühimi, icra hareketleri failin elini herhangi bir cebe atması ile başlamıştır; fail, hareketlerine devam ederek mağdurun diğer ceplerini de yoklayabilecektir⁵⁵⁶. Hırsızlık amacıyla girilen evde failin evin odalarını arayıp yoklamasında da benzer bir durum söz konusudur. Dolayısıyla her iki durumda da, suçun konusunun yokluğu mevcut olmayacaktır; meğerki mağdurun üzerinde veya evde hırsızlığa elverişli bir şey bulunsun⁵⁵⁷.

Bu ayrıma göre suçun konusunun varlığı veya yokluğu tespit edilirken, değerlendirmede bulunan kişi, *ex ante* olarak olay öncesi ana giderek somut olayın o anki koşullarını ve failin olaya ilişkin özel bilgisi de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu değerlendirmeyi yaparken somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak, öncelikle ortalama bir insanın bilgisi ve deneyimleri ile hayatın olağan akışına uygun olarak olayın ne şekilde seyredebileceği tespit edilmeli ve ardından failin somut olaya ilişkin bilgisi esas alınmalıdır. Bunun sonucunda suçun konusunun *ex ante* olarak

⁵⁵⁴ Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, V. I, II, Torino, 1961, s. 465 - 6 (naklen, Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 120).

⁵⁵⁵ Bkz. yukarıda, *Birinci Bölüm, II., C., 2., b.*

⁵⁵⁶ İtalyan ceza hukukçusu *Fiore*, burada tek bir hareketin söz konusu olduğunu ifade etmiş ve dolayısıyla elin tesadüfen boş cebe atılmış olmasını mevzuun yokluğu kapsamında değerlendirmemiştir. Bkz. *Fiore, a.g.e.*, s. 159 (naklen, Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 122).

⁵⁵⁷ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 121 - 122.

yokluğu kabul edilirse bu durumda işlenemez suç oluşacaktır. Suçun konusunun yokluğu failin icra hareketlerine başlamasından sonra söz konusu olacaksa bu durumda teşebbüs hükümlerinin uygulanması cihetine gidilebilecektir. Zira *ex post* yokluk durumunda teşebbüsün failin elinde olmayan sebeplerle neticenin meydana gelmemesi unsuru oluşacaktır. Halbuki işlenemez suçta neticenin baştan itibaren meydana gelmesi imkansızdır.

C. Doktrindeki Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi

Suçun konusunun bulunmaması durumunda öğretide hakim görüş işlenemez suçun söz konusunu olacağını ifade ederken; diğer bir kısım yazar ise ilaveten suçun maddi konusunun yokluğunda objektif teori uyarınca mutlak - nisbi elverişsizlik ayrımını uygulamak suretiyle teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekebileceğini ileri sürmektedir.

Dönmezer / Erman, işlenemez suçun, yapılan hareketlerin elverişsiz olması ya da suç konusunun bulunmaması nedeniyle icra hareketlerinin bitirilmesine veya sonucun oluşturulmasına imkan bulunmayan durumlarda var olduğunu ifade ederek, işlenemez suçta teşebbüs ve işlenebilen suçta teşebbüs ayrımını işaret etmişlerdir⁵⁵⁸. Bu ayrımı yaparken de, failin sonuna kadar götürebileceğine objektif olarak ihtimal verilip verilmemesine göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁵⁹. Ancak bunu yaparken failin neticeyi meydana getirmesine ilişkin imkansızlığın veya elverişsizliğin mutlak veya nisbi olduğu ölçüsünü bir kenara bırakarak, failin hareketinin somut olayda ve günlük hayat tecrübelerine göre neticeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir⁵⁶⁰. Buna göre hakim, fail hareketleri hakkında dışarıdan verilecek değer kuralını üstün tutarak ve *ex post* koşullara göre failin hareketini geriye dönük olarak incelemesi gerekmektedir⁵⁶¹.

Doktrinde tehlike teorisi taraftarlarından *Önder* de, suçun konusunun yokluğu halinde işlenemez suçun varlığını kabul etmektedir⁵⁶². Ancak *Önder*, suçun konusunun yokluğunun ayrıca tespit edilmesine ihtiyaç duymamıştır; yazar, failin hareketinin

⁵⁵⁸ Dönmezer / Erman, C. II, kn. 162.

⁵⁵⁹ A.g.e., kn. 176.

⁵⁶⁰ A.g.e., kn. 174.

⁵⁶¹ A.g.e., kn. 173.

⁵⁶² Önder, a.g.e., s. 423 vd.

suçun konusu üzerinde tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığına göre eyleminin işlenemez suça veya teşebbüse sebebiyet vereceğini savunmaktadır. Buna göre, failin hareketi suç konusu üzerinde tehlike yaratmayacak veya önemsiz derecede bir tehlikeye sebep olacak ise bu durumda işlenemez suçu söz konusu olacaktır⁵⁶³. Elbette ki, tehlike teorisi ile de *ex ante* bir değerlendirmeye failin tasavvuru ile meydana gelmeyen ancak failin gerçekleştirmek istediği neticenin birbiriyle örtüşüp örtüşmediği tespit edilmektedir. Bu açıdan yazarın mutlak - nisbi ayrımını esas almadığı, *ex ante* - *ex post* ayrımını esas aldığı söylenebilecektir.

İçel, suçun maddi konusu bulunmaması nedeniyle failin suçu işleyememesi durumunda işlenemez suç meydana geleceğini ifade etmiştir. Yazar, suçun konusunun yokluğunun ayrıca ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmamış ancak tarafı olduğunu ifade ettiği tehlike teorisi uyarınca failce gerçekleştirilen hareketin suç konusu üzerinde herhangi bir tehlike yaratmayacak nitelikte olduğu veya meydana gelebilecek tehlikenin önemli olmadığı durumlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağını ve bu nedenle failin cezalandırılmasının gereksiz olduğunu belirtmiştir⁵⁶⁴.

Alacakaptan, “suçun konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalmak durumunda olan davranış şekli”ni de işlenemez suç tanımı içerisinde vererek suçun konusunun bulunmamasını işlenemez suç olarak değerlendirmektedir⁵⁶⁵. Bununla birlikte suçun konusunun yokluğunu mutlak, nisbi, arızı veya tesadüfi olmasına göre tespit etmek ve bu tespite göre suçu işlenemez suç veya teşebbüs aşamasında kalmış suç olarak değerlendirilmenin tatmin edici olmayacağını ifade etmiştir. Bunun yanı sıra yazar, sübjektif görüş taraflarınca öne sürülen bazı esasların da kabul edilmesi gerektiğini, zira bu gibi durumların teşebbüsün temel unsurlarından biri olan failin elinde olmayan sebep kavramının sınırları içerisinde olduğunu, tesadüfi - nisbi yokluk halinde örneğin, evine hırsız girdiğini fark ederek kıymetli eşyalarını gizleyen kimsenin hareketinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁶⁶. Gerçekten de yazarın bu görüşüne katılmamak elde değildir, zira bu durumda tesadüfi - nisbi yokluk bakış açısıyla isabetli bir yorum yapılmış olsa da, bu görüş her zaman doğru sonucu vermeye müsait değildir. Bu sebeple, *Alacakaptan* da, hareketin elverişliliğinin tespitinde olduğu gibi, suçun konusunun yokluğunun da keyfi

⁵⁶³ A.g.e., s. 425 vd.

⁵⁶⁴ İçel, a.g.e., s. 527.

⁵⁶⁵ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 1.

⁵⁶⁶ A.g.e., s. 124.

yorumlara yol açmaya müsait ölçütlerden uzaklaşarak objektif anlayışa uygun olarak tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiş ve *ex ante* değerlendirmeye taraf olduğunu belirtmiştir. Buna göre, suçun konusunun yokluğunu değerlendirirken ortalama bir insanın bilgi ve tecrübeleri ile failin o olay bakımından özel bilgilerini de göz önünde bulundurarak hareketin yapıldığı an itibarıyla neticenin meydana gelip gelmeyeceğinin araştırılması gerekmektedir. Böylelikle, diğer teorilerin de cezalandırılacağını kabul ettikleri hipotezler dışında kalan hallerde de teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün hale gelebilecektir⁵⁶⁷.

Doktrinde *Soyaslan*'a göre, suç konusunun yokluğu halinde, failin tasavvur ettiği düşüncüyü gerçekleştirme mümkün olmayıp, failin suç işleme niyeti açığa çıkmasına rağmen korunan hukuki menfaate bir zarar verilmesi tehlikesi açığa çıkmaması nedeniyle failin cezalandırılması mümkün değildir. Bu durumda ne suçun icrasına başlanılmıştır ne de hareketin elverişliliğinden söz edilebilir. Şu halde, suç konusunun yokluğunda da fail suç işlemeyi istemekte ve esasen bir suç işlediği hususunda inancı bulunmaktadır. Oysa gerçekte failin bu suçu işlemesi suçun konunun yokluğu sebebiyle imkansızdır. Bu bakımdan yazar ifade ettiği görüşleriyle suçun konusunun yokluğunun işlenemez suça sebebiyet vereceği görüşündedir⁵⁶⁸. Suçun konusunun yokluğunun ne şekilde tespit edileceği hususunda ise yazar, somut tehlike görüşünü benimsemektedir. Buna göre, suçun konusunun varlığının yahut yokluğunun tespitini hareketin gelişimine göre değerlendirmek gerekir; eğer fail suç planını gerçekleştirmeye başladığı anda suçun konusunun bulunması muhtemel ise bu durumda teşebbüs söz konusu olmalı, muhtemel değil ise işlenemez suç söz konusu olmalıdır⁵⁶⁹. Böylelikle yazar, suçun konusunun yokluğunun *ex ante* olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiş olmaktadır.

Tehlike teorisi taraftarı olduğunu ifade eden *Demirbaş* da, suçun konusunun bulunmadığı hallerden bazılarında bile teşebbüsün mümkün olabileceğini, diğer hallerde işlenemez suçun söz konusu olduğunu; bunun tespitini ise hakim normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini göz önünde bulundurarak, çoğunlukla gerçekleşen olayları ve failin somut olay üzerindeki bilgisinin de dikkate alınarak

⁵⁶⁷ A.g.e., s. 125 vd.

⁵⁶⁸ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 324 vd.

⁵⁶⁹ A.g.e., s. 328 vd.

tespit edilmesi gerektiğini ve mutlak - nisbi yokluk ayrımı yapmanın yerinde olmadığını ifade etmiştir⁵⁷⁰.

Suçun konusunun yokluğunu işlenemez suç olarak nitelendiren yazarlardan *Özgenç*, suç konusunun yokluğunun hareketin elverişsizliği kapsamında olmadığını, icra edilen hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişsiz olmasıyla, suçun konusunun yokluğu durumunu birbirine karıştırmamak gerektiğini ifade etmiştir⁵⁷¹. Aynı şekilde doktrinde suçun konusunun bulunmamasının işlenemez suç değerlendirmesine sebebiyet verebileceği görüşünde olan yazarlardan bir diğeri olan *Koca / Üzülmaz* de, suçun konusunun yokluğu halinde faile teşebbüsten ceza verilemeyeceğini, zira kişinin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için suçun konusunu tehlikeye sokan veya ona zarar veren hareketlerin gerçekleştirmiş olması gerektiğini; aksi durumda suçun maddi konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç söz konusu olacağını savunmaktadırlar⁵⁷². *Özgenç* ve *Koca / Üzülmaz* benzer görüşü paylaşarak, suçun konusunun mutlak - nisbi yokluk şeklinde değerlendirmeye tabi tutulamayacağını belirtmiş, doktrinde farazi olarak nisbi yokluk olarak isimlendirilen hallerin aslında failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamaması unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, suçun konusunun yokluğu hususundaki değerlendirmenin her olayın özelliklerinin göz önünde bulundurarak yapılmasını gerektiğini ifade etmişlerdir⁵⁷³.

Özbek / Doğan / Bacaksız da suçun konusunun bulunmamasını işlenemez suç kapsamında değerlendirmektedirler⁵⁷⁴. Ancak yazarlar, suçun konusunun yokluğunun tespitini ayrıca değerlendirmemiş, hareket kavramı dahilinde harekete bağlı tüm unsurlarla birlikte değerlendirmişlerdir. Buna göre, tamamen somut olayın özelliklerinden ve günlük hayat tecrübelerine göre, failin hareketinin gerçekleştirmek istediği netice bakımından elverişliliği ele alınarak, failin amacı ve bu kapsamdaki bilgisinin belirleyeceği olacağı ifade edilmiştir⁵⁷⁵.

Buraya kadar paylaştığımız yazarların görüşleriyle aynı doğrultuda Yargıtay da ulaşabildiğimiz konuyla ilgili bir içtihadında, somut olayda özetle çalınan paranın

⁵⁷⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 516 vd.

⁵⁷¹ Özgenç, **a.g.e.**, s. 561.

⁵⁷² Koca / Üzülmaz, **a.g.e.**, s. 428.

⁵⁷³ Özgenç, **a.g.e.**, s. 561 vd; Koca / Üzülmaz, **a.g.e.**, s. 431 vd.

⁵⁷⁴ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 467.

⁵⁷⁵ **A.g.e.**, s. 470.

sahte olması sebebiyle ekonomik değeri bulunmaması karşısında suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç söz konusu olduğuna kanaat getirmiştir⁵⁷⁶.

Yargıtay, buradaki görüşe paralel olarak suçun konusunun yokluğunu değerlendirmiş olduğu, suçun konusunun tesadüfi - nisbi yokluğu nedeniyle teşebbüsün mümkün olduğuna ilişkin değerlendirme yaptığı bir diğer kararında ise, suçun konusunun yokluğunun *ex ante* metotla ve normal insanın deneyimlerine göre tespit edilmesi gerektiği kanaatine varmış ancak suçun konusunun yokluğunu mutlak - nisbi yokluk ayırımına tabi tutmuştur:

“Gerçekten, failin cürmi hareketinin yöneldiği nesneye, Ceza Hukukunda “suçun maddi konusu” denilmekte ve bu konu suç kastının kapsamı içinde kalmaktadır. Hırsızlıkta maddi konu, taşınır mal olup, suç anında onun varlığı ya da yokluğu, eylem sonrası değil, eylem öncesi bir değerlendirmeyle her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanılmak gerekir. Bu saptanmada varılan olumsuz sonuç, yani maddi konunun kesin olarak yokluğu, işlenemez (muhal, imkansız) suç; olumlu sonuç, yani maddi konunun nisbi yokluğu ise, eksik kalkışma aşamasında kalmış suç

⁵⁷⁶ “Suça sürüklenen çocuk ...'in şikayetçiye ait işyerinden yalnızca, sahte olması münasebetiyle ekonomik değeri bulunmayan 200 TL parayı çaldığı hususu sübuta ermiş ise de, "Yeni Türk Ceza Adalet Sistemi"nde elverişsiz teşebbüsü cezalandırmanın mümkün olmadığı, suç konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez bir suçun söz konusu olduğu, sabit kabul edilen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmadığının anlaşılması karşısında, CMK'nın 223/2-a maddesi hükmü uyarınca suça sürüklenen çocuk ...'in hırsızlığa teşebbüsten beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” **Yargıtay 13. CD, E. 2015/17287, K. 2017/5738, T. 22.5.2017.** Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun düzenlendiği TCK m. 245'in 1. fıkrasında yer alan başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçunda hesapta para olmaması veya kartta limit bulunmaması nedeniyle failin yarar sağlayamaması durumunda işlenemez suçun söz konusu olacağına ilişkin bkz. Güneş Okuyucu - Ergün, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, s. 1073. Ayrıca bu yönde, sanığın çaldığı kredi kartlarından para çekmeye çalıştığı ancak kartların kullanıma kapalı olması nedeniyle çekemediği olayda Yargıtay da sanığın söz konusu eyleminin işlenemez suç olduğuna kanaat getirmiştir: “Sanık hakkında başkasına ait banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suretiyle yarar sağlama suçundan kurulan hükme yönelik temyiz incelemesine gelince; Sanığın, işyerinden çaldığı katılana ait kredi kartlarından para çekmeye çalıştığı ancak kartların kullanıma kapalı olması nedeniyle çekemediği olayda; sanığın eyleminin işlenemez suç niteliğinde olduğu gözetilerek atılı suçtan beraati yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” **Yargıtay 8. CD, E. 2018/1625, K. 2019/13067, T. 4.11.2019;** çalınan suça konu kredi kartına aynı gün banka tarafından çalıntı blokesi konulması nedeniyle kartın kullanılmasının mümkün bulunmadığı ve bu nedenle eylemin işlenemez suç olarak nitelendirildiği bir başka karar: “Müştekiye ait suça konu kredi kartının 14.12.2005 tarihinde çalınması ve aynı gün banka tarafından çalıntı blokesi konulmasından sonra, sanığın 30.01.2006 tarihinde kiraladığı araç için, ele geçirdiği müştekiye ait kredi kartını araç kiralama şirketinde çalışan tanığa verdiği, tanığın teminat karşılığı olarak kredi kartından slip çektiği, sanığın zamanında aracı teslim etmemesi üzerine tanığın teminatı tahsil etmek için bankaya gittiğinde karta bloke konulması nedeniyle alacağını tahsil edemediği olayda; karta bloke konulması nedeniyle kullanılmasının mümkün bulunmayıp işlenemez suç niteliğinde olduğu gözetilerek sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” **Yargıtay 8. CD, E. 2013/9731 K. 2014/7350 T. 24.3.2014.**

uygulanmasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşının girdiği lokantadaki masa çekmecesinde para bulunması, yukarıdaki ölçülere ve ortak deneyimlere göre, doğal ve olağandır. O yüzden suç anında paranın çekmecede bulunmaması, maddi konunun niteliğine göre, mutlak değil, nisbi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez (muhal, imkansız) suç bulunduğu ileri sürülmeyecek ve eylem hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturacaktır”⁵⁷⁷.

Bununla birlikte öğretide, yeni objektif teori -anılan diğer adıyla tehlike teorisi- uyarınca *ex ante* - *ex post* ayrımı esas alan yazarlar olduğu gibi, mutlak - nisbi yokluk ayrımını kabul eden görüşler de mevcuttur.

Bu görüşteki yazarlardan *Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır*, işlenemez suç yönünden hukukumuzda, failin yanılması sebebiyle sonucun meydana gelmesine ilişkin imkansızlık yönünden, hali hazırda mutlak ve nisbi imkansızlık ayrımının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu doğrultuda mutlak ve nisbi imkansızlık ayrımını kabul eden yazarlara göre imkansızlık mutlak ise işlenemez suçun varlığı sebebiyle faile ceza verilemez. Buna göre, suçun konusuna ilişkin mutlak imkansızlık halinde (örneğin öldürmek istenen kişinin daha önce ölmüş olması durumunda) işlenemez suçun varlığı kabul edilmesi gerektiği; buna karşılık suçun konusuna ilişkin nisbi imkansızlık halinde esasen suçun konusunun yokluğundan bahsedilemeyeceği; suçun konusunun yalnızca fiilin icrası sırasında failin bulunduğunu zannettiği yerde

⁵⁷⁷ Kararın yukarıda verdiğimiz kısmın devamında yer alan değerlendirme de ilgi çekicidir. İlk derece mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet hükmüne karşı verilen bozma kararı, ceza hukukunun ruhuna uygun olarak gerekçelendirilmiştir: “*Bu açıdan mahkemenin suç niteliğini belirlemede bir yanılışı söz konusu değildir. Ancak, sanık ve arkadaşının yöneldikleri suçun maddi konusu paranın miktarı, yokluk nedeni ile sanık dahil kimse tarafından bilinemeyecektir. Oysa TCK. nun 522. maddesi mala (malvarlığına) karşı işlenen cürümlerde ortak bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca, suç anındaki tarafların konumları, ülkenin ekonomik koşulları ve paranın satın alma gücü gözetilerek suçun yöneldiği malın değerinin "pek fahiş", "normal", "hafif" ya da "pek hafif" olup olmadığı saptanılarak buna göre uygulama yapılmalıdır. Olayımızda çekmecede alınacak para olmadığı için zorunlu olarak değerini sanık yararına "pek hafif" olarak kabulü gerekir. Çünkü ceza davasının temel amacı, her konudaki kuşkunun yenilip kesinliğe dönüştürülmesidir. Çağdaş yargılama hukukunda kanıtlanmamış ve karanlıkta kalmış bir nokta, karineye dayanılarak kanıtlanmış varsayılmaz. O nedenle sanığın "pek fahiş" bir mal üzerinde hırsızlık suçunu işlemek istediği belli olmadığından, hakkında verilen ceza artırılmayacak; buna karşılık aynı malın değeri hiç bir zaman bilinemeyeceğinden normal ve hafif de denilemeyecek ve fakat alınacak paranın (malın) "pek hafif" sayılması mümkün bulunduğu ve eylemle maddi duruma ilişkin olan değer konusundaki kuşku yenilemediğinden, "kuşkudan sanık yararlanır" kuralı uyarınca sanık hakkında TCK. nun 522. maddesi hükmü pek hafif ölçüsüne göre zorunlu olarak uygulanacaktır. Esasen sanıkların açıklıklarını gidermek için çalmak istedikleri ekmeğin de pek hafif sayılacağı, ayrıca kanıtı gerek göstermeyen açık ve maruf bir olgudur” **Yargıtay, 6. CD, E. 1983/4019, K. 1983/5620, T. 14.6.1983.** Benzer başka bir kararda: “*Oluşa göre; sanığın, müştekiye ait mobilya dükkanına girerek etrafı karıştırıp götüreceği bir şey bulamayınca ekonomik değeri olmayan boş çekler ile iptal edilmiş senetleri alıp gitmekten ibaret eyleminin hırsızlığa eksik teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...bozmayı gerektirmiştir” **Yargıtay 6. CD, E. 1986/9046, K. 1986/11395, T. 16. 12. 1986.****

olmadığı (örneğin paranın failin elini attığı değil başka cepte olması gibi) durumlarda ise teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği yazarlarca ifade edilmektedir⁵⁷⁸.

Yargıtay'ın da mutlak - nisbi yokluk değerlendirmesine göre hareket ederek, nisbi yokluk nedeniyle teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğine yönelik içtihatları bulunmaktadır. Yargıtay kararına konu somut bir olayda müştekilere ait işyerine giren ancak çalınacak kıymetli eşya bulamayıp bir şey almadan çıkan sanıkların eyleminin hırsızlık suçuna teşebbüs olarak değerlendirildiği görülmektedir⁵⁷⁹.

Kanaatimizce suçun konusunun bulunmaması nedeniyle meydana gelen işlenemez suçun ve dolayısıyla işlenemez suç olmaması halinde teşebbüs sorumluluğunun tespitinde, tehlike teorisi- uyarınca *ex ante* - *ex post* ayrımı esas alınmalıdır. Zira mutlak - nisbi yokluk gibi ölçütlere nazaran bu ayrım daha objektif kriterler ortaya koymaktadır. Nitekim, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, doktrinde de baskın görüş bu doğrultudadır. Dolayısıyla biz de, yukarıda yer vermiş olduğumuz çoğunluk görüş doğrultusunda, suçun konusunun yokluğunun hareketin elverişsizliğinden ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini düşünüyoruz. Yapılacak bu değerlendirmenin *ex ante* olarak yani hareketin gelişmesi ve sonrasında öğrenilebilecek durumlar nazara alınmadan (zira *ex post* bir değerlendirme ile hareketten sonra ortaya çıkan bir imkansızlık suça teşebbüse mahal verebilecektir) ve objektif bir biçimde somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak yapılması gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken, ortalama bir insanın deneyimlerine ve “büyük sayılar yasası” olarak adlandırılan teori uyarınca hayatın olağan akışına göre, istatistiksel olarak ve çoğunlukla gerçekleşmesi muhtemel durumlar dahilinde ve failin somut olaya ilişkin özel bilgisi de ele alınarak, hareketin gerçekleştiği anda, suçun konusunun varlığının muhtemel olup olmadığının tespit edilmesinin doğru olacağı kanaatindeyiz.

Bizim de kabul ettiğimiz somut tehlike teorisinin eleştiri noktası olarak, her ne kadar suçun konusunun yokluğundan söz edilse de önemli olanın hareketin tehlikeliliği değil, failin yapmış olduğu hareket ile ortaya koymuş olduğu suç işleme iradesinin toplum bakımından göstermiş olduğu tehlikelilik durumu olduğu

⁵⁷⁸ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **a.g.e.**, s. 715 vd.

⁵⁷⁹ “Müştekilerin beyanı, sanık savunması ve tüm dosya kapsamı içeriği itibarıyla, sanığın, müştekilere ait işyerlerine girdiği, ancak çalınacak kıymetli bir eşya bulunmaması üzerine bir şey almadan çıktığının anlaşılması karşısında, sanığın bu müştekilere karşı işlemiş olduğu hırsızlık suçunun eksik teşebbüs aşamasında kaldığı nazara alınarak hakkında TCK’nun 61. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, ... Bozmayı gerektirmiş, ...” **Yargıtay 10. CD, E. 2004/25426, K. 2005/340, T. 25.01.2005.**

savunulmuştur. Ancak biz bu ayrımı kabul ederken işlenemez suçun varlığının tespiti üzerinde yoğunlaşmış bulunmaktayız. Suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suçun varlığının kabulünden sonra failin bu eylemi nedeniyle cezalandırılıp cezalandırılmayacağının ise ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan suçlardan biri olan belgede sahtecilik suçları bakımından⁵⁸⁰, suçun konusunu oluşturan belgenin iğfal kabiliyeti (aldatma yeteneği) taşımaması halinde işlenemez suç söz konusu olacağı doktrinde ifade edilmektedir⁵⁸¹. Belgede sahtecilik suçlarının konusunu (resmi veya özel) belge teşkil etmektedir. İğfal kabiliyeti ise, belgenin aldatıcı nitelikte olmasını ifade etmektedir⁵⁸². Belgede sahtecilik suçunu meydana getiren seçimlik hareketlerden, belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi ve kullanılması, suçun hareket unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla iğfal kabiliyeti olmayan bir belge de, belge vasfını yitirmemektedir ve bu nedenle kanaatimizce belgenin iğfal kabiliyetini haiz olmaması durumunda suçun konusunun yokluğundan bahsedilemeyecektir. Eğer ki, suçun konusunu “başkalarını aldatacak şekilde değiştirilen belge” oluşturmuş olsaydı, bu durumda suçun konusunun yokluğundan bahsedilebilecekti. Ancak “belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi ve kullanılması”, suçu meydana getiren seçimlik hareketlerden birini teşkil etmektedir. Bu nedenle belgenin iğfal kabiliyeti

⁵⁸⁰ TCK'da belgede sahtecilik suçları resmi belgede sahtecilik ve özel belgede sahtecilik suçu olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. *Belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi ve kullanılması*, her iki suç bakımından da seçimlik hareket olarak yer almaktadır. Resmi belgede sahtecilik suçu (m. 240): “*Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”. Özel belgede sahtecilik suçu (m. 207): “*(1) Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”. Bu nedenle, konuyu her iki suçu kapsamı bakımından “*belgede sahtecilik suçları*” olarak ifade etmekteyiz.

⁵⁸¹ Sahir Erman, **Sahtekarlık Cürümleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1952, s. 223; Zeki Hafızogulları / Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Topluma Karşı Suçlar**, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 141; Fahri Gökçen Taner, “Özel Belgelerde Sahtecilik Suçları Bağlamında Maddi Hasarlı Trafik Kazası Tespit Tutanakları (Kağıt ve Elektronik) ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, **CHD**, S. 35, 2017, s. 130.

⁵⁸² Yargıtay'ın yerleşik içtihadında, resmi ve özel belgede sahtecilik suçlarında, suç konusu belgenin iğfal kabiliyetini haiz olmasını gerekli bulduğu görülmektedir: “...suça konu belgenin, duruşmada incelenerek özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması ve denetime olanak verecek şekilde dosya içerisine konulmasından sonra iğfal kabiliyeti bulunup bulunmadığının karar yerinde tartışılarak sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik incelemeyle hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir.” **YCGK, E. 2019/431, K. 2020/107, T. 18.2.2020**; “Sürücü belgesinin ele geçmediğinin açıkça anlaşılmakta olup, adli emanette belgenin fotokopisinin bulunmaktadır. Fotokopiden ibaret belgenin iğfal kabiliyetinin bulunmayacağı gibi, belgede nesnel olarak aldatıcılık yeteneğinin bulunması ve aldatma keyfiyetinin belgeden objektif olarak anlaşılması gerektiği, muhatabın hatasından, dikkatsizlik veya özensizliğinden kaynaklanan fiili iğfalin, aldatma yeteneğinin varlığını göstermeyeceği cihetle, “resmi belgede sahtecilik” suçunun unsurlarının oluşmayacağı gözetilmelidir.” **Yargıtay 11. CD, E. 2015/8845, K. 2015/31331, T. 26.11.2015**.

taşınamaması durumunda failin eyleminin, failin hareketinin (konu üzerindeki) elverişsizliği sebebiyle işlenemez suç olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

Suçun konusunun yokluğu bahsinde önemli diğer bir husus, suçun konusunun birden fazla olduğu suç tiplerinde, bunlardan birinin yokluğu halinde durumun ne olacağıdır. Örneğin, yağma suçunda darp edilen kişinin üzerinde para veya sair eşya bulunmaması halinde, failin yalnızca kasten yaralama suçundan mı sorumlu tutulması gerekir; yoksa yağma suçuna teşebbüs mü söz konusu olacaktır? Yargıtay kararına konu teşkil eden örnek bir olayda, sanıklar mağdura bıçak gösterip tehdit ederek mağdurdan para istemiş, ancak mağdurun parasının olmadığını söylemesi üzerine, mağdura kafa atmış ve mağdurun üzerini arayıp para bulanamayınca olay yerinden ayrılmışlardır. Yargıtay bu olayda, suçun konusunun yokluğuna rağmen yağma suçuna teşebbüsten hüküm kurulması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁸³. Yüksek Mahkeme, mağdurun üzerinde para bulunmamasını nisbi yokluk olarak değerlendirerek doğru sonuca ulaşmıştır; ancak kanaatimizce suçun konusunun yokluğu, *ex ante* olarak hareketin gerçekleştiği andaki koşullara göre ve failin olaya ilişkin özel bilgisi de dikkate alınarak, ortalama bir insanın bilgi ve tecrübeleri doğrultusunda suçun konusunun varlığının muhtemel olup olmadığının değerlendirilmesi suretiyle tespit edilmelidir.

Benzer şekilde örnek teşkil edebilecek, uyuşturucu madde bağımlısı sanığın uyuşturucu almak için annesini darp ederek para istediği ancak annesinin parası olmadığı için yerel mahkemenin kasten yaralama suçundan hüküm kurduğu bir diğer

⁵⁸³ “24.12.2014 tarihinden yaklaşık 1 ay önce (24.11.2014) sanık ve suç arkadaşı ...'in mağduru durdurup sigara parası istedikleri, mağdurun olumsuz yanıtı üzerine sanık ve suç arkadaşının mağduru darp edip 10 TL parasını aldıkları, 26.11.2014 günü sanık ve suç arkadaşı ...'in mağduru durdurup tehditle sigara parası istedikleri, mağdurun parasının olmadığını söylemesi üzerine sanık ve suç arkadaşının ayrıldıkları, 24.12.2014 gününden yaklaşık 2 hafta önce (09.12.2014) sanık ve suç arkadaşı ...'in yolda yürüten mağduru durdurup tehditle sigara parası istedikleri, mağdurun olumsuz yanıtı üzerine sanık ve suç arkadaşının mağdurun üzerini aramak istedikleri sırada yanlarına çevreden vatandaşların gelmesi üzerine sanık ve suç arkadaşının ayrıldıkları, 24.12.2014 günü mağdurun okul bahçesinde oynadığını gören sanık ve suç arkadaşı ...'in mağduru bahçe dışına çağırdıkları, mağdurun gitmek istememesi üzerine sanığın suç arkadaşı ...'in bıçak gösterip “Senin boş anını buluruz, o zaman çıkmama sebebin öğreniriz” dediği, sanık ve suç arkadaşının yanına gelen mağdurdan sigara parası istedikleri, mağdurun parasının olmadığını söylemesi üzerine sanığın suç arkadaşı ...'in mağdura kafa atıp mağdurun üzerini aradıkları, mağdurun üzerinde bir şey bulamayan sanık ve suç arkadaşının ayrıldıkları, olaylarda; Sanık ve suç arkadaşının 24.11.2011 tarihinde mağdurun parasını aldıktan sonraki zaman dilimi içerisinde sigara parası adı altında bir miktar parayı daha almak istemeleri şeklinde gerçekleşen teşebbüs aşamasında kalan eylemler nedeniyle sanık hakkında ayrıca yağmaya kalkışma suçundan hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde tek yağma suçundan hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 6. CD, E. 2017/1681, K. 2019/6302, T. 19.12.2019.

olayda, Yargıtay sanığın kastını dikkate alarak yağma suçuna teşebbüsten hüküm kurulması gerektiği gerekçesiyle bozmaya hükmetmiştir⁵⁸⁴.

Yargıtay kararlarına da konu olan yağma gibi bileşik suçlarda suç konusunu birden fazla şey teşkil edebilir. TCK m. 148'de yer alan yağma suçunda, *“Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi”*nin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Cebir suretiyle yağma suçunun işlendiğinin farz edildiği bir olayda, fail esasında hem kasten yaralama hem de hırsızlık suçlarını işlemektedir. Kasten yaralamada suçun konusunu teşkil eden şey kişi, insan iken hırsızlıkta taşınır eşyadır. Bunlardan birinin yokluğu halinde, örneğin, aralarında husumet bulunan iş yeri sahibini darp edip mallarını çalmak üzere giden kişinin, iş yerinde kimseyi bulamaması nedeniyle yalnızca orada bulunan malları çalıp çıkması halinde, iş yeri sahibinin orada bulunması (örneğin, gece vakti olması sebebiyle) muhtemel olarak değerlendirilemez ise bu durumda kasten yaralama suçu bakımından işlenemez suç söz konusu olacak ve yağma suçuna teşebbüsten söz edilemeyecektir. Buna karşılık, yalnızca orada bulunan malları çalması eylemi sebebiyle hırsızlık suçu söz konusu olabilecektir. Benzer şekilde Yargıtay kararına yansıyan olaylarda olduğu gibi bir kimseyi darp eden ancak hırsızlığa konu eşya bulunmadığı için hırsızlık suçunun işlenmediği olayda yağma suçuna teşebbüsten hüküm kurulmuştur. Kanaatimizce iki örnek arasında objektif olarak bir fark bulunmamakla birlikte, Yargıtay kararlarında da bahsi geçen örneklerde subjektif olarak failin kastı belirlenebildiği için yağma suçuna teşebbüsten hüküm kurulmuştur. Halbuki teşebbüsten hüküm kurulmasını gerektirecek kanuni bir dayanak olayda mevcut değildir; zira suçun konusunun bulunması yapılacak değerlendirme ile muhtemel değil ise işlenemez suç söz konusu olacaktır. Kanaatimizce Yüksek Mahkeme adalet duygusunu tatmin etmek için sırf kastını ortaya koyan faili kanuni dayanaktan uzak bir şekilde cezalandırma yoluna gitmiştir. Tıpkı, hırsızlık amacıyla boş eve girilmesi örneğinde olduğu gibi, bu durumda da bileşik suç oluşturan suçlardan

⁵⁸⁴ “Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın, katılanın oğlu olduğu, uyuşturucu madde bağımlısı olan sanığın uyuşturucu madde almak için annesi olan katılandan zaman zaman para istediği, olay günü annesinden aynı nedenle yeniden para istediği, annesinin parasının olmadığını söylemesi üzerine, sanığın, annesini darp ettiği ancak parasını alamadığı olayda, sanığın özgülünen kastı da dikkate alındığında eyleminin bir bütün halinde yağmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek kasten yaralama suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiştir..” **Yargıtay 3. CD, E. 2019/16406, K. 2019/23201, T. 18.12.2019.**

biri açısından işlenemez suç söz konusudur. Daha evvel ifade ettiğimiz, az önce bankamatikten emekli aylığını almış olan yaşlı adamı takip ederek kalabalıktan istifade ederek elini yaşlı adamın boş cebine atan yankesici örneğinde ise durum böyle değildir. Zira bu örnekte esasen suçun konusu bulunması muhtemeldir fakat fail elini tesadüfen boş cebe atmıştır. Failin boş cebe elini atması ile fail icra hareketlerine başlamıştır ve suçun konusu failin hareketi anında mevcuttur; fail yakalandığı için icra hareketlerini tamamlayamamıştır, bu durumda suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç söz konusu olmayacaktır.

IV. İŞLENEMEZ SUÇTA ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI HALLER

Türk hukukunda işlenemez suçun cezalandırılmaması, dolayısıyla işlenemez suç durumunda ortaya çıkan atipik eylemin suça sebebiyet vermemesi nedeniyle, uygulama alanı bulması veya cezalandırılması buna bağlı olan bazı ceza hukuku kurumlarıyla işlenemez suç arasındaki ilişkinin ne şekilde olacağının çözümlenmesi ihtiyacı doğmaktadır. Özellikle failin ortaya çıkarılması için kolluk güçleri veya başka kimseler tarafından suç işlemeye tahrik edilmesi durumunda veya suçun işleneceğinin önceden haber alınmasıyla failin suçüstü yakalanması durumunda işlenemez suçun neticenin meydana gelmesindeki imkansızlığının özellik arz ettiği belirtilmelidir. Bu gibi durumlarda failin eylemi hareket veya konu bakımından neticeyi meydana getirmeye elverişli iken üçüncü bir kimsenin müdahalesi ile neticenin meydana gelmesi imkansız hale gelmektedir. Dolayısıyla bu tür müdahaleler ile yakalanan failin işlemek istediği suç bakımından teşebbüs hükümlerinin mi uygulanacağının yoksa işlenemez suçun mu söz konusu olacağının belirlenmesi gereklidir.

İşlenemez suç hususunda özellik arz eden bir diğer mesele, daha evvel değindiğimiz hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte mi sübjektif nitelikte mi olduğuyla ilgilidir. Özellikle işlenemez suça meşru savunmanın mümkün olup olmayacağı meselesi, hukuka uygunluk sebeplerinin niteliğine yer verdiğimiz hata bahsinden ayrıca değerlendirilmesi gereken bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. Ajan Provokatörün (Kışkırtıcı - Tahrikçi Ajanın)

Varlığının İşlenemez Suça Sebebiyet Verip Vermeyeceği Meselesi

1. Genel Olarak

Fransa'da mutlak krallık döneminde ortaya çıkan ajan provokatör⁵⁸⁵, 1980 yılında Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen uluslararası bir konferansta “*Devlet organlarının himayesi ile ya da kontrolü altında diğer kişileri bir suç işlemeye teşvik eden kişi*” olarak tanımlanmıştır⁵⁸⁶. Alman ceza hukukunda ajan provokatör terimi, gizli bir polis memurunun veya kolluk kuvvetleriyle birlikte çalışan bir muhbirin, şüpheliyi bir suç dolayısıyla mahkum edebilmek için bir eylemde bulunmaya teşvik ettiği durumları ifade eder⁵⁸⁷. Uygulamada yaygın olarak kullanıldığı bilinen⁵⁸⁸, doktrinde ve yargı kararlarında eskiden beri varlığını sürdüren, devletin suçu ve suçluyu ortaya çıkarmak adına kullandığı bu kurumun esasında Türk hukukunda kanuni temeli ve gerekçesi bulunmamaktadır. Buna rağmen uygulamada sıklıkla

⁵⁸⁵ Ajan provokatör ilk olarak Fransa'da mutlak krallığın olduğu dönemde, kraldan veya diğer nüfuzlu kişilerden çıkar elde etmek amacıyla siyasi görüşleri nedeniyle şüpheli kişilerle irtibata geçerek onları düşüncelerini açıklamaya yöneltip ihbar eden kişiler olarak ortaya çıkmıştır. Gizli polis örgütü tarafından gerçek suçluları ortaya çıkarmaya başlanınca, bu kişiler tuzak kurulmak suretiyle tahrik edilmeye başlanmıştır. Bu şekilde zamanla, gizli polis ajanı anlamına gelen tahrikçi, sadece siyasal suçları işlemeye yöneltmemiş, suçüstü yakalamak, ödül almak ve hatta bir kişinin suç işleyecek karakterde olduğunu ispat etmek gibi başka maksatlarla da hareket edilmeye başlanmıştır. Rusya'da da etkin bir rol oynayan kurum, 19. yy ortalarında Almanya'ya da girmiş ancak fazla değer görmemiştir. Hatta Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi cephe almış ve bu kurumu “*polisin tahrik sisteminin müessesesi olması*”, “*amacın aracı hukuka uygun hale getirmeyeceği*”, “*adli ceza işleri ile meşgul müesseselerin neticeye önem vermeden ahlak kurallarını ihlal etmelerinin düşünülemeyeceği*” gibi oldukça önemli gerekçelerle reddetmiştir. Ajan provokatörün tarihçesi ve gelişimine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Önder, **C. II - III**, s. 464 vd.; Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 934.

⁵⁸⁶ Veli Özer Özbek, “Türk Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 2, S. 1 - 2, 2014, s. 142 vd. Dönmezer / Erman, suçun işlenmesini isteyen bir kişiyi suç işlemeye yönelten ancak esasında suçtan doğacak zararlı veya tehlikeli neticeyi istemeyen; suçun dışında kalan diğer bazı çıkarları elde etmek isteyen kişi olarak tahrikçiyi, azmettirenenden ayırarak tanımlamıştır. Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 934. *Alacakaptan* ise, konuya işlenemez suç açısından yaklaştığı tanımında, işlenecek fiilden kendisi için ne dolaylı ne doğrudan bir çıkarı olan, sadece suçluyu meydana çıkarmak gayesi ile harekete geçen kişiyi tahrikçi ajan olarak ele almıştır. *Alacakaptan, İşlenemez Suç*, s. 100.

⁵⁸⁷ Mark Deiters, “Straflosigkeit des agent provocateur?”, **JuS**, Heft 4, 2006, s. 302. Alman yargı içtihatlarında bu tür teşvik edici davranışlara, tamamen şüphe duyulmayan bir kimsenin adaletsizliğe maruz kalmaması şartıyla, özellikle organize suçla mücadele için izin verilebilir kabul edilmektedir. Ancak şüpheli olmayan ve başlangıçta harekete geçmeye meyilli olmayan bir kişi, devlet tarafından bir şekilde suç işlemeye sevk edilir ve bu da ceza kovuşturmasına yol açarsa bu durumun, AİHS m. 6 ve StGB § 46 uyarınca adil yargılanma ilkesinin ihlalini teşkil edeceği önemle vurgulanmaktadır. Bkz. **BGHSt 45, 321, 324**, “BGH: Strafzumessungslösung auch bei konventionswidrigem Lockspitzeinsatz”, **NJW**, Heft 15, 2000, s. 1123.

⁵⁸⁸ Öyle ki, ajan provokatöre Türk filmlerinde dahi rastlanmaktadır. Yönetmenliğini Ertem Eğilmez'in yaptığı 1980 yapımı olan ve döneme dair yansımalar içeren “*Banker Bilo*” filminde yüksek fiyattan satmak üzere zeytinyağı stokçuluğu yapan Maho ve Bilo, alıcı kılığında gelerek zeytinyağı satın almak isteyen polis memurlarına yakalanır.

başvurulan ajan provokatörün, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılmasının zorlukları nedeniyle özellikle örgüt suçları ile mücadele amacıyla gizli soruşturmacı kurumu ortaya çıkmıştır⁵⁸⁹. Bununla birlikte, gizli soruşturmacı olarak görev yapan polis kavramına yakın olarak nitelendirilen bu kurumun, uygulamadan ortaya çıkan ve bir nevi zorunluluk olarak kabul edilen hukuki temelini oluşturulması şarttır⁵⁹⁰. Zira, ajan provokatör CMK m. 139'da koruma tedbiri⁵⁹¹ olarak düzenlenen gizli soruşturmacıdan farklıdır⁵⁹². Gizli soruşturmacı suçu aydınlatmak üzere delil toplamak için görevlendirilirken; ajan provokatör suçu aydınlatmak için soruşturma yapmaz, aksine suçu işletip yakalatmak üzere görevlendirilen kişidir⁵⁹³. Bununla birlikte gizli soruşturmacı kamu görevlisi iken; ajan provokatör kamu görevlisi veya devlet ile işbirliği içerisinde olan herhangi bir kişi olabilir⁵⁹⁴.

Ajan provokatörün her ne kadar amacı suç işleyen kişinin yakalanması ve/veya delil elde etmek olsa da, kurumun hukuki niteliği ve ajan provokatörün cezalandırılabilirliği meselesi tartışmalıdır⁵⁹⁵. Ancak biz son derece detaylı ve

⁵⁸⁹ Ayşe Nuhoglu, “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, C. II, Ankara, 2008, s. 1058; **Vesile Sonay Evik**, Suça İştirake Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 206.

⁵⁹⁰ **Özbek**, uygulamada sıklıkla polis memurunun uyuşturucu satıcısının ya da rüşvet alan memurun suçüstü yakalanması amacıyla alıcı veya rüşvet veren gibi kimlikler altında, ajan provokatör olarak faaliyet gösterdiği durumlarda, bu şekilde faaliyet gösteren polis memurunun ne gizli görevli, ne de ajan provokatör olduğu ifade etmiş, burada gizli soruşturma yapan polisten söz edileceğini eklemiştir. Bkz. **Özbek**, **Gizli Soruşturmacı**, s. 144.

⁵⁹¹ **Nuhoglu**, haklı bir gerekçe ile ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin, önleyici amaçlara hizmet ettiğini, buna karşılık gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin herhangi bir önleyici amaca hizmet etmediğini, bununla birlikte bu tedbirin yalnızca soruşturma evresinde kabul edildiği de göz önünde bulundurularak, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin koruma tedbirinden öte bir “*araştırma tedbiri*” olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Nuhoglu**, **Gizli Soruşturmacı**, s. 1057 vd.

⁵⁹² CMK m. 139: “*Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye hâkim tarafından karar verilir*”; Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 4/1-ç: “*Gizli soruşturmacı: Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisini ..ifade eder*”.

⁵⁹³ **Nuhoglu**, **Gizli Soruşturmacı**, s. 1058; Ersan Şen / Yasemin Yurttaş, “Gizli Tanık, X Muhabir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, **CHD**, C. 3, S. 6, 2008, s. 25.

⁵⁹⁴ Nitekim, kurumu kışkırtıcı ajan olarak isimlendiren **Erem** de, “*kışkırtıcı ajan*” deyimini kolluk kuvveti için kullanmış; özel nedenlerle hareket eden kimseleri ise, “*kışkırtıcı*” olarak isimlendirmeyi tercih etmiştir. Bkz. **Faruk Erem**, “Kışkırtıcı Ajan”, **AÜHF**, C. 32, S. 1, 1975, s. 5. Ayrıca doktrinde, özel kişilerin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilemeyeceği, bu kişilerin ancak muhbir olarak nitelendirilebilecekleri ifade edilmiştir. Bkz. **Nuhoglu**, **Gizli Soruşturmacı**, s. 1062.

⁵⁹⁵ **Evik**, kovuşturma makamlarının emri veya izniyle sınırlı olarak kullanılması gereken bu kuruma başvurulması için öncelikle bir suç şüphesi ve suç işleme hazırlığı bulunması gerektiğini işaret etmiştir. Yazar, bu kuruma ancak suçüstü yakalatmak ve delillerin emniyet altına alınması için başvurulması gerektiğini belirtmiş ve ajan provokatör olarak görev yapan kişide suçun tamamlanması kastının bulunmadığını, aksine tahrikte bulunulan eylemin neticesinin gerçekleşmemesi için çaba sarf etmesi nedeniyle ajan provokatörün iştirak iradesi ile hareket etmediğini ifade etmiştir. Özellikle iştirak

tartışmalı olan ajan provokatörün ceza sorumluluğu konusunu ele almayacağız⁵⁹⁶. Konumuz itibariyle ajan provokatörün varlığının işlenemez suça etkisi bakımından ele alacağımız mesele, ajan provokatörün etkisiyle suç işleme düşüncesi edinen veya bu düşüncesi kuvvetlenen kişinin eyleminin işlenemez suç niteliğinde olup olmadığıdır.

2. Ajan Provokatörün İşlenemez Suça Etkisi

Doktrinde ajan provokatörün varlığının, fail bakımından işlenemez suça sebebiyet verebileceği fikri ortaya konulmuştur. Ajan provokatörün etkisinin işlenemez suça yol açacağı, bu nedenle failin cezalandırılmayacağını ileri süren bu görüşe göre, ajan provokatörün yönlendirildiği suçun işlenme imkanı daha önceden kolluk tarafından alınan önlemlerin suçun konusunun yokluğuna veya hareketin elverişsizliğine sebebiyet vermesi dolayısıyla imkansızdır⁵⁹⁷. Bu duruma örnek olarak, ajan provokatör polisin bir kimseyi daha önceden gerekli tüm önlemlerin alınmış olduğu bir evde hırsızlık yapmaya yöneltmesi durumu verilmiş; bu kişinin söz konusu suçu işlemesi mümkün olamayacağından bahisle ortada işlenemez suçun bulunacağı ifade edilmiştir⁵⁹⁸. Ajan provokatörün müdahalesinin failin hareketinin elverişsizliğine yol açacağı düşüncesine dayanan bu görüşe göre suç işlemeye itilen kişi açısından bu suç işlenemez suç niteliğindedir⁵⁹⁹. Özellikle zorunlu iştirakin söz konusu olduğu çok failli suçlarda, örneğin, rüşvet anlaşması yapan bir taraflardan birini provokatör oluşturuyor ise veya örgüt kurma suçunda üç kişinin varlığı provokatör ile

müessesesi ile yakından ilişkisi olan ajan provokatörün, yardım edenden farkı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **İştirak**, s. 206 vd. Nitekim, suça azmettiren kişide de bir suç işleme kararının varlığı gereklidir. Azmettiren açısından çifte kastın varlığı (*doppelte*) hem failde suç işleme düşüncesinin uyandırılması hem de suçun tamamlanması kastının varlığına bağlıdır. Bkz. Zekiye Özen İnci, “Alman Ceza Kanunu M. 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, 2020, s. 958.

⁵⁹⁶ Doktrinde *Özbek / Doğan / Bacaksız*, provokatör veya gizli görevli tarafından gerçekleştirilen davranışların önceden alınan tedbirler nedeniyle korunan hukuki yarar üzerinde gerçek ve somut bir tehlike arz edemeyecek olması neticesinde eylemin tipe uygun olmasına rağmen suç oluşturmayacağını ifade etmiş ve ajan provokatörün cezalandırılabilirliğine ilişkin çözüm yolu olarak işlenemez suç bakımından incelemede bulunmuş ve ayrıca ajan provokatör bakımından işlenemez suç değerlendirilmesinde bulunulmasının fail bakımından da aynı sonucu doğuracağı sakıncasını eklemiştir. Detaylı bilgi için bkz. *Özbek / Doğan / Bacaksız*, **Genel Hükümler**, s. 545.

⁵⁹⁷ Aksi görüşte olan *Dönmezer / Erman*'a göre, suça yöneltilen kişi suçun icrasına başlamışsa, provokatörün hareketinden önce kışkırtılan kişi, ya suç işlemeye hiç niyet etmemiştir, bu durumda provokatörün azmettiren olacaktır, ya da niyeti vardır, provokatör de bu niyetini güçlendirmiştir, bu durumda da provokatör teşvik eden durumundadır. Yazarlara göre iki durumda da suça yöneltilen kişinin yaptığı hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli ve uygun olmadığını iddia etme imkanı olmadığı için işlenemez suçun söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. *Dönmezer / Erman*, **C. II**, kn. 941.

⁵⁹⁸ *Dönmezer / Erman*, **C. II**, kn. 940.

⁵⁹⁹ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 102; Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 10.

sağlanmışsa, diğer bir deyişle provokatörün katkısı olmaksızın o suçun işlenmesi mümkün değilse, ortada işlenemez suçun söz konusu olduğu ifade edilmektedir⁶⁰⁰.

Ajan provokatörün müdahalesinin, eylemin, işlenemez suça, sözde suça, görünüşte suça, tipiklikte unsur eksikliğine, teşebbüs halinde kalmış ya da tamamlanmış suça sebep olacağına dair bir çok farklı görüş mevcuttur⁶⁰¹. Bununla birlikte konunun genellemeye müsait olmadığı, somut olayın özelliklerine göre, provokatörün müdahalesinin hareketin elverişsizliği nedeniyle işlenemez suça veya teşebbüs aşamasında kalmış suça sebebiyet verebileceğine dair karma nitelikli bir görüşler de mevcuttur⁶⁰².

Yargıtay kararına konu bir olayda, üniversite öğrencisi sanığın vize sorularını çalmak için çilingir aradığını öğrenen polis memuru kendisini sanığa çilingir olarak tanıtmış ve öğrenci sanık vize sorularını çalmak üzere iki kapıyı açtıktan sonra üçüncü kapıyı açarken polis memuru tarafından yakalanmıştır. Kararda söz konusu eylem “*anahtar uydurmak suretiyle hırsızlığa kalkışma*” olarak nitelendirmiştir. Ancak karşı oy yazısında, gerekli tüm önlemlerin alınmasından dolayı esasen suçun işlenmesinin mümkün olmadığı yani işlenemez suçun söz konusu olduğu, polisin müdahalesi olmasaydı sanığın suçu işlemeye kalkışmayacağı, polisin tahrikçi ajan konumunda olduğu belirtilmiştir⁶⁰³.

Kanaatimizce söz konusu kararda, failin eyleminin teşebbüs olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Biz de, muhalefet şerhine katılmakla birlikte, gerekçesini teorik açıdan geliştirilebilir bulmaktayız. Kararda değerlendirilmesi gereken husus kanaatimizce, failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlerin, yani çilingir araması eyleminin, henüz hazırlık hareketi olduğudur. Eğer ajan provokatörün katılımına kadar fail icra hareketlerine başlamış olsaydı, ajan provokatörün katılımı ile hareket elverişliliğini icra hareketlerine başladıktan sonra kaybedeceği için kanaatimizce burada teşebbüs söz konusu olabilecekti. Ancak henüz hazırlık hareketleri dahilinde ajan provokatörün olaya dahil olması, icra hareketleri başlamadan *ex ante* olarak neticenin meydana gelmesini imkansızlaştırmıştır. Bu nedenle olaydaki eylem teşebbüs aşamasında kalmamış, hareketin elverişsizliği nedeniyle ajan provokatörün müdahalesi işlenemez suça sebebiyet vermiştir. Bununla

⁶⁰⁰ Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 10 - 11.

⁶⁰¹ Söz konusu görüşler ve kısaca eleştirileri için bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 101.

⁶⁰² **A.g.e.**

⁶⁰³ **YCGK, E. 1987/6-446, K. 1987/620, T. 21.12.1987** (naklen, Vural Savaş / Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994, s. 881 vd).

birlikte failin ajan provokatörün katkısı olmaksızın başka bir çilingir vasıtasıyla suçu işleyebileceği düşünülebilir. Ancak bu, failin kastını ortaya koyacak hareketi olmaksızın tahmin üzerine bir değerlendirme yapmak olur, ki bu durum da kusur ilkesine ve ceza muhakemesinin temel ilkelerinden “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Uygulamada özellikle uyuşturucu madde ticareti suçlarında polisin kendini gizlemek amacıyla alıcı kılığına girerek hareket ettiği olaylara sıkça rastlanmaktadır. Özellikle mülga 765 s. TCK dönemine yansıyan kararlarda, alıcı kimliğine bürünerek kimliğini gizleyen görevli memurların uyuşturucu madde alım satımı gerçekleştirmeleri durumunda Yargıtay çoğu kez tamamlanmış suç olduğuna karar vermiştir. Bu kararların dikkat çekici olan karşı oy yazılarında yahut işlenemez suçun olduğu sonucuna vardığı aksi yöndeki kararlarında, kışkırtıcının eyleme katılması olmaksızın, suçun işlenmesinin olanaksız olması nedeniyle, faillerinin cezalandırılmasına karar verilemeyeceği dile getirilmiştir⁶⁰⁴.

⁶⁰⁴ “TCY’nin 403 maddesinde”.. bunların alınıp satılmasına veya devren veya her ne suretle olursa olsun tedarikine vasıta olanlar ...” denilmek suretiyle uyuşturucu maddenin satış ve devrine her şekilde katılanların da asli fail gibi cezalandırılacakları kabul edilmiştir. Bu itibarla itirazın kabulüne karar verilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan üç üye; “özde değişmeyen savunma samimi ve olayın oluşuna uygundur. Sanıkların suç işleme irade ve niyetleri yoktur. Sanıklara suçu işleten, ajan ve onunla gelen kimliği bilinmeyen şahıstır. Onların talimatlarıyla, gösterilen tarladan polislerin temin ettiği çuvallara kenevir doldurmuşlardır. Bu nedenle hakları da TCY’nun 65/3 maddesinin uygulanması gerekir. gerekçesiyle; Kurul Başkanı ve bir üye” Kışkırtıcı suçun işlenmesinden doğrudan doğruya fayda beklemeden ikramiye v.s gibi kendine bir çıkar sağlamak için, bir kimseyi suça yönelten ve suç işledikten sonra da onun yakalanmasını sağlayan kişidir. Kolluk makamlarının görevi suç işletmek değil, suç işlenmesini önlemektir. Kışkırtıcı ajan kullanılması halinde fail yönünden “işlenemez suç” üzerinden durulmalıdır. Kışkırtıcının eyleme katılması olmaksızın, suçun işlenmesi olanaksız faillerinin cezalandırılmasına karar verilemez. Olayımızda sanıkları suça iten ajan ile görevli memurlardır. Sanıklar görevlilerin talimatları ile hareket etmişlerdir. Onlara inanarak yapıcı davranışlara icrai hareketlere bağlamışlar ve onların itmesi sonucu bu suç işlemişlerdir. Suçun işlenmesi için gerekli ortam ve olanaklar sağlanmasaydı, sanıklar bu suçu işlemeyeceklerdi. Bu nedenle “işlenemez suç” hali bulunduğundan, sanıkların beraatlerine karar verilmelidir. düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır” **Yargıtay 1. CD, E. 1990/134, K. 1990/161, T. 4.6.1990;** “Çoğunluk görüşüne katılmayan üç üye; “özde değişmeyen savunma samimi ve olayın oluşuna uygundur. Sanıkların suç işleme irade ve niyetleri yoktur. Sanıklara suçu işleten, ajan ve onunla gelen kimliği bilinmeyen şahıstır. Onların talimatlarıyla, gösterilen tarladan polislerin temin ettiği çuvallara kenevir doldurmuşlardır. Bu nedenle hakları da TCY’nun 65/3 maddesinin uygulanması gerekir. gerekçesiyle; Kurul Başkanı ve bir üye “Kışkırtıcı suçun işlenmesinden doğrudan doğruya fayda beklemeden ikramiye v.s. gibi kendine bir çıkar sağlamak için, bir kimseyi suça yönelten ve suç işledikten sonra da onun yakalanmasını sağlayan kişidir. Kolluk makamlarının görevi suç işletmek değil, suç işlenmesini önlemektir. Kışkırtıcı ajan kullanılması halinde fail yönünden “işlenemez suç” üzerinde durulmalıdır. Kışkırtıcının eyleme katılması olmaksızın, suçun işlenmesi olanaksız faillerin cezalandırılmasına karar verilemez. Olayımızda sanıkları suça iten ajan ile görevli memurlardır. Sanıklar görevlilerin talimatları ile hareket etmişlerdir. Onlara inanarak yapıcı davranışlara icrai hareketlere bağlamışlar ve onların itmesi sonucu bu suç işlemişlerdir. Suçun işlenmesi için gerekli ortam ve olanaklar sağlanmasaydı, sanıklar bu suçu işlemeyeceklerdi. Bu nedenle “işlenemez suç” hali bulunduğundan, sanıkların beraatlerine karar verilmelidir” düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır” **YCGK, E. 1990/5-134, K. 1990/161, T. 4.6.1990.** Ayrıca, uyuşturucu madde suçlarında ajan provokatörün kullanılması ile ilgili detaylı inceleme için bkz. Muhammed Demirel,

Konunun detaylı olarak tartışıldığı ve kanaatimizce doğru sonuca ulaşıldığı Yargıtay kararına konu bir başka olayda da, devletin görevinin suç işlenmesini önlemek olduğu, organları vasıtasıyla kişilere suç işletmesi veya suç işleme düşüncesini kuvvetlendirmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiş; suç işleme düşüncesi bulunmayan bir kişinin kışkırtılarak suçüstü yakalanmasını veya cezalandırılmasını sağlamak amacıyla bir suç işlemeye yöneltilmesi halinde ona verilecek cezanın adil olmayacağı kanaati haklı olarak ifade edilmiştir⁶⁰⁵. Böylelikle

“Uyuşturucu Madde Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kamu Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği”, **CHD**, C. 13, S. 36, 2018, s. 101 - 159.

⁶⁰⁵ “Sanıkların silah ticareti suçundan 6136 sayılı Yasanın 12/2-4, 765 sayılı TCK’nın 59, 31, 33. maddeleri uyarınca cezalandırılmalarına karar verilen olayda sanık İsa aşamalarda; “Bursa’da parkta otururken sonradan Jandarma olduğunu öğrendiği Ahmet isimli şahsın yanına geldiğini, sohbet ettiklerini, Çeçen olduğunu, mücadele ettiğini, silah lazım olduğunu söylediğini, Bursa’dan Ankara’ya gittiğinde Ahmet’in telefonla arayıp iki mücahit arkadaşı ile ziyarete geleceğini söylediğini, Rıdvan ve Ersin ile geldiklerinde Çeçen olduklarını, Ruslar’a karşı mücadele ettiklerini, silah lazım olduğunu, yardımcı olmasını istediklerini, kendilerine inanıp Viranşehir’e getirip misafir ettiğini, Seyit Ahmet’le konuştuğunu, Nezir isimli şahsa sipariş verildiğini, para konuşulmadığını, Çeçenistan’ın ulusal davasına yardım için silah temin ettiklerini, Türk ordusunun bilgisi olduğunu söylediğini” savunmuştur. Sanık Seyit Ahmet’de İsa ile tanıştığını, Çeçenistan’la ilgili sözlerle inandığını, Nezir ile telefonda görüştüğünü, silahların tanker içinde Irak’tan getirildiğini ve misafirler evde otururken silahlar eve getirildiğinde yakalandıklarını söylemişlerdi. Diğer sanıkların savunmaları, inkara yönelik olup ihbar ve olay tutanakları, ekspertiz raporu ve tanık beyanları dosya içerisinde bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanununun 1. maddesine göre Ceza Kanununun amacı “Kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.” Ancak suç işlenmesinin önlenemediğinden bahisle, başkalarına suç işletilmesi bu amaçla bağdaşmamaktadır. Kızgınlık, kırgınlık, öfke veya elem nedeniyle yahut ikramiye almak veya tutuklanan şüphelinin mallarına el koymak veya satın almak, eşi ile evlenmek, ünlü olmak, adını basında duyurmak, küçük hatalarının görülmemesi amacıyla kolluk kuvvetlerine yardım etmek gibi herhangi bir amaçla, bir kimseye yönelik kışkırtıcı faaliyetlerde bulunulup ona suç işlettirilmesi, suç işlemeye yönlendirilmesi halinde yüklenen suçun oluşup oluşmayacağı ve suça kışkırtılan failin sorumluluğu olaysal olarak belirlenmelidir.

Mevcut olan bir soruşturmada, suçun ortaya çıkarılmasını sağlamak için görevlilerin faaliyette bulunmaları mümkündür. Ancak Devletin görevi suç işlenmesini önlemek olup, organları vasıtasıyla kişilere suç işletmesi veya suç işleme eğilimini kuvvetlendirmesi, teşvik etmesi düşünülemez. Hukuk Devleti bireylerin hak ve özgürlüklerini korur. Devlet organlarının birtakım nedenlerle kişilere suç işletmesi ve sonra da failleri cezalandırması, cezalandırma hakkının kötüye kullanılmasıdır. Kamu görevlileri, görevlerini yerine getirirken Uluslar arası Sözleşmeler, Anayasa ve yasalarla bağlı olup kabul edilen ilkelere aykırı davranamazlar. Bir kimseyi suça kışkırtma hukuka aykırıdır. Devlet organları, bireyleri kışkırtarak suç işlemelerini sağlayıp sonra yakalayıp cezalandırılmalarını isteyemezler. Böyle bir uygulama yani bireyin hileli davranışlarla aldatılarak suç işlemesinin sağlanması devlete olan güveni zayıflatacağı gibi temel hakları da ihlal edecektir.

Suç işleme düşüncesi bulunmayan bir kişinin heyecanlandırılarak, tahrik edilerek, duygularından yararlanılarak kışkırtılıp suçüstü yakalatmak veya cezalandırılmasını sağlamak amacıyla bir suç işlemeye yöneltilmesi, suç işlemesine yardım edilmesi, suç işlemesi için olanak tanınması halinde ona verilecek ceza adil olmayacaktır. Zira fail tarafından, hiçbir etki olmadan özgür iradesiyle işlenmesine başlanmış bir fiil olmayıp kışkırtma olmadığı takdirde belki de bu suçun işlenmesi söz konusu olmayacaktır. Manevi duyguların ön plana çıkarılarak aldatılıp suç işletilmesi, özgür iradesinin etki altına alınması halinde suç kastı olaysal olarak değerlendirilmeli delillerin elde edilmiş biçimi üzerinde durulmalı, hukuka aykırı olup olmadığı tartışılmalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 38, CMK’nın 148. maddeleri uyarınca yasak olarak elde edilen delillere dayanılarak hüküm kurulamaz. CMK’nın 206. maddesine göre de, kanuna aykırı şekilde elde edilen deliller reddolunmalı, 217. madde gereğince hukuka uygun şekilde elde edilen delillere dayanılarak karar verilmelidir. Ayrıca CMK’nın 230/1 -b maddesinde, hükme esas alınmayan hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin mahkumiyet kararının gerekçesinde gösterilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağından kolluk görevlilerinin, suçun ortaya

Yargıtay bizim de benimsemiş olduğumuz görüşe uygun şekilde, salt ajan provokatörün müdahalesi ile suç işleyen kişinin eylemini işlenemez suç olarak nitelendirilmiştir. Zira fail icra hareketlerine başlamadan önce neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu bellidir; ancak fail bunu bilmemektedir. Bu imkansızlık, ajan provokatörün varlığından ve gelecekteki müdahalesinden kaynaklanmaktadır. Eğer ajan provokatörün katılımı olmaksızın suç işlenmeyecekti ise, bu durumda işlenemez suçun varlığı kabul edilmelidir. Aksi durumda, olayda ajan provokatörün dahil olmasa da failin o suçu işleyecek olduğunun ispatı gereklidir.

Ancak belirtmekte fayda var ki, bu durum ancak failin ajan provokatörün müdahalesine kadarki eylemlerinin hazırlık hareketi niteliğinde olması halinde geçerlidir. Eğer fail icra hareketlerine başladıktan sonra ajan provokatörün müdahalesi söz konusu ise, bu durumda elverişsizlik durumu sonradan meydana gelmiş olacaktır ki, bu durumda teşebbüs gündeme gelebilecektir. Zira ajan provokatörün söz konusu olaya çeşitli yollarla katılımı mümkündür. Ajan provokatör, suça teşvik ettikten sonra ileride uygun bir zamanda müdahale edebilir yahut icra hareketleri tamamlandıktan sonra zararlı sonuçları engellemek üzere müdahalede bulunması da mümkündür. Ajan provokatörün suça katılımındaki bu çeşitlilik de, provokatörün etkisinin hareketin elverişliliğini ne şekilde etkileyeceğine dair kesin bir hüküm verilmesini engellemektedir⁶⁰⁶. Bu çerçevede görüşümüzün, karma nitelikli olarak belirttiğimiz somut olayın özelliklerine göre ajan provokatörün müdahalesinin hareketin elverişliliğine etkisi bakımından değerlendirilmesi yönünde olduğunu ifade etmeliyiz.

Nitekim, konuyu adil yargılanma hakkı bağlamında ele alan AİHM kararlarında da, bir suç işlemek üzere kısırlanan ve polisin (veya devlet ile bağlantılı bir kimsenin) müdahalesi olmadan suç işlenmiş olacağına dair hiçbir emare olmayan durumlarda, bunun gizli ajanın faaliyetlerinin ötesine geçtiği sonucuna varmıştır. Bu müdahalenin yanı sıra konu ceza yargılamasında kullanılması, başvurunun başlangıçta adil yargılanmamasına neden olmuş ve bu nedenle mahkeme, AİHS'nin 6. maddesinin ihlalinin söz konusu olduğuna karar vermiştir⁶⁰⁷. Bizim de katıldığımız

çkarılmasına yönelik faaliyetleri sırasında Anayasa ve AİHS'nde kabul edilen ilkelere uygun davranmaları, bireylerin haklarını ihlal etmemeleri zorunludur. ... Yasaya aykırı olup, yerel mahkeme kararının bu nedenlerle bozulmasına karar verilmelidir". Yargıtay 8. CD, E. 2013/5397, K. 2013/15729, T. 21.5.2013. Bu konuda bilgi için ayrıca bkz. Koray Doğan, "Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı", Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara, 2018, s. 975 vd.

⁶⁰⁶ Fiore, a.g.e., s. 120 - 1 (naklen, Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 103).

⁶⁰⁷ AİHM'nin kararına konu olayda, Portekiz polisine bağlı alıcı kılığına bürünmüş iki sivil memur, küçük bir uyuşturucu satıcısı olduğundan şüphelenilen bir kişiyi sorgulamalara rağmen, kişinin herhangi bir esrar tedarikçisinin adını verememesi üzerine, daha sonra eroin satın almakla ilgilendiklerini

görüşe uygun olan AİHM'in konuya olan bu yaklaşımı mevcudiyetini korumaktadır ve pek çok olay açısından da mahkeme aynı sonuca ulaşmaktadır⁶⁰⁸.

Son olarak, ajan provokatörün olaya herhangi bir müdahalesi olmaksızın, suçtan haberdar polisin aldığı tedbirlerin hareketin elverişliliğine etkisinin de tespit edilmesi gerekmektedir. Bu gibi tedbirler hareketin elverişsizliğine veya suçun konusunun yokluğuna sebep olabilecektir. Ancak alınan bu tedbirlerin, hareketin başlamasına ve devamına doğrudan müdahalede bulunan bir etkisi söz konusu değildir. Polisin aldığı tedbirler, esas itibarıyla polisin nihai müdahalesi gerçekleşinceye kadar hareketin normal bir şekilde gelişmesine mani olmazlar. Konuyla ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda da bu hususa değinilerek, sanığın eyleminin tamamlanmış suç olarak mı, yoksa eksik teşebbüs olarak mı ele alınması gerektiğine ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur. Polis tarafından alınan tedbirlerin hareketi etkisiz hale getirmeyeceği, bu tedbirlerin elverişli bir şekilde gelişmekte olan hareketi durdurmak veya tamamlanmış suçtan doğan zararlı neticeyi mümkün olduğunca gidermek şeklinde bir fonksiyona sahip olduğu ifade edilen karara konu olayda, tehdit mektubu alan ve polise başvuran

söylemişlerdir. Bilgisine başvuru alan kişi, adresini bilmediği başvuru alanına buna benzer bir şey bulabilecek biri olduğunu söylemesi üzerine, ev adresini belirledikten sonra birlikte başvuru alanı görmeye gittiklerinde, polis memurları yaklaşık 2.000 Mark'a eşdeğer 20 gr eroin almak istediklerini belirterek tedarikçiden 20 gr eroin karışımı almışlardır. Başvuran, diğer hususların yanı sıra, uyuşturucu ticaretiyle ilgili olarak iki polis memurunun verdiği ifadelerle tutuklanmış ve altı yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. AİHM, iki polis memurunun faaliyetlerinin izin verilen sınırların ötesine geçip geçmediği sorusunu incelemek için şu koşulları esas almıştır: Provokasyon öncesinde sabıka kaydı bulunmayan başvuran aleyhine bir suç şüphesi olup olmadığı belirsiz kalmıştır. Her durumda, sanığın suç işlemeye istekli olduğuna dair hiçbir delil yoktur. Memurlar, bu faaliyetleri için önceden görevlendirilmiş değildi ve kullanımları bir yargıç tarafından ne emredildi ne de denetlendi. Başvurucu hakkında da bir ön soruşturma başlatılmamıştır. Bu nedenle suç, yalnızca “*pasif olarak soruşturma yürüten*” polisin etkisi nedeniyle işlenmiştir ve mahkumiyet esasen iki gizli polis memurunun ifadelerine dayanmaktadır. **Teixeira de Castro/ Portekiz, AİHM, Başvuru no. 44/1997/828/1034, 9 Haziran 1998.** Kararın detaylı incelemesi için ayrıca bkz. “BGH: Strafzumessungslösung auch bei konventionswidrigem Lockspitzeinsatz”, **NJW**, Heft 15, 2000, s. 1124.

⁶⁰⁸ Bir suçun polis tarafından kışkırtılması halinde adil yargılanmaktan söz edilebilmesi için polisin kışkırtması olmasaydı bile suçun işleneceğine dair kesin kanıtların bulunması gerektiği için bkz. *Calabrò v. Italy and Germany*, **HRC**, Vol. 13, I. 2, 2002, s. 375-378; sınırları belirlendiği ve güvence altına alındığında gizli ajan ile müdahaleye tolerans gösterilebilse bile polis provokasyonun ardından toplanan delillerin kullanılmasına kamu yararının haklı kılmayacağı, böyle bir uygulamanın esasen adil yargılama hakkından yoksun bırakır nitelikte olduğu sonucu için bkz. **Vanyan/Rusya, AİHM, Başvuru no. 53203/99, 15 Mart 2006.** Burak Hun/Türkiye kararında, başvuran suç işleme potansiyeline sahip olmuş olsa bile dosya unsurlarına göre, somut hiçbir unsur, ajan X'in müdahalesinden önce, başvuranın suç teşkil eden bir eylem hazırlığında olduğunu ortaya koymadığını; mevcut davada söz konusu az miktardaki uyuşturucu başvuranın evinde bulunmadığını; başvuranın ajan X'in talebi üzerine uyuşturucuyu üçüncü bir kişiden temin ettiğini belirtmiş ve mevcut davada, başvuranın mahkumiyetinin özellikle, ihtilaflı polis operasyonu aracılığıyla toplanan kanıtlara dayandığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Bu çerçevede AİHM, ajan X'in etkisinin başvuranın işlediği suça azmettirici nitelikte olduğu ve hiçbir şeyin X'in müdahalesi olmadan, söz konusu suçun işlenebileceğini göstermediği kanaatine varmış ve söz konusu müdahaleyi AİHS m. 6'nın gerektirdiği hakkaniyete uygun niteliğini kaybettiği sonucuna ulaşmıştır. **Burak Hun/Türkiye, AİHM, Başvuru no. 17570/04, 15 Aralık 2009.**

mağdurun parayı istenilen yere koyması ile suçun tamamlandığına karar verilmiştir⁶⁰⁹. Kanaatimizce, bu durumda aslen ajan provokatörün varlığından bahsedilemeyecektir. Zira ifade olunduğu üzere, ajan provokatör suç işleme niyeti oluşturan veya bu niyeti kuvvetlendiren kişi olarak tanımlanmaktadır. Nitekim doktrinde de polisin fail tarafından suçun icrasına başlandıktan yani ihlal edilmek istenen hukuki değer tehlikeye düştükten sonra durumdan haberdar olarak kolluk tarafından yapılan müdahalenin failin hareketinin elverişliliğini ortadan kaldırmayacağı, müdahale anına kadarki failin hareketlerine göre teşebbüsten sorumlu olması gerektiği ifade edilmiştir⁶¹⁰. Buna karşılık Yargıtay kararına konu olan bir diğer olayda Yüksek Mahkeme, sanığın diğer sanığın evine uyuşturucu madde satın almaya gelmesinin, kullanmak için uyuşturucu madde satın almaya teşebbüs suçunu oluşturduğuna, ancak sanık eve gelmeden önce kolluk görevlilerince yapılan arama sırasında uyuşturucu maddeye el konulmuş olması nedeniyle sanığın uyuşturucu madde almasının fiilen mümkün olmaması neticesinde eylemin işlenemez suç oluşturacağına karar

⁶⁰⁹ “Olayımızda mağdur maruz kaldığı manevi baskının etkisiyle istenilen parayı havi paketi arzu edilen yere koymakla, kanunun açık lafzına göre suçun unsurları teşekkül etmekle, suç tamamlanmıştır. Nitekim Özel Daire de bu hususu kabul etmektedir. Para veya eşyanın sanığın eline geçip geçmemesinin şart olmadığı açıktır. Sanığın, hem emrin gizli verildiği ve hem de kendisinin görülmediğine inanarak parayı almak istemesi, suç tamamlandıktan sonra, onun yakalanıp hüviyetinin belirlenmesini sağlamıştır. Zabıta, gerekli tertibatı almamış olsa idi, sanığın yakalanmasının imkansız olduğu aşikardır. Mağdurun maruz kaldığı cebrin manevi tesiri sonucu parayı istenilen yere koyması ile suç tamamlanmıştır. Sanığın parayı alması, suça etkili olmaması icap eder. Rüşvet suçlarında sanığın parayı alması ile suç teşekkül ettiği gibi olayımızda da mağdurun parayı istenilen yere koyması ile suç tamamlanmıştır. Tamamlanan bir suçta teşebbüs bahis konusu edilemeyeceğinden, Özel Daire bozma kararının kaldırılarak, Yerel Mahkeme kararının onanmasına karar verilmesi...) talep olunmuştur. Görüldüğü gibi, Özel Daire ile C. Başsavcılığı arasında oluş ve sübutta herhangi bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Uyumsuzluk konusu olan husus: Sanığın açıklanan eyleminde suçun “tamamlandığı” mı yoksa “eksik teşebbüs” derecesinde mi kaldığı hususudur.

...Bizatihi polis tarafından alınmış olan bir tedbir hareketi etkisiz hale getirmez. Başka bir deyişle, bu sebepler yüzünden hareketin ilişkin yapısında ve gelişme seyrinde bir anormallik meydana gelmez. Söz konusu tedbirler, elverişli bir şekilde gelişmekte olan bir hareketi durdurmak veya tamamlanmış bir suçtan doğan zararlı sonuçları mümkün olduğu kadar gidermek şeklinde özetlenebilecek bir fonksiyona sahiptirler. Hele, polis kuvvetlerinin, suçluları suçüstü halinde yakalamak için, suçun tamamlanmamasını bekleyip müdahale bulunması halinde, cezalandırılabilir bir fiilin bütün unsurlarıyla tamamlandığında şüphe olmamak gerekir... ..TCK.nun 498. maddesindeki suçun maddi unsuru: (Bir kimsenin, her ne suretle olursa olsun, başkasını hayat veya ırz veya mal hakkında büyük bir zararla korkutmak suretiyle para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet göndermeye veya bir mahalle bırakmaya ... mecbur kılınmasıdır). Paranın istenilen yere konulması ile suç tamamlanır. Bu suç tipinde sonuç, hareketten bir zaman fasılası ile ayrılmış değildir. Hareketin yapılması ile birlikte sonuç da gerçekleşmiş olmaktadır.

Olayımızda da tehdit mektubunu alan mağdur, polise başvurmak zorunda kalmıştır. Bir miktar paranın sanığın belirttiği yere bırakılmasıyla suç tamamlanmıştır. Mağdurun polisin talimatına uygun şekilde hareket etmesi ve olay yerinde sanığı suçüstü yakalayabilmek için polisin tertibat alması eylemin “eksik teşebbüs” derecesinde kaldığını kabule elverişli değildir” YCGK, E. 1983/6-443, K. 1984/154, T. 30.4.1984.

⁶¹⁰ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 108 - 109.

vermiştir⁶¹¹. İşlenemez suç halinde failin hareketi baştan itibaren başarısızlığa mahkumdur. Daha evvel de ifade ettiğimiz üzere, fail icra hareketlerine başladıktan sonra ortaya çıkan imkansızlık hareketin elverişliliğini tamamen ortadan kaldırmaz. Kanaatimizce bu durumda diğer şartların da varlığı halinde sanığın eyleminin kolluğun müdahalesi nedeniyle teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerekmektedir.

B. İşlenemez Suç Karşısında Meşru Savunmanın Mümkün Olup Olmayacağı Meselesi

1. Genel Olarak

İşlenemez suç açısından meşru savunmaya yönelik ele alacağımız konu, yukarıda hata - işlenemez suç ilişkisi bağlamında hukuka uygunluk sebeplerinde hata bahsinden farklıdır⁶¹². Hukuka uygunluk sebeplerinde hata bahsinde, failin mefruz suçta veya işlenemez suçta olduğu gibi haksızlık bilinciyle hareket ettiği ancak gerçekte hukuka uygunluk içerisinde yer aldığı durumlarda failin eyleminin mefruz

⁶¹¹ “Olay tutanağı, sanıkların savunmaları, tutanak düzenleyicisi tanıkların beyanları ve tüm dosya kapsamına göre; kendisinde her hangi bir uyuşturucu ya da uyarıcı madde ele geçmeyen sanığın savunmasının aksine, ele geçirilen uyuşturucu maddeler ile ilgisi olduğuna veya diğer sanıkların eylemlerine iştirak ettiğine ilişkin kuşku sınırlarını aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığı, sabit olan eyleminin ise, diğer sanık ...'nin evine kullanmak için uyuşturucu madde satın almaya gelmesi nedeniyle "kullanmak için uyuşturucu madde satın almaya teşebbüs" suçunu oluşturduğu, ancak kolluk görevlilerinin sanık gelmeden önce arama sırasında uyuşturucu maddelere el koymuş olması nedeniyle, sanığın uyuşturucu madde alması fiilen mümkün olmadığından, eyleminin "işlenemez suç" niteliğinde olduğu ve suçun yasal unsurlarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin, sanığın beraati yerine, mahkûmiyetine karar verilmesi...” **Yargıtay 10. CD., E. 2018/613, K. 2019/580, T. 31.1.2019.** Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir başka kararda da sanıkların kararlaştırdıkları buluşma yerine gelmeden önce uyuşturucu maddenin güvenlik görevlilerince ele geçirilmiş olması nedeniyle sanıkların uyuşturucu maddeyi almalarına olanak bulunmadığı için eylemin işlenemez suç olarak nitelendirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir: “Kendilerinde herhangi bir uyuşturucu ya da uyarıcı madde ele geçirilmeyen ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandıkları da teknik bir yöntemle tespit edilmeyen sanıkların, diğer sanık ... ile kararlaştırdıkları buluşma yerine gelmeden önce suça konu uyuşturucu maddenin güvenlik görevlilerince ele geçirilmiş olması nedeniyle sanıkların söz konusu maddeyi almalarına olanak bulunmadığı, bu hali ile işlenemez suçun söz konusu olduğu ve buna bağlı olarak sanıkların üzerlerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı dikkate alınarak tebliğnamedeki bozma düşüncesi benimsenmemiştir. Yapılan yargılama sonunda, yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmaması nedeniyle beraat hükmü kurulması gerekirken, mahkemece yüklenen suçun sanıklar tarafından işlendiğinin sabit olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi sonucu itibarıyla doğru olduğundan, Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeeyen temyiz itirazlarının reddiyle beraate ilişkin hükümlerin ONANMASINA...” **Yargıtay 9. CD, E. 2015/2206, K. 2016/2500, T. 17.3.2016.** Söz konusu kararda yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce teşebbüs aşamasında kalmış bir eylem söz konusudur ancak kararda dikkat çekici bir nokta, ilk derece mahkemesi tarafından, isnat edilen suçun sanıklar tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle verilen beraat kararının, temyiz mahkemesi tarafından olayda işlenemez suç söz konusu olması nedeniyle yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmaması nedeniyle beraat hükmü kurulması şeklinde düzeltilmesi olmuştur. Bu da, işlenemez suçun tipikliğe ilişkin bir mesele olduğuna ilişkin görüşümüzü destekler niteliktedir.

⁶¹² Bkz. yukarıda, *Birinci Bölüm, II., A., 2., b.*

suçu mu işlenemez suç oluşturacağı tartışılmıştır. Mefruz suç oluşturacağına kanaat getirdiğimiz bu durumlarda fail, hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyetinde veya koşullarında hataya düşerek içerisinde bulunduğu durumu aleyhine yorumlamaktadır. Konuyu meşru savunma özelinde yorumlarsak, gerçekte bir saldırı olmasına ve hukuka uygunluk sebebi içerisinde hareket etmesine rağmen fail, bir haksızlık gerçekleştirdiği düşüncesindedir. Hata bahsi ile yine yakından ilişki içerisinde olan bu başlık altında ise, konu tam tersi bir bakış açısıyla, işlenemez suçun bir saldırı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği perspektifinden ele alınacaktır. Diğer bir deyişle işlenemez suça karşı meşru savunmanın mümkün olup olmayacağı özel olarak bu başlık altında değerlendirilecektir.

2. Meşru Savunma ve İşlenemez Suç

Meşru savunma, bireyin kendisini veya başkasını bir saldırı karşısında savunmasıdır. Bir kimsenin ağır ve haksız saldırısı karşısında, kişinin bu saldırıdan kendisini veya bir başkasını uzaklaştırmak amacıyla gösterdiği zorunlu tepki olarak tanımlanan meşru savunmanın hukuki niteliğinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu hususunda doktrinde neredeyse görüş birliği bulunmaktadır⁶¹³.

Meşru savunmanın saldırıya ve savunmaya dair olmak üzere iki grup altında toplanan şartları bulunmaktadır. İşlenemez suç ile meşru savunmanın kesişim noktasını oluşturan husus ise, esasında işlenemez suç oluşturan bir eylem karşısında yapılan savunmanın meşru savunma kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Bu nedenle meşru savunmanın saldırıya ilişkin şartları konumuz bağlamında önem kazanmaktadır⁶¹⁴. Saldırıya ilişkin şartlar, bu saldırının *bir hakka yönelmiş, haksız ve halen var olması* şeklinde üçe ayrılmıştır⁶¹⁵. Saldırıya ilişkin bu şartların bir arada bulunması halinde meşru savunmaya elverişli bir saldırının varlığı kabul edilir ve yine şartları içerisinde yapılan savunma hukuka uygun addedilir. Ancak

⁶¹³ Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 373 vd.; Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 300. Azınlıkta kalan bir görüşe göre, saldırıyla karşı karşıya kalan kişinin kendini savunmak üzere yapmış olduğu hareketler bir mazeret sebebi oluşturmaktadır ve bu nedenle meşru savunma kişinin kusurluluğu üzerinde etkilidir. Görüş için bkz. Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 49 vd (naklen, Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 300).

⁶¹⁴ Bu doğrultuda savunmaya yönelik şartlar konu bütünlüğü açısından ele alınmayacaktır. Zira savunmaya yönelik yapılan hareketin işlenemez suça sebebiyet vermesi halinde, örneğin, gerçek bir haksız saldırı karşısında savunmaya yönelik yapılan hareketin elverişsiz olması durumunda yapılan hareketin neticeyi meydana getirmesi imkansız olacağı için esasında gerçek bir savunmadan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Savunmaya yönelik elverişli bir hareketin bulunmaması nedeniyle de saldırıya maruz kalan kişinin eyleminin meşru savunma kapsamında olup olmadığının incelenmesi kanaatimizce gerekli değildir.

⁶¹⁵ İçel, **a.g.e.**, s. 341; Öztürk / Erdem, **a.g.e.**, kn. 422.

bazen kişi içerisinde bulunduğu durumu yanlış yorumlayarak saldırının varlığında veya şartlarında hataya düşebilir. Meşru savunmada bulunan kişinin, saldırının haksız olduğu hususunda yanılması, örneğin üçüncü kişi lehine meşru savunmada somut olayda ilgilinin rızası olması rağmen failin durumu yanlış yorumlaması veya saldırının halen mevcut olduğu hususunda yanılması zamansal olarak bitmiş bir saldırıyı devam ediyor olarak algılaması halleri bu duruma örnek olarak verilebilir.

Savunma hareketi gerçekleştiren kişi tarafından saldırı olarak değerlendirilen eylemin işlenemez suç teşkil etmesi halinde de savunmada bulunan taraf saldırının mevcudiyetinde veya şartlarında hataya düşmüştür. İşlenemez suçun ortaya çıkış şekline göre failin hataya düştüğu husus da farklılık gösterebilecektir. Suçun konusunun yokluğu sebebiyle meydana gelen işlenemez suçta esasında bir saldırı olmakla birlikte söz konusu saldırı, savunmada bulunan kişinin koruma gayretinde bulunduğu bir hakka yönelmiş değildir; zira ortada suçun konusu bulunmamaktadır. Bu nedenle yapılan saldırı meşru savunmada bulunmaya elverişli bir saldırının şartlarını taşımamaktadır. Hareketin elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç halinde ise, saldırının, meşru savunma yapmaya uygun olup olmadığının şartları bakımından değerlendirilmesi lüzumu yoktur. Zira hareketin elverişsiz olması halinde, saldırıya yönelik yapılan hareketin neticeyi meydana getirmesi imkansızdır. Bu nedenle ortada bir saldırının varlığı kabul edilemeyecektir.

Saldırı değerlendirilmesine tabi tutulan ancak gerçekte işlenemez suçı teşkil eden (atipik) eylem ister suçun konusunun yokluğundan ister hareketin elverişsizliğinden kaynaklasın, her iki durumda da savunmada bulunan kişinin düştüğu hatanın kaçınılmaz olması durumunda ise gerçekte meşru savunmaya elverişli bir saldırı bulunmamasına rağmen, TCK m. 30/3 gereğince, fail bu hatasından yararlanabilecektir. Bu durumda aslında saldırıda bulunan ile savunmada bulunan kişinin düştüğu hatalar aynı düşünce etrafında şekillenmektedir. Zira saldırıda bulunan kişi hareketinin neticeyi gerçekleştirebileceği düşüncesindedir ve buna inanarak hareket etmektedir; savunmada bulunan kişi de saldırının gerçekleşebileceği düşüncesine sahiptir ve buna yönelik olarak savunmada bulunmaktadır.

Açıkladığımız üzere, işlenemez suçla karşı meşru savunmanın mümkün olabileceği düşüncesindeyiz. Buna örnek olarak, oyuncak tabanca olduğunu bilmeksizin gerçek sandığı silah ile bir kimseye saldırıda bulunan işlenemez suç failine karşı, gerçek bir saldırıya uğradığını düşünen kişinin meşru savunmaya yönelik

eylemleri bu kapsamda değerlendirilebilir. İşlenemez suç teşkil eden saldırının, üçüncü kişiye yönelmesi halinde de, örneğın yatağın boş olduğunu bilmeyen işlenemez suç failinin boş yatağa ateş etmesi durumunda da, bunu gören kişinin üçüncü kişi lehine meşru savunması mümkündür. Zira her iki durumda da, işlenemez suç faili de, meşru savunmada bulunan kişi de failin hareketinin neticenin gerçekleşmesine elverişsiz olduğunu bilmemektedir. Bununla birlikte meşru savunmada bulunan kişi, failin hareketinin elverişsiz olduğunu veya suçun konusunun bulunmadığını biliyor ise, bu durumda hatasının kaçınılmaz olduğundan söz edilemeyecek; olayda meşru savunmadan yararlanamayacaktır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞLENEMEZ SUÇUN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ MESELESİ

İşlenemez suçun hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu sebebiyle *ex ante* olarak neticenin meydana gelmesinin imkansızlığı halinde ortaya çıktığını ve bu imkansızlığın ne şekilde meydana geldiğinin tespitinin ardından, işlenemez suç failinin bu davranışının cezalandırılabilir bir değerde olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. İşlenemez suçun cezalandırılabilirliğini sağlıklı bir şekilde değerlendirebilmek için ise öncelikle ceza kavramının özüne ve cezanın amacına da kısaca değinmek yerinde olacaktır. Zira işlenemez suç teşkil eden bir eylemin cezalandırılabilir olup olmadığı meselesinin çözümü ancak suç olarak telakki ettiğimiz eylemin neden devlet otoritesi tarafından cezalandırılmaya layık görüldüğünün izahıyla ve devamında işlenemez suç olacak değerlendirdiğimiz eylemlerin, bu kapsamda görülüp görülemeyeceğini irdelemek suretiyle mümkündür.

I. CEZA KAVRAMI VE CEZANIN AMACI

A. Genel Olarak

Toplumsal hayatta bireylerin uyması gereken pek çok kural vardır. Bu çerçevede ahlak kuralları, nezaket kuralları, din kuralları, hukuk kuralları gibi çeşitli olgularla toplum düzeninin sağlanması amaçlanmaktadır. Bu kuralların bir kısmı düzenleyici, birçoğu da emredici niteliktedir. Toplumsal düzeni sağlamaya yönelik bu kurallara aykırı davranan ve toplum düzenini bozan kişiler ise toplum tarafından bazen dışlanma, ayıplanma bazen de hak yoksunluğuna sebep olacak çeşitli yaptırımlara tabi tutulurlar. İnsan toplulukları, *devlet* biçiminde toplum düzenine; *devlet ceza hukuku* anlayışına ulaşmadan önce aile, kabile, aşiret halinde yaşamakta iken bile topluluğa ilişkin bir ceza hukukuna sahiptiler⁶¹⁶. Devlet ceza hukuku ile, toplum düzenini bozan davranışlardan bir kısmı, toplum yapısına ve devlet anlayışına göre değişkenlik göstermekle birlikte, suç olarak tanımlanır ve devlet otoritesi tarafından yaptırıma tabi tutulur. Vatandaşların anayasal olarak güvence altına alınan özgürlüklerini yaşayabilmeleri için devlet, vatandaşları her türlü tecavüzden korumakla yükümlüdür. Devletin bu koruma görevini tam olarak nasıl yerine getirdiği esasen büyük ölçüde

⁶¹⁶ Dönmezer / Erman, C. I, kn. 65.

kendi takdirine bağlıdır. Ancak, ceza tehdidi yoluyla, kendisine değer atfedilen hukuki menfaatlerin korunması zorunlu olup, böylelikle ceza hukuku toplumdaki özgürlüğü korumaya hizmet eder ve bu da, çeşitli yollarla elde edilir⁶¹⁷.

Hukuki manada suç olgusu, konvansiyonel olarak, yasanın ihlali anlamını ifade eder⁶¹⁸. Gerçekten de toplumsal olarak düzene aykırı görülen her davranış biçimi suç olarak görülmez ve tanımlanmaz; meğerki, o davranış yasa koyucu tarafından suç olarak yasalaştırılsın. Ceza hukuku, devletin ceza hukuku ihlallerine tepkisini düzenleyen yasal normların toplamıdır⁶¹⁹. Daha geniş bir ifade ile ceza hukuku, devlet otoritesi tarafından ilan edilen, toplumun tüm üyeleri için aynı şekilde geçerli olan ve devlet otoritesi tarafından ceza yaptırımına tabi insan davranışlarına ilişkin belirli kurallar bütünü olarak tanımlanır⁶²⁰.

Ceza hukuku normları hukuksal değerlerin korunmasına hizmet eder. Ceza hukuku ile korunan hukuki değerler, insanların veya kurumların -beden, yaşam, özgürlük, mülkiyet, adaletin idaresi gibi- özgürce gelişmesini sağlayan özellikleridir. Bu değerler hukukun üstünlüğü ve refah devleti temelinde demokratik bir topluma hizmet etmeyi amaçlar. Bu doğrultuda ceza hukuku, bu değerleri, normlar yoluyla, onları tehlikeye atan veya zedeleyen davranışları yasaklayarak ya da onları koruyan veya korumaya hizmet eden davranışlar öngörerek korur⁶²¹.

Geçmişten günümüze cezanın ne olduğu, ceza ile ulaşılması hedeflenen amaçların neler olduğu gibi pek çok soru özellikle ceza hukukçuları tarafından sorulmuş ve bir cevap aranmaya çalışılmıştır. Nihai olarak bu soru ve cevaplar çerçevesinde işlenemez suçun cezaya değer bir davranış şekli olup olmadığı, cezalandırılması halinde ne gibi bir amaca hizmet edeceği veya etmeyeceği değerlendirilmiştir.

⁶¹⁷ Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte**, C.H. Beck, München, 6., neu bearbeitete Auflage, 2021, § 8, Rn. 2 - 4.

⁶¹⁸ Edwin H. Sutherland, **Principles of Criminology**, J. B. Lippincott Company, Chicago - Philadelphia, 1934, s. 4.

⁶¹⁹ Gropp, **StAT**, §1, Rn. 157.

⁶²⁰ Sutherland, **a.g.e.**, s. 4.

⁶²¹ Kindhäuser, **StAT**, § 2, Rn. 6.

1. Ceza Kavramı

Ünlü İtalyan düşünür *Becceria, Dei delitti e delle pene* isimli eserinde cezaların kökenini, birbirinden bağımsız ve ayrı yaşayan insanların savaş ve güvenlik kaygısı içerisinde yaşamaktan yorgun düşmeleriyle, korunmayan sözde özgürlüklerinden vazgeçerek toplum düzeni kurma ihtiyacı duymalarına bağlamıştır⁶²². Özgürlüklerinden vazgeçen insanların oluşturduğu toplumda, kendi özgürlüğü dahil başkalarının özgürlüğünü de ihlal etmeye yönelen kişilere karşı, bu ortak emanetin korunması için etkili araçlara ihtiyaç duyulmuştur. Böylelikle yasaları çiğneyecek olanlara karşı olan bu etkili araçlar da ceza olarak tanımlanmıştır⁶²³.

En ilkel toplumlardan en gelişmiş toplumlara kadar, bir insan topluluğunun bir arada yaşayabilmesi gerçekten de belirli kurallara tabi olmasına bağlıdır. Böylelikle belli düzen içerisinde yaşayan toplumun, bu düzenini bozan kişiye, işlediği fiil sebebiyle toplumun kınama duygusunu belirten bir yaptırımın uygulanması zorunlu olmuştur. Zaman içerisinde toplumsal gelişme ile şekillenerek türü ve uygulanış biçimi değişikliğe uğramış olsa da, toplumun kınama duygusunu içeren, kusur ile orantılı olarak, uygulandığı kişiye acı ve ızdırap veren ve suç işlenmesi ile bozulan toplum düzenini yeniden kurmayı amaçlayan yaptırım, ceza kavramını açıklamaktadır⁶²⁴.

Modern ceza hukuku anlayışında ceza kavramı, devletin kanunla koyduğu, topluma karşı yapılan zararlı fiillerin karşılığı olarak toplum adına uygulanan ve suçlu kimseyi bazı yoksunluklara tabi kılan toplumun söz konusu bu fiilleri onaylamadığını belirtmek üzere yargısal bir karar çerçevesinde, suç işleyen kimsenin sorumluluk derecesiyle orantılı olarak uygulanan yaptırım olarak tanımlanmaktadır⁶²⁵. Suçlu üzerinde güç kullanımı üzerindeki devlet tekeline uygulamak için hangi kişilerin ve hangi kurumların meşru yetkiye sahip oldukları ise sosyal normlara ve ahlaki kavramlara bağlı kalınarak değil, aynı zamanda pozitif hukuk gözetilerek kontrol edilmeli ve buna göre yapılan ihlallere olumsuz tepkiler (ceza yaptırımları) ile karşılık verilmelidir⁶²⁶. *Dönmezer / Erman*, ceza kavramını suçun tanımıyla ilişkilendirerek,

⁶²² Cesare Becceria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), 7. Baskı, İmge Kitabevi, 2018, s. 25. *Becceria*'nın hapis cezasına ilişkin görüşlerinin değerlendirmesi için bkz. E. Eylem Aksoy Retornaz, "Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme", **TBB Dergisi**, S. 112, 2014, s. 93 vd.

⁶²³ Becceria, **a.g.e.**, s. 26.

⁶²⁴ Önder, **C. I**, s. 11.

⁶²⁵ Dönmezer / Erman, **C. I**, kn. 9; Önder, **C. I**, s. 11; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 601 vd.

⁶²⁶ Martin Thiem, **Welchen Zweck hat Strafe? Untertitel Ein Vergleich der Straftheorien**, GRIN Verlag, München, 2006, s. 7 vd.

topluma veya toplumda yaşayan bireylere zarar veren yahut zarar vermese dahi zarar verme tehlikesine maruz bırakan hukuki ihlaller suç olarak tanımlanmış; bunun karşılığında bu ihlallerde bulunan kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne, özgürlüğüne veya mallarına ilişkin haklardan kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasını gerektiren yaptırımlara da ceza adı verildiğini ifade etmişlerdir⁶²⁷. Bu tanımla *Dönmezer / Erman* aynı zamanda topluma zarar verme tehlikesine maruz bırakmanın da cezalandırmaya değer bir davranış şekli olduğunu vurgulamaktadırlar.

Ceza, tamamen toplumun uğradığı maddi ve manevi zarara bağlıdır. Bu yüzden ki, mağduru kaçırarak sadece üç gün özgürlüğünden yoksun bırakan faile verilen dört yıl hapis cezasının ahlaki açıdan yanlış bir tarafı yoktur⁶²⁸. Çünkü o suçun işlenmesi ile yalnızca özgürlüğünden yoksun bırakılan mağdur değil, aynı zamanda toplum da zarara uğramıştır. Aynı şekilde, belirli bir mağduru olmayan bir suçluyu, askerlik hizmetinden veya vergilerden kaçan veya yasadışı olarak uyuşturucu ithal eden ya da başarısız bir şekilde herhangi bir suç işlemeye teşebbüs eden bir kişiyi cezalandırmak da buna dayanmaktadır. Çünkü ceza, mağduru uğradığı zarardan ziyade, toplumun uğradığı zarar veya zarar tehlikesine bağlıdır. İşlenemez suçun cezalandırılması meselesi de, tam da bu noktada tartışılmaktadır. Suçlunun mağdura vermiş olduğu zarar, topluma yasalarını çiğnemekle vereceği zararı veya bu zararın gerektirdiği cezayı belirlemez; ancak bu zararın mağdura verilen zarardan daha az olması da muhtemel değildir⁶²⁹.

Görülüyor ki, modern toplum düzeninde hukuken olması gereken ceza kavramı, bir devlet otoritesi tarafından uygulanan ve kişinin kusuruyla orantılı olarak, yargısal bir karar mekanizması içinde, toplum düzenini bozucu veya bozma tehdidine maruz bırakan eylemlerde bulunan kişilere karşı, toplum içerisinde yaşamının getirmiş olduğu belirli hak ve özgürlüklerden mahrum bırakan yaptırımları ifade etmektedir. Böylelikle hem toplum düzeni hem de o toplumda yaşayan her bir birey ile birlikte toplum içerisinde yaşamak uğruna feda edilen özgürlükler korunmaktadır. Bu doğrultuda bir eylemin suç olarak, diğer bir deyişle cezalandırmaya değer bir davranış şekli olarak tanımlanmasının başlıca ölçütü o eylemin yalnızca birey

⁶²⁷ Dönmezer / Erman, C. I, kn. 7.

⁶²⁸ Van Den Haag, a.g.e., s. 62.

⁶²⁹ A.g.e. Cezanın özel önleme niteliği ile failin kusurunun ölçüsünden daha az bir cezanın tayin edilemeyeceği tartışmalı ise de, Alman Federal Mahkemesi içtihadında şu formülü benimsemiştir: “ceza ve kusur arasındaki oran esas olduğuna göre, kusura uymayan ne fazla ne de az ceza verilemez”. BGHSt 24, 132, 134; 29, 219,321 (naklen, Hans Heinrich Jescheck, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri”, (Çev. Ayhan Önder), İÜHF, C. 48, S. 1 - 4, 1983, s. 488).

açısından değil aynı zamanda toplum açısından da tehlike arz etmesidir. Bu nedenledir ki, sözleşmeye aykırılık gibi özel hukuk meseleleri hukuka aykırı olsa da, çoğu zaman suç kapsamında değerlendirilmezler. Ceza verilmek suretiyle suç işleyen kişiye “madem ki, suç işleyerek bu topluluğun kurallarına uymaktan kaçınıyorsun, o halde bu toplulukta yaşamının getirmiş olduğu bazı haklardan da mahrum bırakılmalısın” mesajı verilmektedir. Bu durum adeta, en masum tabiriyle, oyunu kuralına göre oynamayan bir çocuğun oyundan çıkarılmasına benzetilmektedir.

2. Cezanın Amacı ve Cezanın Amacına İlişkin Teoriler

a. Genel Olarak

Ceza hukukunun amacının tespiti meselesi kanun koyucunun hangi davranışları suç olarak tanımlayacağı ve cezalandıracağı sorusu ile ilgilidir⁶³⁰. Devletin hangi davranışı yasaklaması gerektiği sorusunun cevabı toplumun ilgili değerlerine bağlıdır, bu yüzden belli bir dereceye kadar görecelidir⁶³¹. Nitekim, ceza yaptırımına bağlanan suçlar da, ilgili cezalar gibi zamanla değişir ve aynı zamanda farklı yerlerde çok farklı cezalar uygulanabilir. Ceza hukukunun göreceliğine bir örnek olarak, katı bir şekilde İslam hukukunun hakim olduğu toplumlarda, şeriat hukuku tarafından kesinlikle yasaklanmış ve cezalandırılabilir olan ancak batı dünyasında herhangi bir şekilde ceza hukuku yaptırımına tabi olmayan alkol tüketimi gösterilebilir. Oysa ki, devletin şeriatı ölçüt olarak aldığı ülkelerde, alkol tüketimini suç haline getirilmiştir⁶³². Benzer şekilde marihuana ve benzeri uyuşturucu maddelerin kullanımının genellikle yasaklanmış olduğu, bununla birlikte bugün sayısı artan şekilde kimi ülkelerde ceza yaptırımına bağlanmamış olabildiği görülmektedir. Bu durum Avrupa'nın bazı ülkelerinde ve hatta Amerika Birleşik Devletlerinde eyaletten eyalete farklı şekillerde düzenlenmiştir. O halde söylenebilir ki, devletin hangi davranışları yasaklaması gerektiği sorusu, zaman zaman içerisinde bulunduğu toplumun sahip olduğu kültürel, dini değerlerine göre değişkenlik gösterebilmektedir.

Ceza hukuku göreceli olmakla birlikte, toplum düzenini bozan ve devlet otoritesi tarafından suç olarak nitelendirilen davranışların cezalandırılmasını öngören

⁶³⁰ Bu soru aynı zamanda cezanın meşrulaştırılması ile de ilgilidir. Bkz. Gropp, *StAT*, §1, Rn. 161.

⁶³¹ Baumann / Weber / Mitsch / Eisele, *a.g.e.*, §2, Rn. 4.

⁶³² Kai Ambos / Christian Steiner, “Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene”, *JuS*, Heft 1, 2001, s. 9.

kurallar bütünü olarak, ceza hukukunun mutlak iki fonksiyonu bulunmaktadır. Adeta ceza hukukunun görevini de teşkil eden bu iki fonksiyondan ilki, ceza hukukunun cezalandırıcı niteliği iken, ikincisi ise koruyucu olmasıdır. Ceza hukuku, suç işlenerek bozulan toplum düzenini, cezalandırma fonksiyonu ile yeniden kurmakta; böylelikle ceza hukuku, cezalandırma fonksiyonu ile birlikte aynı zamanda toplumu suç işleyen kişiden arındırarak ikinci fonksiyonu olan koruyucu fonksiyonunu da yerine getirmiş olmaktadır⁶³³.

Ceza hukukunun en temel sorusunu teşkil eden, devletin vatandaşlarını cezalandırma hakkını nereden elde ettiği sorusu ise yukarıda başlangıçta belirttiğimiz şekilde, yüzyıllardır farklı ve ayrıntılı olarak yanıtlanmaya çalışılmıştır⁶³⁴. Bu sorunun yanıtı kesin olmasa da, bugün büyük ölçüde tartışmasız olarak kabul edilen tek şey, devletin, vatandaşlarının barış içinde bir arada yaşamasını garanti altına almak için özellikle sosyal olarak zarar verici davranışları cezalandırma hakkına sahip olması gerektiğidir⁶³⁵.

b. Cezanın Amacı

Modern anlayışa göre, ceza hukuku tek bir asli amaca hizmet eder: Toplumdaki insanların bir arada yaşamasının korunmasını sağlamak. Bu bağlamda söz konusu amacı gerçekleştirmek üzere ceza hukukunun “*hukuki menfaatlerin korunması*” aracı olarak görülmesi fikri ise *Platon* ve *Seneca*'ya kadar uzanır ve bu düşünce modern zamanlarda özellikle *Franz von Liszt* aracılığıyla yeniden önem kazanmıştır⁶³⁶. Buna göre ceza hukukunun amacı, korunması insanların düzenli bir şekilde bir arada yaşaması için elzem olan ve ihlal edilmesi topluluk içindeki barışı tehlikeye atacaktır⁶³⁷. Bu hukuki menfaatler hem hayat, hürriyet ve mülkiyet gibi bireysel menfaatleri, hem de devletin otoritesi, düzeni ve organlarının işleyişi gibi ortak menfaatleri içerebilecektir. Bu bağlamda, yaşam hakkı veya hareket

⁶³³ Önder, C. I, s. 3 - 4.

⁶³⁴ Baumann / Weber / Mitsch / Eisele, a.g.e., § 3, Rn. 18; Walter, LK, § 13, kn 14.

⁶³⁵ Kindhäuser, StAT, § 2, Rn. 8.

⁶³⁶ Ambos / Steiner, a.g.e., s. 9. Cezanın, suç işleyen kişinin rehabilite edilmesi suretiyle toplumun korunması şeklinde özel önleme amacı olduğunu savunan *von Liszt*, Marburg programı ile modern özel önleme teorisini şekillendirmiştir. Bkz. aşağıda, *Üçüncü Bölüm, I, A. 2., b., i.*

⁶³⁷ Einführung in das Strafrecht, in: Karl Helmut Schnell / Heinz-Peter Ebert (Hrsg), **Disziplinarrecht, Strafrecht, Beschwerderecht der Bundeswehr**, 27. aktualisierte Auflage, Regensburg/Berlin, Walhalla Fachverlag, 2012, Kapitel C25a, s. 446; Thiem, a.g.e., s. 2; Kindhäuser, StAT, § 2, Rn. 6; Murmann, a.g.e., § 8, Rn. 10, 12.

özgürlüğü gibi bireysel hukuki menfaatler ile çevre veya yol güvenliği gibi toplu hukuki menfaatler arasında bir ayrım da yapılmaktadır⁶³⁸. Ceza hukuku, koruyucu işlevini, tüm bu menfaatler bakımından hem ceza yaptırımları şeklinde ortaya konan ve toplumsal olarak adil davranışı tesis eden hukuk normları aracılığıyla “önleyici” olarak, hem de bozulan yasal barışı yeniden tesis etmek için bireysel durumlarda bir ceza vererek “baskıcı” bir şekilde yerine getirmektedir⁶³⁹.

Bununla birlikte, kural olarak, toplum düzeninin sağlanması için ceza hukukunun uygulanmasına gerek yoktur; zira ideal bir toplumda çoğunluk gönüllü olarak yasal düzene saygı duyar. Aile, okul, mahalle, dernekler, kulüpler gibi “*genel sosyal kontrol sistemi*” başarısız olduğunda ve diğer devlet problem çözme yöntemleri (özel hukuk davası gibi) etkisiz kaldığında, ceza hukuku yöntemlerine başvurulur⁶⁴⁰. Bu nedenle, ceza hukukunun ikincilliği söz konusudur ve ceza hukuku *ultima ratio* (son çare) bir çözüm yöntemi olarak anlaşılmalıdır ve bu son çarenin, ancak daha hafif yöntemler yeterli olmadığında kamu otoritesinin ikincil olarak müdahale etmesi anlamına gelmesi gerektiği kabul edilmelidir⁶⁴¹.

c. Cezanın Amacına İlişkin Teoriler

Cezanın amacının ne olması gerektiğine ilişkin bugüne kadar gerek felsefe gerek hukuk alanında pek çok tartışma yürütülmüş ve bu çerçevede şekillenen teoriler ortaya atılmıştır. Bu teoriler temel olarak, mutlak ve nisbi ceza teorileri olarak ayrılabilir. Mutlak ceza teorileri işlenen suçu cezalandırmayı amaçlarken, nisbi ceza teorileri gelecekteki suçları önlemeyi amaçlar⁶⁴². Cezanın herhangi bir ikincil etki ve dolayısıyla geleceğe yönelik herhangi bir amaç atfetmeksizin, fiilin yanlışlığına karşı adil bir eşitleme aracı olarak görüldüğü fikri çerçevesinde ileri sürülen mutlak adalet teorisi, cezayı yalnızca adalet ve somut eylem ile bağdaştırır ve başka bir amaç aramaz⁶⁴³. Ayrıca cezanın gelecekte bu tür eylemleri engelleyeceğini umarak, cezaya geleceğe yönelik bir anlam verilebilir. Bu görüşü esas alan nisbi, faydacı teoriler ise bu fikre dayanır çünkü işlenen somut eylemle hiçbir ilgisi olmayan amaçlar için cezayı araştırmaları; cezanın koruyucu amacı vardır ve sadece gelecekte böyle bir eylemi

⁶³⁸ Kindhäuser, *StAT*, § 2, Rn. 6

⁶³⁹ Schnell / Ebert, *a.g.e.*, C25a, s. 446 vd; Thiems, *a.g.e.*, s. 2.

⁶⁴⁰ Ambos / Steiner, *a.g.e.*, s. 10.

⁶⁴¹ Kindhäuser, *StAT*, § 2, Rn. 8.

⁶⁴² Murmann, *a.g.e.*, § 8, Rn. 17.

⁶⁴³ Ambos / Steiner, *a.g.e.*, s. 11.

önlemeye yöneliktir. Nihayetinde her iki yaklaşım da tatmin edici olmayan sonuçlara yol açtığından, kefarete ve önleme fikirlerini bağlantılı veya karşılıklı olarak tamamlanmasını gerektiğini savunan karma teori ortaya çıkmıştır.

i. Mutlak Teori: Cezanın İntikam (Misilleme) ve Ödetme (Kefaret) Amacı

Mutlak ceza teorisine göre, cezalandırma failin işlemiş olduğu suça karşılık ceza verilmesiyle haksızlığın telafi edilmesi düşüncesine dayandırılmaktadır. Bu doktrine göre ceza, onunla ulaşılabilecek herhangi bir amaçtan değil, yalnızca bir fikrin gerçekleşmesinden kaynaklanır: Adalet. Bu nedenle ceza aslen herhangi şeye hizmet etmez, ancak kendi amacına sahiptir⁶⁴⁴. Eski zamanlardan beri süregelen yerleşik bir görüş cezanın amacının kefarete olduğuudur. Bu fikirde birçok farklı düşünce silsilesi bir araya gelir. Bir yandan suçlu, işlediği suçun bedelini acı çekerek telafi etmelidir. Öte yandan, ceza bir kez uygulandığında, örtülü bir kefarete ödetme fikri vardır. Suç cezayla ödenmiştir, artık geçmişe bir sünger çekilmiştir. Suç ve ceza arasında bir tür denge kuran bu ilke, intikam - öç alma doktrininde de görülür ve bir kavramı diğerinden ayırmak genellikle zordur⁶⁴⁵.

Acı çekerek suçu veya günahı temizleme fikri oldukça geçmişe dayanır. İlkel kabilelerin tanrılara karşı bir suç işlediğinde hissettiği kirlilik hissi ve kirlenme korkusuna kadar dayanan, acı çekerek arınma ritüeli çok eski bir inançtır ve çeşitli dinlerde de görülür. Dahası, kefarete teorisi, suç ve günahın eşanlamlı olduğu zamanlardan kalma bir miras olan günahı cezalandırmanın insanın görevi olduğu önermesine dayanır. Ancak bugün, suç olmayan pek çok günah olduğu gibi aynı şekilde, günah olmayan pek çok hukuken yaptırıma bağlanmış suç olduğu da bilinmektedir⁶⁴⁶.

Mutlak ceza teorilerinin yol gösterici ilkesi "*punitur, quia peccatum est*" dir⁶⁴⁷: Suç işlenerek adaletsizlik yapıldığı için suçlu cezalandırılır. Cezalandırmanın

⁶⁴⁴ Claus Roxin, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", in **Strafrechtliche Grundlagen-Probleme**, De Gruyter, Berlin - NewYork, 1973, s. 2.

⁶⁴⁵ Gerald Gardiner, "The Purposes of Criminal Punishment", **Modern Law Review**, Vol. 21, N. 2, March 1958, s. 117.

⁶⁴⁶ **A.g.e.**, s. 118 - 119.

⁶⁴⁷ "*Ceza, suç işlendiği için verilir*". Gropp, **StAT**, §1, Rn. 171, dpn. 148.

gerekçesi, failden ve onun kınanabilir davranışından kaynaklanmaktadır⁶⁴⁸. Cezanın gelecek için değil, failin toplum düzenini bozmuş olması nedeniyle uygulanmasını savunan mutlak ceza teorilerinde özellikle *Immanuel Kant* ve *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*'in etkilerini görülür⁶⁴⁹. *Kant*'a göre cezanın görevi adaletin uygulanmasıdır. Fail sadece suç işlemiş olduğu için cezalandırılabilir; dahası adalet gerçekleştirilmelidir çünkü adaletin gerçekleştirilmesi başlı başına bir zorunluluktur. Adalet ortadan kalkarsa, insanların yeryüzünde yaşamasının artık hiçbir değeri kalmaz. Ceza sadece faile bir suç işlediği için verildiğinden, fail bir suç işlediği durumlarda daima ceza verilmelidir⁶⁵⁰.

Kant'ın yanı sıra, Alman idealizminin ikinci büyük temsilcisi olan *Hegel* de, suç teşkil eden eylemi yasanın yadsınması anlamında yasanın ihlali olarak anlar; ve bu bağlamda ceza ise kefaret anlamına gelir⁶⁵¹. *Hegel*'e göre suç hukukun inkarıdır⁶⁵²; ceza ise suçlunun hukuka aykırı iradesinin geçerli olmadığını göstermeye hizmet eder⁶⁵³.

Mutlak teori, görüldüğü üzere intikam ve kefaret amaçlarını içerir. İntikam teorisine göre cezanın amacı, ihlal edilen hakkı geri vermektir ve bu bağlamda farazi olarak bir borç ödenmesinden de söz edilebilir. Teorinin geri planındaki fikri, failin, mantıklı bir kişi olarak, kendisinin de bir parçası olduğu düzeni ihlal etmesi ve bunu yaparken de, başkalarının haklarını hiçe saymasıdır⁶⁵⁴. İntikam teorisinin dogmatik temelleri filozoflar *Kant* ve *Hegel*'e dayandırılırken, modern ceza hukukunda intikam (misilleme) teorisinin, Alman CK § 46 1. fıkrasının 1. cümlesinde kendisine yer bulduğu kabul edilir⁶⁵⁵. Bu anlayışa göre, “suçluluk, cezanın belirlenmesinde esastır”.

⁶⁴⁸ Kindhäuser, *StAT*, § 2, Rn. 9.

⁶⁴⁹ Gropp, *StAT*, §1, Rn. 172. Ayrıca bkz. Melike Belkıs Aydın, “Kant ve Hegel'in Felsefesinde Cezanın Amacı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2020, s. 126 vd.

⁶⁵⁰ *Kant*, hukuku, “genel bir özgürlük yasasına göre bir kişinin keyfiliğinin diğerinin keyfiliğiyle birleştiği koşulların özü” olarak görür. Bununla birlikte *Kant*, adil cezayı (*poena forensis*) şöyle açıklar: “Ceza hiçbir zaman yalnızca suçlu için veya toplum için başka bir iyiliği teşvik etme aracı olarak kullanılmamalıdır, her zaman yalnızca bir suç işlediği için ceza uygulanmalıdır”. *Kant* bunu ünlü ada örneğinde de açıklar: “Ada halkı tümüyle adadan göç etmek için ayrılrsa dahi, ilk adaletin sağlanması için son katilin hapisanede asılması gerekir”. Adaletin sağlanması, mutlak eşit muameleyi gerektirir ve bu, aynı zamanda suçun tazminini de içerir. Gropp, *StAT*, §1, Rn. 174 - 175; Murmann, *a.g.e.*, § 8, Rn. 20.

⁶⁵¹ Kindhäuser, *StAT*, § 2, Rn. 9 - 10; Baumann / Weber / Mitsch / Eisele, *a.g.e.*, § 2, Rn. 44; Gropp, *StAT*, §1, Rn. 173; Wessels / Beulke / Satzger, *a.g.e.*, § 1, Rn. 22.

⁶⁵² Önder, *C. II - III*, s. 515.

⁶⁵³ Kindhäuser, *StAT*, § 2, Rn. 10; Gropp, *StAT*, §1, Rn. 179.

⁶⁵⁴ Murmann, *a.g.e.*, § 8, Rn. 22.

⁶⁵⁵ Kindhäuser, *StAT*, § 2, Rn. 9.

Cezanın anlamı olarak misilleme ve kefarete mutlaklıdır; cezanın anlamını herhangi bir birey veya toplumsal amaçtan kopuk olarak gördükleri için, mutlak ceza teorilerine yüklenen anlamdır⁶⁵⁶. Cezanın nedeni, yasağın kendisine saygı duyulmasıdır ve cezanın ağırlığı, suçun ciddiyetine karşılık gelir. Dolayısıyla ceza, o davranış için ödenmesi gereken adil bir tazminat olarak anlaşılır. Mutlak teori cezayı başlı başına bir amaç olarak görür. Failin topluma karşı gerçekleştirdiği fiil karşılığında acı ve ızdırap duyarak kötülüğünün kefareti ödemesi cezanın anlamı ve amacı olarak görülür. Bu nedenle ceza suçla mücadelede araç olarak görülmez, temelde amaç failin kötülüğü sebebiyle acı çekmesidir⁶⁵⁷. İşlenemez suçun failin gerçekleştirmeyi tasavvur ettiği suça göre cezalandırılması, yahut işlenemez suça ceza verilmesi yönündeki Antik Roma ve Pandekt hukukundaki görüşler ve uygulamalar da aynı gerekçeye dayanmaktadır.

Suç ödendiğinde yani fail cezasını çektiğinde artık toplum da faile yardım etmeye daha hazırdır, öyle ki eski mahkumlara yönelik birtakım gönüllü organizasyonların ortaya çıkması da kefarete amacının yerine getirilmesinin olumlu sonuçlarındandır. Yine de bu olumlu sonuç, kefarete inancının bazı suçlular üzerindeki olumsuz etkisiyle bazen göz ardı edilebilir. Cezasını çeken kişi artık cezasının bedelini ödemiş, geçmişe sünger çekilmiş ve bu böylelikle de bir açıdan yeni suçlar işlemekte özgür hale gelmişlerdir⁶⁵⁸.

Elbette ki, cezanın kefarete amacı taşıması sadece suç işleyen kişinin günahlarından arınması için değildir. Kefaretin bir diğer amacı, *lex talionis*'a yani *kıyas yasasına* dayanır. *Lex talionis*, ortak bir duyguya yanıt verir: haksız yere zarar veren kişi bundan yararlanamamalı ve zarar verdiği kişiye tazminat ödemelidir. Kendisine zarar veren şeyi incitme arzusu, insanlığın kendisi kadar eskidir ve ceza tarihi boyunca var olmuştur. Basitçe, kendisine zarar verilen kişi, zarar veren kişinin de zarar görmesi gerektiğini savunur. Böylelikle eşitlik yeniden sağlanarak, ilk zarar veren herhangi bir göreceli kazançtan mahrum bırakılmış olur⁶⁵⁹.

Mutlak ceza teorilerine yönelik ana itiraz, modern ceza hukukunun mutlak adalet için çabalayamayacağı ve çalışmayacağı; modern ceza hukukunda cezanın

⁶⁵⁶ Gropp, *StAT*, §1, Rn. 171.

⁶⁵⁷ Önder, **C. I.**, s. 12; aynı doğrultuda bkz. Ambos / Steiner, **a.g.e.**, s. 11.

⁶⁵⁸ Gardiner, **a.g.e.**, s. 118.

⁶⁵⁹ Ernest Van Den Haag, "The Lex Talionis before and after Criminal Law," **Criminal Justice Ethics**, Vol. 11, N. 1, Winter/Spring 1992, s. 61. Bu teori aynı zamanda "*adalet teorisi*" olarak da anılmaktadır. Bkz. Nur Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, İzmir, 2001, s. 338; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **a.g.e.**, s. 825.

ancak toplumsal barış düzenini korumak için gerektiği kadar cezalandırabileceği noktasında yoğunlaşmıştır⁶⁶⁰. Mutlak adalet fikrinde neyin adalete uygun olup olmadığını karar verme duygusu insana özgüdür ve bu karar mekanizması ancak insanlar tarafından yönlendirilebileceği için devlet tarafından net bir şekilde uygulanamaması ve teoride toplumsallaşmanın, diğer bir ifadeyle insan faktörünün göz ardı edilmesi öğretide eleştirilmektedir⁶⁶¹. Bununla birlikte mutlak teori, cezanın amacının kefaretilerle açıklanmasının mümkün görülmemesi nedeniyle de eleştirilere uğramıştır. Özel olarak kefaretiler teorisi yönünden ise, teoriye göre fail, maruz kaldığı ceza ile işlemiş olduğu suçun adil bir şekilde denkleştirildiğini kabul eder ve bu nedenle kendi iç dünyasında uyum bulurken, teorisinin aksayan yönü, failin tüm bunları ancak kendi özgür iradesiyle yapabilecek olmasıdır; bu yönüyle kefaretiler teorisi doğru görülmez⁶⁶².

Mutlak teoriler cezanın zorunlu olması gerektiğini kendi meramınca açıklamaktadır ancak ne zaman ceza verilmesi gerektiği ve hangi hallerde devletin ceza koyma yetkisine sınır çizilmesi gerektiği noktalarında zayıf kalmaktadır⁶⁶³. Bununla birlikte, cezanın toplumun korunması amacının bu teoride kabul edilmemesi de önemli bir eksiklik olarak kabul edilmektedir⁶⁶⁴.

ii. Nisbi (Önleyici) Teori: Cezanın Önleme Amacı

Nisbi teorilerde cezanın amacı, cezanın önleyici nitelikte ve etkide olmasıdır. Cezanın uygulanması ile toplum ileride işlenecek suçlardan da korunmakta ve böylelikle suç ile mücadele edilmiş olmaktadır. Bu nedenle nisbi teorilerin, faydacı teoriler olarak adlandırıldığı da görülmektedir⁶⁶⁵. “*Punitur, ne peccetur*”⁶⁶⁶ olarak formüle edilen nisbi teori uyarınca, cezanın amacı yalnız gelecek bakımından temin edilecek yarar ve ihtiyaca dayandırılır⁶⁶⁷. Diğer bir ifadeyle ceza, adaletsizlik hasıl

⁶⁶⁰ Gropp, *StAT*, § 1, Rn. 180.

⁶⁶¹ Murmann, *a.g.e.*, § 8, Rn. 26.

⁶⁶² *A.g.e.*, Rn. 27.

⁶⁶³ Önder, *C. II - III*, s. 516; Centel, *a.g.e.*, s. 338 - 339.

⁶⁶⁴ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, *a.g.e.*, s. 826.

⁶⁶⁵ Önder, *C. I*, s. 12. Hukuki menfaatlerin etkin bir şekilde korunmasında ceza hukukunun görevini olarak görülse de, bu amaca ne şekilde ulaşılabilirliği kesin değildir. Faydacı (nisbi) teorilerin ortak noktası, cezalandırma yoluyla gelecekteki ihlallerini önlemek ancak zaten işlenmiş suç için misilleme yapmak istememeleridir. Ancak bu istenen önleyici etkiye farklı şekillerde ulaşılması hedeflenmektedir. Bir cezanın (veya ceza tehdidinin) önleyici etkisinin, suç türüne bağlı olarak pek çok farklı şekilde değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Ambos / Steiner, *a.g.e.*, s. 12.

⁶⁶⁶ “*Ceza, suç işlenmemesi için verilir*”. Gropp, *StAT*, § 1, Rn. 160, dpn. 160.

⁶⁶⁷ Önder, *C. II - III*, s. 517.

olmaması için verilir ve bu nedenle ceza sorumluluğu sadece gelecek için önemli olduğundan, cezanın bir önleyici tedbir mekanizması olarak da hizmet etmesi amaçlanmıştır⁶⁶⁸.

Öte yandan, ceza hukuku bir nevi suç hukuku olduğundan, toplumun tehlike arz eden kişilerden korumaya yönelik tüm ihtiyaçları ceza hukuku tarafından karşılanamaz. Böylelikle bir ihtiyaç haline gelen önleyici ceza yaptırımını olarak karşımıza çıkan güvenlik tedbirleri⁶⁶⁹, pozitivizmin etkisiyle ceza hukuku yaptırımlarına dahil olarak ceza kanunlarında yerini bulmuştur. Güvenlik tedbirlerinin temel özelliği ise, işlenen bir suçun neticesi olarak ve fakat failin fiiline yönelik kusurundan bağımsız bir şekilde, failin tehlikeliliğini ortadan kaldırmak amacıyla uygulanmalarıdır⁶⁷⁰. Güvenlik tedbirlerinin amacı hususunda geniş bir fikir birliği vardır. Bu amaç genel kabule göre, suçun kendi başına böyle bir müdahaleyi haklı kılıp kılmayacağına bakılmaksızın failin gelecekteki hukuk ihlallerini önlemek veya halkı tehlikeli failden korumaktan ibarettir⁶⁷¹. Güvenlik tedbirleri her ne kadar klasik anlamda bir ceza teşkil etmese de, güvenlik tedbirlerinin uygulanması suretiyle cezanın önleyici işlevinin yerine getirebileceği söylenebilir. Böylelikle, mutlak ceza teorilerinin *ceza geçmişe yöneliktir* savının aksine, nisbi teoriler ile geleceğe yönelik olarak, suç işlenmesinin önlenmesi suretiyle toplumun korunması amaçlanmaktadır.

Nisbi teoriler içerisinde cezanın özel önleme amacı ve genel önleme amacına yönelik iki alt teori yer almaktadır. Nisbi teori taraftarları, mutlak teori taraftarının aksine, cezanın farklı amaçlara hizmet ettiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda cezanın infaz edilmesi ile genel önleme etkisinin olduğunu kabul eden genel önleme teorisyenleri gibi, cezanın etkisinin yanı sıra özel önlemeye hizmet edeceğini ifade eden teorisyenler de mevcuttur. Tüm bu görüşler cezanın amacını nisbi teori çerçevesinde değerlendirmektedir⁶⁷².

⁶⁶⁸ Murmann, **a.g.e.**, § 8, Rn. 19.

⁶⁶⁹ Güvenlik tedbirleri terimi hukukumuzda 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da kullanılmaya başlanmış; mülga 765 s. TCK'da bu kavram, önleyici tedbirler olarak ifade edilmiştir. Kapsam olarak benzer yapıda olan bu tedbirler, Alman ceza hukukunda iyileştirme ve güvenlik tedbirleri (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) olarak Alman CK § 61 - 72'de düzenlenmiştir.

⁶⁷⁰ Dönmezer / Erman, **C. I.**, kn. 205.

⁶⁷¹ Alman doktrininde failin suç işlemesini önleme amacı taşıyan bu tedbirler, toplumun öncelikli menfaatinin korunmasıyla meşrulaştırılır. Bu nedenle bu tedbirler ancak sağladıkları genel halkın korunması amacının, ilgili kişilerin uğradıkları zararlardan (esasen özgürlüklerinden yoksun bırakan türden zararlardan) daha ağır basması sebebiyle ve şartıyla meşrudur. Jörg Kinzig in: Adolf Schönke / Horst Schröder (Hrsg.), **Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H., München, 2019, § 61, Rn. 3 - 4.

⁶⁷² Önder, **C. I.**, s. 13.

(a). Özel Önleme Teorisi

Cezanın anlamı olarak sosyal rehabilitasyonu esas alan özel önleme teorisinde odak noktası suç işlendikten sonra ileride meydana gelebilecek suçlardan korunmak için suçluyu iyileştirmektir⁶⁷³. Özel önleme teorisine göre, faili etkileyerek gelecekteki suçların önüne geçilmelidir. *Franz von Liszt*'e göre ceza, her şeyden önce bir kimsenin yeniden suçlu olmamasını sağlar. Bir yandan bu durum, psikolojik bir etkiyle, failin ya yeniden sosyalleştirildiği ya da caydırıldığı şekilde gerçekleşir. Failin erişilebilir olmaması durumunda, doğrudan zorlama (örneğin, onu hapsederek) ile failin zararsız hale getirilmesini sağlar⁶⁷⁴.

Özel önleme teorisinde, bireysel olarak, fail üzerinde üç şekilde hareket edilerek cezanın önleyici etkisinin sağlanacağı umulmaktadır: Ceza yoluyla toplum failden korunacak, fail daha sonraki eylemlerden caydırılacak ve cezanın infazı sürecinde fail (yeniden) sosyalleştirilecek ve böylece fail tekrar suç işleme eğiliminde olmayacaktır⁶⁷⁵.

Özel önleme teorisi, failin yeniden suç işlememesine yoğunlaşmıştır. Kefaret teorisinin tersine bu teoriye göre cezanın amacı geleceğe yöneliktir⁶⁷⁶. Cezanın, işlediği suç karşılığında ceza yaptırımına maruz kalan failin böylelikle ileride tekrar suç işleyerek tekerrür halinde olmasına engel olma amacı taşıması gerekir. Cezanın bu amacının gerçekleşmesi için cezanın bazı hususlar ihtiva etmesi gerekir. Buna göre, infaz edilen cezanın faili ileride suç işlemekten alıkoymasına için, korkutucu nitelikte olması, faili toplum düzenine uyum sağlayacak şekilde uslandırması ve aynı zamanda toplumdan uzaklaştırılan faili toplum için zararsız bir hale de getirmiş olması gerekir⁶⁷⁷.

Özel önlemin muhatabı, cezayla gelecekteki eylemlerden caydırılacak olan belirli bir faildir. *Marburg* programı⁶⁷⁸ ile modern özel önleme anlayışını kararlı bir şekilde şekillendiren *von Liszt*'e göre özel önleme üç şekilde olur:

⁶⁷³ Gropp, *StAT*, § 1, Rn. 189.

⁶⁷⁴ Kindhäuser, *StAT*, § 2, Rn. 12. Zararsız hale getirme ilkesinin, Alman CK güvenlik önlemlerini düzenleyen § 61 ve devamında görülebileceği yönünde bkz. Murmann, *a.g.e.*, § 8, Rn. 30.

⁶⁷⁵ Ambos / Steiner, *a.g.e.*, s. 11 - 12.

⁶⁷⁶ Centel, *a.g.e.*, s. 340.

⁶⁷⁷ Önder, *C. I.*, s. 13.

⁶⁷⁸ Hukukun üstünlüğünü savunan ve liberal modele dayalı sistematik ceza hukuku dogmatikini temsil eden *von Liszt*, ceza politikası tarihinin başlangıç noktasını, adını 1882'deki açılış konuşmasından alan

- Islah edilebilen suçluların ıslahı (rehabilitasyonu),
- Islaha ihtiyaç duymayan suçluların caydırılması (uyarı cezaları yoluyla caydırıcılık),
- Islahı mümkün olmayan suçluların zararsız hale getirilmesi (örneğin, önleyici tutuklama)⁶⁷⁹.

von Liszt'e göre sosyal olarak hem zararlı hem de koşullandırılmış bir davranış olan suç, suçlunun davranışının nedenleri araştırılarak kriminoloji yardımıyla açıklanmalıdır. Sosyal olarak koşullandırılmış olan bir davranış olarak suça karşılık ceza daha sonra bir uyarı ve iyileştirme görevi görmektedir. Eğer cezanın fail üzerinde iyileştirme etkisi mümkün değilse bile cezanın amacı, en kötü durumda suçluyu zararsız kılmak için onu güvence altına almaktır. Bu doğrultuda *von Liszt*'in görüşüne göre, ceza yalnızca sosyal olarak gerekli ise adildir ve ceza ancak gerekli olan çerçevede verilebilirken, sosyal koşullar cezayı gerektirmediği ölçüde ceza da anlamını yitirecektir⁶⁸⁰.

Özel önleme teoreminde, verilen ceza ile toplum failden korunur ve daha fazla suç işlemekten de alıkonulur. Bununla birlikte ceza sistemi içerisinde kalmaması ve mükerrer suçlu olmaması için failin yeniden sosyalleştirilmesi amaçlanır. Ancak özel önleme teorisinin bu yaklaşımı, özel önleme amacına yönelik eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Teori gereğince suçlunun yeniden sosyalleşinceye kadar cezaevinde tutulması gerekirken,⁶⁸¹ bu da cezanın süresinin belirsizliği anlamına gelmektedir. Yeniden sosyalleşme teorisi ve pratiği arasındaki tutarsızlık söz konusudur olduğu; faillerin uygun şekilde terapi programları yoluyla mükerrerliği engelleme olasılığının, şimdiye kadar pratikte büyük ölçüde etkisiz kaldığı; zira özel önlemeye yönelik amaçsal yaklaşım, yine de failin içsel sınırlamasından yoksun olduğu ifade edilmiştir⁶⁸². Sonuç itibarıyla, *Hegel*'in daha önce formüle ettiği şu itiraz hala geçerlidir: “*Bir yetiştikini zorla yetiştirmek insanlık dışıdır*”⁶⁸³. Bu yönde, özel önleyici ceza teorisine yönelik bir diğer itiraz da, modern ceza hukukunun failin fikrini

“*Marburg Programı*” ile ceza hukuku teorisini temellendirmiştir. *von Liszt* bu konuşmasıyla özellikle önleyici amaçlar içeren yeni suç ve ceza politikasının önünü açmayı amaçlamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Wolfgang Naucke, “Die Kriminalpolitik de Marburger Programms 1882”, **ZStrW**, B. 94, H. 3, 1982, s. 525 - 564; Heinz Schöch, “Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie”, **ZStrW**, B. 94, H. 4, 1982, s. 864 - 887.

⁶⁷⁹ Kindhäuser, **StAT**, § 2, Rn. 12.

⁶⁸⁰ Gropp, **StAT**, § 1, Rn. 191.

⁶⁸¹ Centel, **a.g.e.**, s. 341.

⁶⁸² Ambos / Steiner, **a.g.e.**, s. 12.

⁶⁸³ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, **Grundlinien der Philosophie des Rechts**, Berlin, 1821 (naklen, Ambos / Steiner, **a.g.e.**, s. 12).

değiştirmesini talep etme hakkına sahip olmamasıdır. Aksine, failin dış dünya tarafından sosyal olarak kabul edilebilir bir şekilde davranması yeterlidir⁶⁸⁴.

(b). Genel Önleme Teorisi

Cezanın genel önleme amacı içermesi gerektiği yönündeki bu görüşe göre, cezanın amacı, suç işleyen kişinin cezalandırılması ile bunun psikolojik etkisinin toplum üzerinde hissedilmesidir ve bu nedenle cezanın toplumu da caydırıcı nitelikte olması gerekmektedir. Cezanın kanunda mevcut olması ve suç işleyen kişinin mutlak olarak bu ceza ile cezalandırılacağına görülmesi toplum için bir ihtar niteliğindedir. Cezanın genel önleme etkisinin olumlu tarafı olarak nitelendirilen bu durumda, suç işleyenlerin cezalandırıldığını gören toplum, suç işlemekten kaçınacaktır⁶⁸⁵.

Genel önleme teorileri, ceza kavramı ile toplum üzerinde önleyici bir etki vaat etmektedir. Teori ile bir yandan ceza tehdidi ile toplumdaki potansiyel failleri suç işlemekten caydırmak (*negatif genel önleme*), diğer yandan hukuk sisteminin geçerliliğine ve uygulanabilirliğine olan güveni ve dolayısıyla insanların yasaya uyumunu güçlendirmek amaçlanmaktadır (*pozitif genel önleme*)⁶⁸⁶.

(i) Negatif Genel Önleme (Caydırıcılık Doktrini)

Cezanın mevcudiyeti, bir yandan da suç işlendiği takdirde mutlaka onun uygulanacağı tehdidini taşımaktadır⁶⁸⁷. Negatif genel önlemenin muhatabı toplumun genelidir. Cezanın infazı ile toplum üzerinde benzer fiilleri işleyecek kimselere karşı, diğer bir deyişle potansiyel faille de cezalandırılma tehdidiyle karşı karşıya oldukları hatırlatılır ve gösterilir. Caydırıcılık doktrinine göre cezanın amacı, belirli fail dışındaki herhangi bir kimsenin de suç işlemesini önlemektir. Bu nedenle, potansiyel faille psikolojik baskı uygulamalı ve onları ceza tehdidi yoluyla doğru kanallarda tutmalıdır. Bu şekilde anlaşılan genel önleme, cezayı caydırıcı bir araç olarak gördüğü için negatif genel önleme olarak ifade edilmektedir⁶⁸⁸.

İlk olarak *Aristoteles* ve *Hobbs*'ta izlerine rastlanan bu görüşe göre, cezanın varlığı toplum üzerinde korkutucu bir etki yapar ve toplumdaki bireyleri bu korku

⁶⁸⁴ Gropp, *StAT*, § 1, Rn. 196.

⁶⁸⁵ Önder, *C. I*, s. 13.

⁶⁸⁶ Gropp, *StAT*, § 1, Rn. 182; Wessels / Beulke / Satzger, *a.g.e.*, § 1, Rn. 23; Roxin, *StAT I*, § 3, Rn. 21; Ambos / Steiner, *a.g.e.*, s. 12.

⁶⁸⁷ Önder, *C. II - III*, s. 517.

⁶⁸⁸ Kindhäuser, *StAT*, § 2, Rn. 13.

nedeniyle suç işlemekten alıkoyar⁶⁸⁹. Kurucusu *Paul Johann Anselm von Feuerbach*'ın “psikolojik baskı doktrini”ne⁶⁹⁰ dayanan negatif genel önleme (caydırıcılık) teorisi, bireyi cezalandırmanın aynı zamanda potansiyel “norm ihlal edenleri” de caydırmayı amaçladığı anlamına geldiğini de ifade eder⁶⁹¹. Negatif genel önleme, gelecekteki suçluları caydırmayı amaçlar. Cezanın muhatabı fail değil vatandaş ve vatandaş üzerindeki ceza tehdidi, potansiyel failin/faillerin suç işlemesini engelleyen psikolojik bir zorlama yaratmaktadır⁶⁹².

Negatif genel önleme (caydırıcılık) doktrini, tüm ikna edici gücüne rağmen, failin araçsallaştırılma tehlikesini barındırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Caydırıcı bir etkiye sahip olması için, cezanın, eylemin ciddiyetine karşı öngörülen misillemeden dahi daha yüksek bir seviyede tutulması failin, eyleminin de ötesine geçen bir amaç için bir araç haline getirileceği endişesine sebep olmuştur⁶⁹³. Failin suçundan dolayı değil de aslen toplumda yaşayan diğer vatandaşlar için caydırıcı bir etki doğurmak üzere cezalandırılması yoğun bir şekilde eleştirilmiştir. Böylelikle fail bir araca indirgenmektedir ve bu durum da insanlık onuruna aykırılık teşkil edebilmektedir⁶⁹⁴. Doktrinin bir diğer eleştirisi ise, önleyicilik yönünden cezanın yetersiz kalabileceği, zira potansiyel failin genellikle eyleminin cezalandırma ile sonuçlanıp sonuçlanmayacağını tartamadığı yönünde olmuştur⁶⁹⁵.

⁶⁸⁹ Önder, C. II - III, s. 517.

⁶⁹⁰ “Psikolojik baskı doktrini” olarak anılan öğretiyeye göre, genel kamuoyunun ceza hukuku ihlallerinin cezalandırıldığının farkına varmasını gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu süreç de, ceza yargılamasının kamuoyuna duyurulması ve sözlü olması talebiyle sonuçlandı ve bu da, sürecin adil olabilmesi için hukukun üstünlüğü altında yürütülmesi gerektiği anlamına geliyordu. Dolayısıyla ceza, caydırıcı işlevini yalnızca ceza tehdidi yoluyla değil, aynı zamanda ceza davası, cezaların infazı, infaz yoluyla da yerine getirir. Gropp, *StAT*, § 1, Rn. 186.

⁶⁹¹ *A.g.e.*, Rn. 182. *Kant* gibi *Feuerbach* da ceza hukukunun amacının “her iki taraftaki tüm yurttaşların özgürlüğünü korumak” olduğu görüşündeydi. Ancak *Feuerbach*'a göre bu, potansiyel failleri suç işlemekten caydırmakla, tehdit edilerek yapılmalıdır. *Feuerbach*'ın “psikolojik baskı teorisi”ne göre hukuka uygun davrananların, yasaklanan eylemlerin amacı ve kapsamı hakkında bilgi sahibi olmaları, onları suç işlemekten alıkoyacaktır. Ancak bu, ceza kanununun bilgisini ve cezai gerçeklerin kesin olarak tanımını gerektirir. Bu nedenle *Feuerbach*, mümkünse herkesin “taşınması” gereken kısa ve anlaşılır bir ceza kanunu yazmaya çalışmıştır. Olası suçlular ceza hükümlerine güvenebilmeli ve sadece cezalandırılabilir olarak tanımlanan eylemler için cezalandırılmalıdır. Böylelikle, ceza hukukunun bu garanti işlevini kısa formül olan “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” ye indirdi. Bu ilke, neyin yasak olduğunu tam olarak açıklayarak potansiyel failleri caydırmak ve ceza gücünün sınırlandırılması ile sadece yasak olanın cezalandırılması şeklinde iki yönlü bir amaca hizmet etmek üzere geliştirilmiş oldu. *A.g.e.*, Rn. 184.

⁶⁹² Murmann, *a.g.e.*, § 8, Rn. 34.

⁶⁹³ Ambos / Steiner, *a.g.e.*, s. 12; Gropp, *StAT*, § 1, Rn. 188.

⁶⁹⁴ Murmann, *a.g.e.*, § 8, Rn. 35.

⁶⁹⁵ *A.g.e.*

(ii) *Pozitif Genel Önleme*

Pozitif genel önleme, hukuk düzeninin varlığına ve icrasının gücüne yönelik güvenin korunmasını ve kuvvetlendirilmesini ifade eder⁶⁹⁶. Pozitif genel önleme doktrinine göre de, cezanın muhatabında toplum vardır; ancak bu defa teorinin odak noktası, cezanın caydırıcılığı noktasında değildir. Pozitif genel önleme, hukuka riayet etmeyi ve yasal sisteme güveni güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu yaklaşıma göre, cezalandırma tehdidinin amacı, serbest sosyal entegrasyonun temel normlarının geçerliliğini sağlamaktır. Böylelikle, ceza hukuku ile polis hukukunda olduğu gibi tehlikeyi önleme değil, toplumda yaptırıma bağlanmış davranış normlarına karşılıklı uyum beklentisi sağlanmalıdır. Her vatandaş, mümkünse diğer herkesin, kanunu, eylemleri için bir kılavuz haline getireceğini varsayabilmelidir. Buna göre ceza hukuku, bu karşılıklı beklentilerin haklı ve güvenilir olduğunu göstermelidir⁶⁹⁷. Pozitif genel önleme teorisi uyarınca ceza hukuku normları sayesinde sağlanacak makul bir içgörü, vatandaşları suç işlememeye teşvik edecektir. Ceza normları, böylelikle hukukun geçerliliğini ve işlerliğini göstermeye hizmet etmektedir⁶⁹⁸.

Pozitif genel teorinin temsilcisi olarak kabul edilen *Jakobs*, ceza hukukunun amacını, insanların davranışlarında örnek olarak alacağı normun varlığını sürdürmesinde görmektedir. Ceza hukuku vasıtasıyla toplumun beklentilerini yerine getirmeyerek, onu hayal kırıklığına uğratan kişinin yanlış hareket ettiğini göstermek suretiyle, halkın norm beklentileri sabit hale getirmektedir. *Jakobs*'a göre, norma olan inancın stabil hale getirilmesi, yasal meşruiyetin onaylanmasıyla sağlanmaktadır⁶⁹⁹.

Genel önleme teorisyenlerine göre, cezalandırma tehdidi, normun tüm muhataplarını, yani toplumu, söz konusu suçu işlemekten caydırmayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte ceza tehdidinin ciddiye alınabilmesi için, bir suç işlendiğinde cezanın da alenen ve kesin olarak verilip infaz edilmesi gerekir⁷⁰⁰. Genel olarak önleyici anlamda bir suçun mağduru sadece gerçekten o suçtan etkilenen kişi değil, bir suçun cezasız kalmayacağına inanan toplumdaki her bir bireydir⁷⁰¹. Bu durumda önemli olan failin kişisel çektiği acı olmayıp, tazminatın kendisi, “soyut” adaletin tesisidir. Ceza

⁶⁹⁶ Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 576.

⁶⁹⁷ Kindhäuser, **StAT**, § 2, Rn. 14.

⁶⁹⁸ **A.g.e.**

⁶⁹⁹ Jakobs, **a.g.e.**, § 1, Rn. 19.

⁷⁰⁰ Winfried Hassemer, “Warum und zu welchem Ende strafen wir?”, **ZRP**, 30. Jahrg., H. 8, August 1997, s. 316.

⁷⁰¹ Ambos / Steiner, **a.g.e.**, s. 12

normlarının beklenen bu etkiyi gösterebilmesi için ise sosyal, pedagojik, güven uyandırıcı ve toplumu memnun edici etkilerini barındırması gerekir⁷⁰².

Genel önleyici teorinin de diğer teoriler gibi eleştiriye açık yönleri vardır. Toplumda önleyici etkinin sağlanabilmesi için aşırı yüksek ve orantısız cezalar öngörülmesi, cezanın caydırıcı etkisiyle gerekçelendirilebilecektir. Nihayetinde, bir bütün olarak toplumsal hedefe ulaşmak için cezalandırmanın dahi kötüye kullanılması riski vardır. Teori, önleme amacının peşinde koşarak, devletin, failin insan onuruna aldırış etmeden, onu salt bir nesneye indirgemesi riski barındırır⁷⁰³. Bu teoride de failin konumu ne yazık ki salt bir araca indirgenmiştir⁷⁰⁴.

Pozitif genel önleme teorisi, işlenemez suçun cezalandırılabilirliğinin tespiti açısından öne sürülen *etki teorisinin* de gerekçelerinden birini teşkil etmektedir. Buna göre işlenemez suçun cezalandırılabilir olması, onun toplum nezdinde gösterdiği etkiye bağlıdır ve bu bağlamda işlenemez suçu cezalandırmanın amacı, toplumda caydırıcılığı sağlamaktır⁷⁰⁵.

iii. Karma Teori

Mutlak teorilerin katı ve salt adaleti sağlamaya yönelik tutumunun sakıncaları ile nisbi teorilerin cezada orantısızlığı beraberinde getirmesi tehlikesi karşısında, her iki teorinin de zayıf noktalarından kaçınmak üzere mutlak ve nisbi teorilerin birleştirilmesi suretiyle karma teori ortaya çıkmıştır. Böylelikle karma teori, birleştirici bir yöntem izlemek suretiyle özel ve genel önleme teorilerinin zayıflıklarından kaçınmaya çalışmış; bir yandan cezanın kefarete amacı içermesi gerektiğini söylerken bunun yanı sıra, cezanın önleyici etkisinin de olması gerektiğini savunmuştur⁷⁰⁶.

Karma teori, mutlak ve nisbi teorilerinin birtakım asli unsurlarını birleştirir⁷⁰⁷. Bu nedenle, “*ceza, suç işlendiği için ve artık suç işlenmemesi için verilir*”, orijinal deyimiyile “*punitur, quia peccatum est, ne peccetur*” şeklinde formüle edilmiştir⁷⁰⁸. *Ceza suç işlendiği için verilir* ifadesi cezanın kefarete amacını; *cezanın artık suç işlenmemesi için verildiği* ifadesi ise cezanın önleyici etkisini belirtmek amacıyla

⁷⁰² Murmann, **a.g.e.**, § 8, Rn. 37.

⁷⁰³ Roxin, **Sinn und Grenzen**, s. 9 - 10; Ambos / Steiner, **a.g.e.**, s. 11 - 12; Kindhäuser, **StAT**, § 2, Rn. 13.

⁷⁰⁴ Murmann, **a.g.e.**, § 8, Rn. 38.

⁷⁰⁵ Alman doktrinde işlenemez suçun cezalandırılmasının gerekçesi olarak, *etki teorisi* baskın görüşü oluşturmaktadır. Etki teorisi için bkz. aşağıda, *İkinci Bölüm, II., B., 4.*

⁷⁰⁶ Önder, **C. I.**, s. 13.

⁷⁰⁷ Kindhäuser, **StAT**, § 2, Rn. 16.

⁷⁰⁸ Gropp, **StAT**, § 1, Rn. 197.

kullanılmıştır. Karma teori, cezanın amacını yalnızca suçun önlenmesi ile sınırlamamış, cezanın aynı zamanda kefareti içermesi gerektiğini de vurgulamıştır. Buna göre ceza hem geçmişe hem de geleceğe yönelik olmalı, bir taraftan da toplumu suçtan korumayı hedeflemelidir. Cezanın kusurla orantılı olması kefareti düşüncesinin bir gereğidir. Failin ıslahı amacı ise, faili tekrar suç işlemekten alıkoyarak korumaya yöneliktir⁷⁰⁹.

Karma teori şu düşünceye dayanır: Devletin ceza tehdidi, potansiyel suçluya kaçınması veya gerçekleştirmesi gereken davranışı göstermesi bakımından genel bir önleyici etkiye sahiptir. Cezanın suç işleyene uygulanması ile aynı zamanda hukuk sisteminin yasalara uyan vatandaşlara karşı dokunulmazlığı da garanti altına alınmış olur. Bununla birlikte, ilgili kişinin, mutlak ceza teorilerindeki intikam fikrine uygun olarak, sadece bir amaca yönelik bir araç haline gelmemesi için, bir ceza verirken verilen cezanın derecesi, ilke olarak, adaletsizliğin ve dolayısıyla failin suçunun kapsamına uygun olmalıdır. Bu nedenle suçluluk, cezanın ön şartı ve sınırlandırması olmalıdır⁷¹⁰.

Alman ceza hukuku doktrinde çoğunluk tarafından benimsenen karma teoriye göre ceza, önleyici etkiye sahip olmalı, ancak kefareti amacı biraz daha ön planda olmalı ve ceza suçla orantılı olarak kefareti amacı taşınmalıdır. Cezanın amacında bu yönüyle mutlak teorilerin etkisi görülmektedir⁷¹¹. Kusur prensibinin anlamı, suçla orantılı olarak, cezanın, failin şahsi sorumluluğunun derecesine uydurulması ve bir ölçü prensibi olmasıdır. Böylece, ceza kişinin gerçekleştirmiş olduğu ihlal ile orantılı olacak ve cezanın anlamı toplum tarafından anlaşılacaktır. İşte bu sebeptendir ki, kusura uygun bir cezanın verilmesi ile, adaletin gerçekleştirilmiş olduğu topluma en iyi bir şekilde gösterilebilir ve genel önlemenin gereklerinin de yerine getirilmiş olacağı kabul edilir⁷¹². Bununla birlikte ceza, cezalandırma tehdidiyle öznel ve nesnel olarak caydırıcılık da içermelidir; bu yönüyle nisbi teorilerin genel önleyici etkisine sahip olmalıdır. Aynı zamanda cezanın amacı, kısmen cezanın bireyselleştirilmesi ile de ilgili olmalıdır ki, böylelikle failin iyileştirilmesi suretiyle geleceğe yönelik olarak suçun işlenmesinin önüne geçilebilsin⁷¹³.

⁷⁰⁹ Centel, **a.g.e.**, s. 347.

⁷¹⁰ Roxin, **StAT I**, § 3, Rn. 54; Gropp, **StAT**, § 1, Rn. 199.

⁷¹¹ Kindhäuser, **StAT**, § 2, Rn. 16 - 17.

⁷¹² Jescheck, **a.g.e.**, s. 488.

⁷¹³ Kindhäuser, **StAT**, § 2, Rn. 16 - 17.

Karma teori taraftarlarına göre, ceza sisteminde özel önleyici odaklı ceza teorileri birincil öneme sahiptir. Buna göre, cezaevi sistemi failin topluma yeniden entegrasyonunu, rehabilitasyonunu sağlamalıdır⁷¹⁴.

Ahlaki ideallerin temeline ilişkin eserinde *Westermarck*, toplumun ahlaki öfkelerini sadakatle ifade eden cezanın, dışarıdan bakıldığında bir intikam eylemine benzediğini; verilen acıya karşılık acıya neden olmasının amaçlandığını belirtmiştir⁷¹⁵. Yazarın ifade ettiğine göre, çağlar boyunca, eğer bir kişi bir suç işlemişse, bunun için acı çekmesi gerektiği doğal görülmüştür; ancak bu, cezayı bir kefare, bir tazminat ya da bozulan adalet dengesinin yeniden kurulması olarak adlandırmak, basite indirgemektir. Ancak acı çektirmek, bir suçlu söz konusu olduğunda bile, ahlaki bilincin kayıtsız kaldığı bir eylem değildir; ve devletin herhangi bir amaç için kasten eziyet etmesi hem mantıksız hem de zalimce görülmektedir. Ancak cezaya farklı bir açıdan, kendi başına bir amaç olarak değil, amaca ulaşmanın bir yolu olarak da bakılmıştır. Bu da yanlış yapıldığı için değil, yanlış yapılmaması için ceza vermektir. Cezanın amacının, ya suçtan caydırmak ya da suçluyu ıslah etmek ya da onu ortadan kaldırmak yahut tecrit etmek yoluyla onun yeni suçlar işlemesini fiziksel olarak imkansız kılmak olduğu yönündeki görüşler, Antik Roma ve Yunan metinlerinde de ifade edilmiştir⁷¹⁶. *Platon*'a göre, cezanın amacı kötülükten caydırmak veya suçluyu düzeltmek iken *Aristoteles*, cezayı ahlaki bir ilaç olarak görmüştür; *Seneca*'ya göre ise, cezalandırma aslen üç amaca yöneliktir: “Cezalandırdığı kişiyi düzeltmek ya da diğer insanları daha iyi hale getirmek yahut kötü adamların yoldan çıkarılmasıyla geri kalanları korkmadan yaşatmak”⁷¹⁷.

Öte yandan bugün karma teorilerden söz edildiğinde, tek bir teoriden söz edildiği de anlaşılmamalıdır. Özellikle Alman öğretisi ve uygulamasında bugün değişen derecelerde ve ağırlıklarla yukarıda saydığımız teorileri de içeren karma teoriler hakimdir. Buna göre, *eklemeli karma teoriye* göre, yukarıda saydığımız tüm teoriler eşit değerdedir ve eşit parçalara karma teoriye dahil edilmelidir. Bu durum, bireysel teorilerin çeşitli eleştirilerine de katkıda bulunacaktır. *Önleyici karma teoriye* göre, yalnızca önleyici kaygılar önemli olup misillemeye lüzum gelmez ve failin suçluluğunun burada cezayla büsbütün ilişkilendirilmemesi çok önemlidir. Buna karşılık *misilleme karma teorisi*, büyük ölçüde misilleme teorisine dayanmaktadır.

⁷¹⁴ Gropp, *StAT*, § 1, Rn. 200.

⁷¹⁵ *Westermarck*, *a.g.e.*, s. 81.

⁷¹⁶ *A.g.e.*

⁷¹⁷ Lucius Annaeus Seneca, *De clementia*, Section I, 22 (naklen, *Westermarck*, *a.g.e.*, s. 81).

Buna göre ceza kavramı ancak suçlulukla meşrulaştırılır ve sınırlandırılır iken, cezanın diğer fonksiyonları ise sadece olumlu yan etkiler olarak değerlendirilebilecektir⁷¹⁸.

iv. Değerlendirme

Suçlar, bireysel olarak mağdurların uğradıkları haksız zararlar (hukuka aykırı) olan haksız fiillerden farklı olarak, toplumsal ve yasal düzene karşı işlenen fiillerdir. Cezanın amacı ne misilleme ne de tazminattır. Gerçekten de intikam, misilleme, veya tazminat kavramları, bugün, ceza hukukunun anlamından uzaktır. Toplum düzenini bozan kişiler, her ne kadar bireye zarar verilmiş olursa olsun, kamu adına yargılanır. Ceza yasaları toplumsal düzeni haklı çıkarmak ve onu ihlal etmekten caydırmak içindir. Belirli bir mağdura verilen zarar, kanun koyucuyu ve mahkemeleri, suçlunun kusurluluğu ve caydırma ihtiyacı ile birlikte kamu düzenine karşı suçun ve cezanın ciddiyetine ilişkin kararlarında etkileyebilir. Ancak yine de cezalandırmada temel amaç bu değildir⁷¹⁹.

Cezada amaç, işlevsel bir bakış açısıyla, faile davranışının karşılığında bir ızdırap çektirmekten ziyade ceza adalet sisteminin meşruiyetini korumak ve böylece toplumu hukuka uygun davranmaya yönlendirmektir⁷²⁰.

Ceza kavramına yüklenen anlamlarının yanı sıra ceza, suç işlenerek bozulan toplumsal düzenin yeniden kurulması amacına hizmet eden bir araçtır. İlk dönemlerde ceza hukuku, bozulan toplumsal düzenin sağlanması, zarar gören kişilerin verdikleri duygusal tepkilerden arındırılması; kişilerin intikam, öç alma isteklerinin tatmin edilmesi amacına yönelmiştir. Ceza yaptırımlarının gelişme sürecinde, modernleşen toplum ile birlikte ceza hukuku da şekillenmiş ve bu ceza kavramına yüklenen anlam ve amaç da onunla birlikte değişmiştir⁷²¹. Çağdaş ceza hukuku ile ceza kavramı ve cezanın amacı da şekillenmiştir.

Alman ceza hukukunda ceza hukuku reformunun başlangıcına kadar, mutlak ceza teorilerinin hakim olduğu varsayılmaktadır. Birleşme (karma teori) teorileri lehine bir gelişme, 1962 ceza kanununun taslağından bu yana görülmektedir. *Baumann*

⁷¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Murmann, **a.g.e.**, § 8, Rn. 40 vd; Kindhäuser, **StAT**, § 2, Rn. 16 vd.

⁷¹⁹ Van Den Haag, **a.g.e.**, s. 62.

⁷²⁰ Dönmezer / Erman, **C. I**, kn. 11. Cezanın anlamı ve amacına ilişkin ayrıca bkz. Mehmet Emin Artuk, **Sinn und Zweck der Strafe und die Maßnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen Strafrecht**, Diss. Peter Hanstein Verlag GMBH, Königstein/Ts. Hanstein, 1979.

⁷²¹ Sutherland, **a.g.e.**, s. 4.

tarafından sunulan alternatif ceza kanunu taslağı ile cezaya özel önleyici amaçlar da dahil edilmiştir⁷²². 1970'lerin ortalarından beri özellikle İtalya, İskandinavya ve Amerika'dan özel bir önleyici amaçtan, kısasa doğru eğilimler de gözlemlenmektedir⁷²³. Ancak bugün, pozitif genel önleme de, suç teorilerinin ön saflarında yer almaktadır⁷²⁴.

B. Türk Ceza Hukuku Doktrinine Göre Cezanın Amacı

“Ceza Kanunun Amacı” başlıklı TCK m. 1'in ilk cümlesi “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir” şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninde cezanın amacına dair net bir direktif bulunmamaktadır; ancak kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak ifadesi ile genel olarak toplumun korunmasının amaçlandığı aynı zamanda suç işlenmesinin önlenmesini de hedeflendiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda kanun koyucunun cezanın amacına yönelik karma teoriler çerçevesinde irade ortaya koyduğu görülmektedir. Buna uygun olarak doktrinde de çoğunluk görüş cezanın amacını karma teori çerçevesinde açıklamaktadır.

Dönmezer / Erman, çağdaş bilimsel düşünceye göre cezanın belirli amaçlar içermesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Cezanın toplumsal bir tepki olduğu ifade eden yazarlar, cezanın sırf bireyden öç almak için ona ızdırap veren bir araç olarak görülüyor olmasının toplumsal faydadan uzak olduğunu belirtmiş ve cezanın bunun dışında pek çok işlevi olduğunu ortaya koymuşlardır. Kişiye ceza yaptırımı uygulanması ile failin uslanması, yeniden sosyalleşmesi ile birlikte toplumun tepkisini

⁷²² Alman CK, cezayı, kanunun özel bölümünde yer alan belirli bir davranışla ilişkilendirir ve faili bu davranışı nedeniyle kınar. Failin kişiliğinin belirli bir yapısı olarak değil, yalnızca somut bir olay olarak eylem, failin ceza sorumluluğu ortaya çıkarır. Bu bakımdan, uygulanabilir ceza hukuku, ceza gerektiren suçlar kanunu olup, failin kendi varlığından veya bu şekilde olmasından sorumlu tutulduğu suçlu ceza hukuku değildir. Bu bağlamda, beyin araştırmalarının sonuçlarının, failin tehlikeliliğiyle ilişkilendirilmesi gerektiğine göre daha yeni eğilimler de çelişkilidir. Aynı şey, düşman ceza hukuku olarak bilinen kavrama başvurmak için de geçerlidir. Jörg Eisele in: Adolf Schönke / Horst Schröder (Hrsg.), **Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H., München, 2019, § 13, Rn. 3. Düşman ceza hukuku kavramına ilişkin özellikle Alman ceza hukukçularının incelemeleri ve çevirileri için bkz. Kayıhan İçel / Yener Ünver, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008. Ayrıca bkz. Henning Rosenau, “Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı”, (Çev. Erhan Temel), **AÜHFD**, C. 57, S. 4, 2008, s. 391 vd.

⁷²³ Roxin, **StAT I**, § 3, Rn. 18; Gropp, **StAT**, § 1, Rn. 201.

⁷²⁴ Baumann / Weber / Mitsch / Eisele, **a.g.e.**, § 3, Rn. 30; Gropp, **StAT**, § 1, Rn. 201.

de açığa vurabilecek karma nitelikte bir ceza sisteminin öngörülerek modern düşüncelerden doğan cezalarda hümanizmin etkili olması, yazarlarca savunulmuştur⁷²⁵.

Doktrinde bu konuda görüş bildiren yazarlardan *Hafizoğulları*, cezanın önleyici bir toplumsal savunma aracı olduğunu, cezanın uygulanması ile aynı zamanda kefarete aracılık ettiğini vurgulamış ancak bunların cezanın amacı değil, cezanın esası olduğunu; cezanın bunları içerisinde barındırdığını, cezanın varlık nedeni olduğunu ifade etmiştir. Yazar bununla birlikte cezanın bir öç alma tepkisi de içerdiğini ancak bunun ötesinde mağdur bakımından tatmin edici bir işlev yerine getirerek toplumda meydana gelen nefret ve infial duygularını yatıştırmakta, böylece, kişilerin şahsi öç ve kamunun kriminel misilleme arzularını tatmin ettiğini belirtmiştir. Öte yandan yazara göre, cezanın infaz edilmesi ile bir yandan suçla meydana gelen ihlal bertaraf edilirken, bir yandan da gelecekte meydana gelebilecek suçların da önlenmesi ile ceza geçmişte etkilerini sürdürürken geleceği de etkilemektedir. Dolayısıyla ceza ile suçun bastırılması ve önleme düşüncesi birbirine karşıt olmamaktadır; çünkü devlet suç işleyen kişiye ceza vererek işlenmiş olan suçları bastırmakta ve aynı zamanda cezanın infazı ile gelecekte suç işlenmesini de önlemektedir⁷²⁶.

Önder, cezanın anlamı ve amacının ülkenin izlediği suç politikasına bağlı olduğunu dile getirmiştir. Bu doğrultuda yazar, ülkemizde cezanın amacının kefaret niteliğini kaybetmediğini ve fakat aynı zamanda cezanın genel ve özel önleyici amaçlarından yararlandığını vurgulamış, böylelikle ülkemizde karma teorisinin izlendiğini ifade etmiştir⁷²⁷. *Önder*'e göre de cezanın amacı konusunda karma teori kabul edilmelidir. Yazara göre cezanın kefaret amacı, ceza ne kadar insanileştirilse de terk edilemeyecek bir niteliktedir; ancak kefaret amacıyla anlaşılması gereken bunun failin kusuruyla uyumlu ve kusurlu ölçülü olması ve buna uygun bir ceza verilmesidir. Kefaret amacının yanı sıra ceza, özel önleme işlevini de gerçekleştirmeli, suçluyu toplum kurallarına uyumu sağlayan bir kişiliğe sahip hale getirmelidir. Bununla birlikte, ıslahı mümkün olmayan suçlunun toplumdan uzaklaştırılması, toplumun korunabilmesi bakımından gereklidir. Kanunda suçlara ve cezalara ilişkin hükümler bulunması ve cezanın infazının sağlanması de cezanın genel önleme etkisini

⁷²⁵ Dönmezer / Erman, C. I, kn. 10, 11.

⁷²⁶ Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, 1996, s. 181 vd.

⁷²⁷ Önder, C. I, s. 14.

gerçekleştirmektedir. Cezanın infazının sağlanması ile bu sırada ıslah fonksiyonu da yerine getirilecektir⁷²⁸.

Cezanın amacına ilişkin *Centel* de, cezanın amacı konusunda karma teoriyi benimsemenin gerekliliğine işaret etmiştir. Yazara göre, cezanın faili ıslah etmek, yeniden sosyalleştirmek amacı yanında, toplumu suçtan korumak ve potansiyel suçluları caydırmak amacı ile birlikte cezanın kefaret amacı da içermesi gerektiği, ancak bunun kusurla orantılı olması gerektiği söylenmelidir. Böylelikle, işlenen suçlara ceza verileceğini bilinmesi ile toplumda güven duygusunu, hukuka bağlılığı ve hukuk bilincinin güçlendirilmesi amaçlanmaktadır. Günümüzde infaz hukukunda da cezanın ıslah amacı ön plana alınarak, suçluyu yeniden sosyalleştirmeye, kendine güvenini kazandırmaya elverişli programlar uygulandığını belirten *Centel*, bu amaçların gerçekleştirilmesinin ancak cezanın adil olmasıyla mümkün olabileceğini vurgulayarak adaletin de cezanın amaçlarından birisi olması gerektiğini ifade etmiştir⁷²⁹.

Türk hukuku doktrininde cezanın amacı hususunda karma görüşün baskın olduğu görülmektedir⁷³⁰. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz üzere, TCK'da da kanunun amacının düzenlendiği m. 1'de de karma teorinin izleri görülmektedir. Bir yandan toplumun korunması amaçlanırken diğer yandan da suçun önlenmesi gerekliliği de bizzat kanunda ifade edilmiştir.

Gerçekten de, suç işleyen bir bireyin cezalandırılması, o kişiyi bu eylemi nedeniyle bir yaptırıma tabi tutmak, o kişinin eylemlerinin sorumluluğunu alarak bilinçli ve duyarlı bir birey haline getirme amacı taşıdığı gibi aynı zamanda içinde bulunduğu toplumun iradesine aykırı olarak, toplum düzenini suç işleyerek bozduğu için bir kefaret amacı da taşımaktadır. Biz de cezanın amacını açıklayan teorilerden karma teoriyi benimsemekteyiz. Kanaatimizce cezanın amacı, suç işleyen kişinin cezalandırılarak rehabilite edilmesi ve topluma yeniden entegrasyonun sağlanması ile aynı zamanda suç işleyen kişinin toplumdan uzaklaştırılarak toplumun korunması ve suç işleyen kişinin cezalandırılması suretiyle bireyler üzerinde caydırıcı bir etki yaratması olmalıdır.

⁷²⁸ Önder, **C. II - III**, s. 522 vd.

⁷²⁹ *Centel*, **a.g.e.**, s. 356.

⁷³⁰ Önder, **C. I**, s. 14; Hafizoğulları, **a.g.e.**, s. 181; Özbek / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 584; Koca / Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 564.

II. İŞLENEMEZ SUÇUN CEZALANDIRILMASI PROBLEMİ

A. Genel Olarak

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi prensibi doğrultusunda, bir eylemin suç olup olmadığı ve bu eylem dolayısıyla failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacak ise ne şekilde cezalandırılacağı ancak kanunla belirlenebilecektir. Bir suç işlemeye teşebbüs ancak, kanunun suça teşebbüs halinde ceza sorumluluğunun açıkça emredildiği durumlarda (TCK m. 35 - Alman CK § 23 (1) uyarınca) cezalandırılabilir⁷³¹. Kanun koyucunun suça teşebbüsü niçin cezalandırmaya karar verdiği konusunda farklı cevaplar vardır. Ancak işlenemez suç konusu Alman CK'da ve daha önce yukarıda birinci bölümde yer verdiğimiz diğer ülke ceza kanunlarında olduğunun aksine TCK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle işlenemez suç halihazırda ülkemizde cezalandırılabilir bir eylem değildir.

İşlenemez suç konusu gerek kanuni düzenleme bulunmaması gerekse suçun unsurlarına ilişkin pek çok hususla ile iç içe geçmiş olması nedeniyle bu konuya ilişkin çeşitli problemlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi zorunluluğu doğmaktadır⁷³². Bunların başında işlenemez suçun görünüş şekillerini oluşturan hareketin elverişsizliği ve suçun konusunda yokluğu bulunmaktadır. Nitekim bir eylemin işlenemez suç olup olmadığının belirlenmesi de doktrinde bu hususlar etrafında ve çeşitli görüşler çerçevesinde açıklanmaya çalışılmaktadır. Bununla birlikte işlenemez suçun varlığının tespiti halinde ceza yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi de büyük önem arz etmektedir.

B. İşlenemez Suçun Cezalandırılabilirliğine İlişkin Teoriler

İşlenemez suç cezalandırılabilir olup olmadığı sorusu ile hareketin ne zaman elverişli yahut suçun konusunun ne zaman mevcut olduğu soruları ve bunların cevapları birbirlerinden ayrıdır. Ancak doktrinde sıklıkla, ayrıca değerlendirilmesi gereken bu iki problemin birlikte çözümlenmeye çalışıldığı görülmektedir⁷³³. Halbuki

⁷³¹ Hoffmann-Holland, *StAT*, § 6, Rn. 614.

⁷³² Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 31.

⁷³³ Aynı görüş için bkz. Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 55. Kanaatimizce Özbek / Doğan / Bacaksız da bu hususa dikkat çekmiştir. Yazarlar, bir eylemin işlenemez suç olup olmadığının tespiti ile işlenmiş ise cezalandırılmasının başka şeyler olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Özbek / Doğan / Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 467.

hareketin elverişliliğinin veya suçun konusunun mevcudiyetinin tespitinde objektif veya sübjektif görüşte olmak, işlenemez suçun cezalandırılması probleminde de aynı görüş doğrultusunda hareket etmeyi gerektirmez⁷³⁴. Dolayısıyla işlenemez suçun cezalandırılması problemine ilişkin öne sürülen teorileri, hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğunun tespitinden yani işlenemez suçun varlığının tespitinden sonra ayrıca değerlendirmenin, cezalandırılabilirliğe ilişkin tespiti buna göre yapmanın daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Şimdi bu konudaki teorileri sırasıyla inceleyelim.

1. Objektif Teori

İtalya'da *Romagnosi* tarafından kurulduğu iddia edilen⁷³⁵, *Feuerbach*, *Mittermainer*, *Rossi*, *Carrara*, *Carmignani* ve *Ortolan* tarafından geliştirilen objektif teori taraftarlarına göre işlenemez suç cezalandırılmamalıdır⁷³⁶. Objektif teori uyarınca, yalnızca failin suç işleme iradesi göstererek tehlikeli kişiliğini ortaya koymuş olması onun cezalandırılması için tek başına yeterli değildir.

Aydınlanma döneminin tipik anlayışına göre, ceza hukuku, kimsenin hakkı ihlal edilmeden, özgür bir alan sağlayarak toplumun bir arada yaşamasını sağlamalıdır. Bu felsefeye göre, söz konusu düşüncenin ötesine geçen herhangi bir şey, bir hukuk meselesi değil; artık ahlak meselesi haline gelmektedir. Bu nedenle devlet, ahlaki olmayan tutumları değil, yalnızca objektif olarak kişilerin haklarını ihlal eden eylemleri cezalandırmalıdır⁷³⁷. Teori taraftarlarınca hukuk ve ahlak birbirine karıştırılmamalı; hukuki meselelerin çözümünde ahlaki endişeler rol oynamamalı, objektiflik esas olmalıdır. Baştan itibaren meydana gelmesi imkansız neticeyi gerçekleştirmeye teşebbüs eden fail, esasında dış alemde bir hakkı ihlal etmiş veya tehlikeye düşürmüştür değildir. Zira gerçekleşmesi imkansız olan şeyin icrasına da başlanması mümkün değildir⁷³⁸.

Objektif teori, teşebbüsün cezalandırılmasını hukuken korunan hakka yönelik objektif bir tehdide dayandırır. Nitekim Alman doktrinde, batıl inanca dayalı -

⁷³⁴ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 55 - 56.

⁷³⁵ Alman kaynaklarına göre teorinin kurucusunun *Feuerbach* olduğu iddia edilmektedir. Bkz. Kindhäuser, *StAT*, § 30, Rn. 6; Hillenkamp, *LK*, § 22, Rn. 90; Zaczyk, *NK*, § 22, kn. 9; Ambos, *a.g.e.*, *StGB*, § 22, Rn. 4.

⁷³⁶ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 44.

⁷³⁷ Weigend / Wasser, *a.g.e.*, s. 794.

⁷³⁸ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, s. 44 - 45.

gerçek dışı teşebbüsün cezalandırılmaması da, (*irreale - abergläubische Versuch*) gerçek dışı güçlerin yardımıyla korunan hukuki değerın hiçbir koşulda etkileneemeyeceğine; bu nedenle de, batıl inanca dayalı - gerçek dışı teşebbüsün ceza sorumluluğunun haklı görülemeyeceğı fikrine dayanmaktadır⁷³⁹.

Objektif görüşe göre, teşebbüs tehlikeli doğası nedeniyle cezalandırılabilir; ancak teşebbüsün yalnızca tehlikeliliğı yetmez, aynı zamanda failin hareketi başarılı sonuç elde etmek için objektif olarak da uygun olmalıdır⁷⁴⁰. Teori, cezalandırma için failde suç işleme iradesinin açığa çıkmasının ötesinde objektif uygunluk arar. Bu nedenle de, teori uyarınca baştan itibaren neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğı işlenemez suç hallerinde faile ceza verilemeyeceğı savunulmaktadır. Örneğın, hamile olmayan bir kadın için kürtaj teşebbüsü kesinlikle elverişli değildir ve bu nedenle cezasızdır⁷⁴¹. Bazı objektif görüş taraftarlarınca, mutlak ve nisbi elverişli hareket arasında da bir ayrım yapılmış ve nisbi elverişli hareket cezalandırılabilir olarak görülmüştür⁷⁴². Bununla birlikte daha önce yukarıda ifade ettiğimiz gibi bu değerlendirmenin *ex post* veya *ex ante* olarak yapılması gerekıp gerekmediğı de doktrinde tartışmalıdır⁷⁴³.

Bu teorinin savunucularına göre, eylemin söz konusu neticenin gerçekleşmesine uygunluğu, *ex post* olarak soyut bir değerlendirme yoluyla belirlenmelidir. Buna karşılık, ünlü ceza hukukçusu *Franz von Liszt* gibi objektif teorinin sonraki temsilcileri, bu değerlendirmenin *ex ante* olarak geriye dönük tahmin ile yapılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, kendisini tekrar belirli suç öncesi durumuna sokmalı ve suçun işlendiğı andaki öngörülebilir koşullara dayanarak failin gerçekleştirdiğı eylemi tehlikeli veya tehlikesiz olarak değerlendirmelidir. Bu görüşe göre, *ex ante* tahmin, belirli bir durumda suçun işlenme riskinin olduğunu gösteriyorsa, bu durumda cezalandırılabilir bir eylem söz konusu olacaktır⁷⁴⁴.

⁷³⁹ Satzger, **a.g.e.**, s. 1024.

⁷⁴⁰ *Feuerbach*'ın öğrencisi *C. J. A. Mittermaier*, teşebbüsle ilgili olarak şunu belirtmiştir: Failin eylemlerinin cezalandırılabilmesi için failin tasavvurunun gerçeğe yeterince yakın olması gerekir; eğer yeterince yakın değilse, diğer bir ifadeyle en azından failin eylemi istenilen sonucun yerine getirilebilmesi için tamamen uygun değilse, faile ceza verilmez. Weigend / Wasser, **a.g.e.**, s. 794.

⁷⁴¹ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 66.

⁷⁴² Objektif teori taraftarlarından özellikle *Carmignani*, *Mittermaier* ve *Ortolan*, failin cezasızlığı sonucunu hareketin mutlak elverişsizliği ve suçun konusunun yokluğu hallerinde savunmuş; nisbi elverişsizlik ve suçun konusunun tesadüfi yokluğu gibi hallerde failin cezalandırılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bkz. Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 46.

⁷⁴³ Hareketin elverişliliğinin belirlenmesine ilişkin objektif teoriler için bkz. *İkinci Bölüm, II., C., 2., a.*

⁷⁴⁴ Weigend / Wasser, **a.g.e.**, s. 794.

Teoriye göre, neticesi başarısız olan bir eylemin cezalandırılmasının nedeni objektif tehlike ise, bu halde işlenemez suçun başarılı olması baştan itibaren imkansız olduğundan işlenemez suç cezalandırılmaz. Bununla birlikte, doktrinde yeni objektif teorinin temsilcileri, elverişsiz teşebbüsün her durumda cezasız kalmasına da razı olmamışlardır. Onun yerine, tehlikeli ve tehlikesiz elverişsiz teşebbüs ayrımı yapan görüş taraftarları yalnızca suçun işlendiği anda öngörülebilir koşulların objektif olarak değerlendirmesine dayalı olarak, netice itibarıyla başarıya ulaşması imkansız olan eylemlerin cezasız kalması gerektiğini savunmuşlardır⁷⁴⁵.

Teorinin eleştirisi noktası, cezalandırılabilirliğin alanını aşırı şekilde daralttığı hususunda yoğunlaşmıştır. Objektif teori yaklaşımının hukuka uygun olmadığı, zira korunan hukuki değerlere yönelik objektif bir tehdidin yokluğuyla karakterize edilen herhangi bir teşebbüsün -özellikle Alman ceza hukukunda elverişsiz teşebbüsün cezalandırıldığı göz önünde bulundurularak- cezasız kalmasının uygun görülemeyeceği düşüncesi eleştirilerin odak noktasını teşkil etmiştir⁷⁴⁶.

2. Sübjektif Teori

Sübjektif teoriler, objektif anlayışla taban tabana zıttır. Sübjektif görüşe göre teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, failin hukuka aykırı niyetinde yatmaktadır. İmparatorluk Yargıcı *Maximilian von Buri*, sübjektif teorinin “babası” olarak kabul edilir⁷⁴⁷. *von Buri*, şu düşünce dizisini geliştirmiştir: Eylemin objektif gerçeği, eylem neticesinde tamamen gerçekleşirken, teşebbüste objektif gerçekliğin bir kısmı eksiktir. Bu durumda failin fiilen istenen sonuca varabileceği ispatlanamadığından faile objektif olarak bir hak ihlali atfedilemez. Bu nedenle, teşebbüsü cezalandırılabilir kılan, ancak failin eylemlerinde kendini gösterdiği gibi suçu işleme iradesi olabilir⁷⁴⁸.

Buri'nin argümanına karşılık, 20. yüzyılın diğer yazarları teşebbüsün ceza sorumluluğunu, failin suça teşebbüs etmesiyle ortaya çıkan onun gelecekteki tehlikeliliğinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Buna göre, neticesi başarısızlığa mahkum bir suça karşılık öngörülen ceza yaptırımını ile suçun en azından gelecekte potansiyel olarak tekrarlanması halinde bireyin yasal çıkarlarının korunduğu

⁷⁴⁵ von Hippel, **a.g.e.**, §30, s. 425.

⁷⁴⁶ Satzger, **a.g.e.**, s. 1024.

⁷⁴⁷ Weigend / Wasser, **a.g.e.**, s. 794.

⁷⁴⁸ Maximilian von Buri, **Abhandlungen aus dem Strafrecht**, 1862, s. 54 (naklen, Weigend / Wasser, **a.g.e.**, s. 794).

savunulmuştur. Sübjektif teori uyarınca, tekrarlanabilirlik, geçmiş ve gelecekteki eylemler arasında bir bağlantı olarak failin suçlu enerjisinden kaynaklanmaktadır. Bir zamanlar bir faili suça teşebbüs etmeye ikna eden irade, gelecekte “*binlerce tehlikeli eyleme neden olabilir*” ve bu nedenle hala “*binlerce yasal çıkarı tehlikeye atabilir*”⁷⁴⁹. Teşebbüs edilen fiilin cezalandırılmasında belirleyici faktör, hedeflenen başarılı neticeye olan yakınlığı değil, “*failin daha fazla suç işlemeye yatkınlığı*” olmalıdır⁷⁵⁰.

İşlenemez suç bakımından failin iradesini esas alan sübjektif teori failin cezalandırılması için, hukuk düzeni tarafından korunan hukuki değerin objektif olarak tehlikeye girmiş olmasından önce, failin bu düzene karşı olan iradesini hareketleri ile dış dünyaya yansıtmış olmasını yeterli görmektedir⁷⁵¹. Sübjektif ceza hukuku anlayışı, failin kusurlu iradesini esas alarak, failin, dışa yansımış olan suç işleme iradesi ve böylelikle ortaya koyduğu sosyal tehlikeliliği nedeniyle cezalandırılmasını savunmaktadır⁷⁵².

Sübjektif görüş taraftarları, nasıl ki failin eylemlerinin sonuçları ancak failin iradesi kapsamına girdiği takdirde cezalandırılabilirse, aynı şekilde netice meydana gelmese dahi failin iradesinin cezalandırılması gerektiğini savunmuşlardır. Bu fıkre sahip olanlar aslında teşebbüste de failin tamamlanmış suçu işlemeye niyetli olduğunu ve en azından planlanan suçun icrası için başlangıç olarak görülmesi gereken eylemi yerine getirdiğini ifade etmişlerdir⁷⁵³.

Suç işleme niyetini ortaya koyan failin eyleminin cezalandırılabilir olarak kabul edilmesinin, eylemin objektif uygunluğunun türüne veya derecesine bağlı olamayacağını öngören sübjektif teoriye göre, işlenemez suçun cezalandırılmasında belirleyici faktör, failin mevcut durum itibarıyla suçu gerçekleştirebileceği varsayımı üzerine hareket etmesidir. Çünkü sübjektif olarak meşru olmayan eylem, objektif nedenlerle baştan itibaren başarısızlığa mahkum olsa bile, bu durum failin suçlu iradesini ortaya koyarak hareket etme konusundaki sübjektif kusurluluğunu kaybettirmeyecektir⁷⁵⁴. Sübjektif görüş taraftarlarınca, failin ortaya çıkan iradesi elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması nedeni olarak görülmektedir ve failin ortaya

⁷⁴⁹ Weigend / Wasser, **a.g.e.**, s. 794.

⁷⁵⁰ Wachter, **a.g.e.**, s. 20 vd.

⁷⁵¹ Önder, **C. II - III**, s. 426 vd.

⁷⁵² Satzger, **a.g.e.**, s. 1024; Devrim Aydın, “Suça Teşebbüs”, **AÜHFD**, C. 55, S. 1, 2006, s. 103.

⁷⁵³ Wachter, **a.g.e.**, s. 11.

⁷⁵⁴ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 63.

çıkan düşmanca iradesi, kamuoyuna, hukuk sistemine bir saldırı olarak hukuka olan güveni sarsmakta ve cezalandırılması gerekmektedir⁷⁵⁵.

Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1880'deki bu konuda vermiş olduğu ilk kararlarından birinde *von Buri*'nin görüşünü benimseyerek, “*cezalandırmaya değer iradeyi, ceza kanununun yöneldiği olgu olduğu konusunda şüpheye yer bırakmayacak şekilde*” tanımlanmış ve bu nedenle, teşebbüs edeni cezalandırmak bakımından “*cezalandırma için suç düşüncesinin failin dış eylemlerinde tezahür etmesinden daha fazlasının talep edilmemesi*” gerekçesi dile getirmiştir⁷⁵⁶. Sübjektif teorinin yansımaları Alman CK'da teşebbüse ilişkin düzenlemelerin 1975 yılında Alman CK § 22 ve § 23'ün yeniden formüle edilmesinden sonra da halihazırda görülmektedir⁷⁵⁷.

Sübjektif teorinin temsilcileri için bugün dahi, işlenemez suç prensip olarak cezalandırılmalıdır. Zira failin suç işlemeye istekliliği, neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmayan bir yola başvurusu veya elverişsiz bir aracı kullanmaya çalışması halinde de kendini göstermektedir. Ancak *Schröder* tarafından da savunulan sübjektif teori, Alman CK'da yer alan elverişsiz teşebbüsün ceza sorumluluğunun yeterli miktarda sınırlandırılması için pek uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Eğer sadece meşru olmayan irade nazara alınacak ise, gerçek dışı - batıl inanca dayalı teşebbüs halinde cezasızlık veya açık anlama eksikliğine dayalı teşebbüs durumunda cezada indirim uygulanması mümkün olmayacaktır. Çünkü her iki durumda da, yasal düzenleme ve failin meşru olmayan iradesi aynı derecede olacaktır⁷⁵⁸. Bu durumda, ceza sorumluluğunu yalnızca failin aktif iradesine bağlı kılan teşebbüs teorisi doğrultusunda, failin eylemi neticeyi meydana getirmeye objektif gerçeklerden uzak da olsa (batıl inanç yollarıyla veya büyü eylemler şeklinde), failin eşit derecede cezalandırılması gerekecektir⁷⁵⁹.

3. Düalist Teori

Düalizm, genel anlamıyla on yedinci yüzyıl filozofu *Descartes*'a atfedilen, zihnin işleyişinin bedenin çalışmasından farklı bir biçim ve önem kazandığına ilişkin

⁷⁵⁵ Kindhäuser, *StAT*, § 30, Rn. 10; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, *a.g.e.*, StGB, § 22, Rn. 65; Kühl, *StAT*, § 15, Rn. 90; Valerius, *a.g.e.*, s. 113.

⁷⁵⁶ *RGSt* 1, 439, 441; Weigend / Wasser, *a.g.e.*, s. 794.

⁷⁵⁷ *BGHSt* 30, 363, 366.

⁷⁵⁸ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, *a.g.e.*, StGB § 22, Rn. 65.

⁷⁵⁹ Weigend / Wasser, *a.g.e.*, s. 797.

teoridir. *René Descartes* bu teoriyi ünlü sözleriyle “*kendi düşüncelerimiz dışında, kesinlikle bizim elimizde olan hiçbir şey yoktur. . .*” şeklinde ifade etmektedir⁷⁶⁰.

Ceza hukukunda düalizmin etkileri özellikle kastın varlığı bakımından etki göstermiş ve değerlendirilmiştir⁷⁶¹. Düalist görüşe göre, zihin ve beden aslen birbirinden ayrıdır. Bir kimseyi suçlu olarak addedebilmek için ise, zihninin bedeninin yaptığını istemesi, bedeninin de buna uygun şekilde hareket etmesi gerekir. Esasen zihin ve beden arasında makul bir ilişki kurulması kimi zaman failin tasavvurunu doğru bir şekilde tespit edebilmek bakımından faydalı olabilecektir⁷⁶². Uygun bağlamda anlaşıldığında bu eylemler, hem bedeninden hem de dış ortamdan gelen etkilere dayanarak failin zihninin bedeninin geri kalanını nasıl hareket ettirdiğini somutlaştırmaktadır. Bu yüzden teori taraftarlarınca, failin niyetinin de aslen bedeninin gerçekleştirdiği eylemde saklı olduğu savunulmaktadır. Ancak ceza hukuku bakımından failin eylemi her zaman onun niyetini tam olarak ortaya koyamayabilir; zira kimi zaman failin tasavvuru ile gerçek durum birbiriyle örtüşmemektedir. Öte yandan, zihni ve bedeni ayrı ayrı değerlendiren düalist teori, birtakım olumsuz sonuçları da beraberinde getirir. Bir kimsenin eylemlerine yansıtmanın olmadığı düşüncelerinden dahi sorumlu tutulabileceğini kabul etmek temel hak ve özgürlükler bağlamında düşünce özgürlüğü ile çelişir; zira istediğini düşünmek, toplumda yaşayan her bir bireyin, anayasal güvenceyi hak eden en temel kişi hak ve hürriyetlerindendir.

Düalist teori, sübjektif teorinin yalnız failin tasavvuruna göre şekillenen sakıncalı yönlerini bertaraf etmek açısından kısmen olumlu görülebilirse de, fiilen mantıklı görülmemiş ve bugün itibarıyla terk edilmiştir; zira zihin ve beden ayrımı düşüncesi fiiliyatta sürdürülebilir değildir. Bir kişinin zihni ve bedeni bu şekilde tamamen birbirinden ayrılmışsa, zihninin, ampirik bir olgu olarak eylemini nasıl yönlendirebileceği sorusunun yeterli şekilde cevaplandırılmaması görüşün popülerliğini yitirmesine yol açmıştır.

İşlenemez suç bakımından Alman Hukuku'nda konu teşebbüs bağlamında tartışılmış, düalist felsefeyi benimseyen *Schmidhäuser* ve onu takip eden *Alwart*, elverişsiz teşebbüsün doğrudan kastın varlığı halinde (zihin) yahut failin hareketinin

⁷⁶⁰ Düalizmin de dayandırıldığı insanı zihin ve beden olarak iki farklı elementten oluştuğunu da savunan *Kartezyen Felsefe* için bkz. John Cottingham, **Descartes**, New York, 1986, s. 119 vd.

⁷⁶¹ Ceza hukukunda düalist teori ve eleştirisi için bkz. R. Anthony Duff, **Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and The Criminal Law**, Blackwell Publishing, Oxford, 1990, s. 130 vd.

⁷⁶² Dov Fox / Alex Stein, “Dualism and Doctrine”, **Indiana Law Journal**, Vol. 90, 2015, s. 999 vd.

suçun konusunu somut tehlike altına sokması (beden) halinde cezalandırılabilceği görüşünü dile getirmiştir⁷⁶³. *Schmidhäuser*'a göre, failin hareketi *ex post* olarak somut tehlike meydana getirmeye elverişsiz ise teşebbüs cezalandırılmamalı, elverişsiz teşebbüs yalnız fail kasıtlı hareket ettiğinde cezalandırılmalıdır. Öte yandan başlangıç noktasında halihazırda yanlış olan farklılaşmaya dayalı düalist teori, yürürlükteki yasa ile de uyumlu olmadığından Alman Hukuku'nda pek kabul görmemiştir⁷⁶⁴.

4. Etki Teorisi

Alman ceza hukuku içtihatlarında neredeyse yüz yılı aşkın süre boyunca teşebbüsün cezalandırılmasında subjektif gerekçelere bağlı kalınırken, ceza hukukçuları tarafından son yıllarda tekrar tekrar teşebbüs için ceza sorumluluğunun yeniden objektifleştirilmesi çağrısında bulunulmuştur. Etki teorisi de, bu çağrılarının sonucu olarak subjektif ve objektif teorilerin kombinasyonu şeklinde ortaya çıkmıştır. Buna göre, teşebbüsün ceza sorumluluğu, bir yandan failin hukuka aykırı iradesi, diğer yandan da objektif bir unsur olarak hukuki barışın bozulması ile meşrulaştırılmaktadır⁷⁶⁵.

Bugün Alman doktrinde hakim görüşü oluşturan⁷⁶⁶ ve *Mezger* tarafından ileri sürülen etki teorisi (*Eindruckstheorie*) subjektif teorinin bir modifikasyonu olarak görülmektedir⁷⁶⁷. Etki teorisi de yeni objektif teoriye benzer bir şekilde failin tehlikeliliğini esas almakta; bununla birlikte, tehlikeliyi somut olay bakımından değil, hareketin toplum üzerinde meydana getireceği etkiye göre belirlemektedir⁷⁶⁸. Böylelikle etki teorisi, subjektif teoriye yakınlaşarak, failin hareketi ile ortaya koyduğu iradenin toplum bakımından gösterdiği etkiye odaklanmaktadır⁷⁶⁹. Örneğin, gerçekte gebe olmayan kadına karşı çocuk düşürtmeye yönelik failin hareketleri, toplum

⁷⁶³ Roxin, *StAT II*, § 29, Rn. 51; Kazaker, *a.g.e.*, s. 160.

⁷⁶⁴ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, *a.g.e.*, StGB § 22, Rn. 67a.

⁷⁶⁵ Weigend / Wasser, *a.g.e.*, s. 794 - 795.

⁷⁶⁶ Roxin, *StAT II*, § 29, Rn. 46; Gropp, *StAT*, § 9, Rn. 88; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, *a.g.e.*, StGB § 22, Rn. 65; Hoffmann-Holland, *MüKoStGB*, § 22, Rn. 8; Zaczyk, *NK*, § 22, Rn. 11; Satzger, *a.g.e.*, s. 1024.

⁷⁶⁷ Hirsch, *a.g.e.*, s. 499. Önder, teorinin esasen objektif yapıda olduğunu ve yeni objektif teoriyi esas aldığını ifade etmektedir. Önder, *C. II - III*, s. 426.

⁷⁶⁸ *A.g.e.*

⁷⁶⁹ Hoffmann-Holland, etki teorisine göre teşebbüsün cezalandırılma nedenini, subjektif bir başlangıç noktası olarak düşmanca irade ile hukuki huzurun bozulmasına neden eylemin objektif unsuruyla bağlantı kurulması olarak ifade etmektedir. Hoffmann-Holland, *MüKoStGB*, § 22, Rn. 8. Ayrıca bkz. Satzger, *a.g.e.*, s. 1024.

üzerinde kötü bir örnek olacağı için, bu görüş taraftarlarınca faile teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁷⁷⁰.

Alman Hukuku'nda yukarıda ifade ettiğimiz üzere işlenemez suçun karşılığı olarak değerlendirilebilecek elverişsiz teşebbüsün genel olarak cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Esasen böyle bir sonuca ulaşılması gerektiği ilk bakışta söylenemeyecektir; zira fail neticenin gerçekleşmesine elverişli olmayan bir eylemi ile esasen korunan hukuki menfaati ne tehlikeye atmış ne de ihlal edebilmiştir⁷⁷¹. Ancak (A)'nın eyleminin toplum üzerinde doğurabileceği etki, onun cezalandırılmasını gerektirmektedir. Örneğin (A)'nın (B)'yi boş tabanca ile öldürmeye çalışması eylemi, (B)'nin hayatını tehlikeye atmamaktadır. Bununla birlikte, (A)'yı öldürmeye teşebbüs için ceza verilmesi gerektiği hususunun, failin eylemiyle halk üzerinde yarattığı etkiyle haklı gösterilebileceği; zira kamuoyu nezdinde, bir suç işlemek isteyen ve dolayısıyla yasayı ihlal eden bir failin, (muhtemelen sadece tesadüfi olarak) başarısız olmasının bir sonucu olarak eylemlerinin elverişli olmaması sebebiyle cezasız kalmasının kabul görmeyeceği; aksine, kamuoyunca failin ortaya koymuş olduğu iradesi için toplumca cezalandırması ihtiyacı duyulmakta olduğu ifade edilmektedir⁷⁷².

Etki teorisi, sübjektif teoriye yaklaşarak ortaya çıkan düşmanca iradeyi elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının asli nedeni olarak görür ve failin ortaya çıkan düşmanca iradesi, genel olarak toplum tarafında, hukuk sistemine bir saldırı etkisi doğurur ve böylelikle toplumun hukuka ve hukuk barışına olan güveni sarsar⁷⁷³. İşlenemez suçun (elverişsiz teşebbüsün) cezalandırılması, bu duruma karşı koymak ve hukuka uyumu güçlendirmek amacını taşımaktadır; bu nedenle öncelikle pozitif genel önleme için kullanılmaktadır⁷⁷⁴.

Öte yandan, Alman hukukunda, etki teorisinin bir yansıması olarak elverişsiz teşebbüs olarak değerlendirilen her halin, ceza yaptırımını uygulanmasına ihtiyaç duymasına neden olmayacağı; aksine, bir eylemin ilgili suçu gerçekleştirmeye çok açık bir şekilde uygun olmadığı durumların da söz konusu olabileceğinin

⁷⁷⁰ Önder, **C. II - III**, s. 426.

⁷⁷¹ Valerius, **a.g.e.**, s. 113. Alman doktrinde elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği ile ilgili olarak eleştirel değerlendirmeler için ayrıca bkz. Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 37; Roxin, **StAT II**, § 29, Rn. 14 vd.

⁷⁷² Valerius, **a.g.e.**, s. 113. Hukuken korunan düzene karşı gelmeyi vurgulayan Alman yargı kararları için bkz. **BGHSt 11, 324, 327; BGHSt 30, 363, 366; BGHSt 40, 299, 302**.

⁷⁷³ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 65; Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 11; Kühl, **StAT**, § 15, Rn. 90; Valerius, **a.g.e.**, s. 113.

⁷⁷⁴ Kindhäuser, **StAT**, § 30, Rn. 10; Valerius, **a.g.e.**, s. 113. Pozitif genel önleme teorisi için bkz. yukarıda, *Üçüncü Bölüm, I., A., 2., c., ii., (b)*.

düşünülebileceği; buna göre yukarıda ifade ettiğimiz açık bir yanılgıya dayalı teşebbüs hallerinde (*Grober Unverstand*)⁷⁷⁵ Alman CK § 23 (3) uyarınca hakimın takdirine bağlı olarak ceza verilmeyebileceği kanunda düzenlenmiş durumdadır⁷⁷⁶. Alman Federal Mahkemesinin bu yönde vermiş olduğu bir karara göre, suç işlerken yaygın olarak bilinen nedensel bağlantılar hakkında tamamen gerçek dışı fikirlere sahip olan failin, suçun neticesinin uygun olmayan yollara rağmen mümkün olduğunu düşünmesi halinde, ortada fail tarafından büyük bir yanlış anlama söz konusu olduğunun kabul edilebilmesi için, bu yanlış anlamanın sadece bilgili insanlar için değil, aynı zamanda ortalama deneyime sahip herkes için açık olması gerekli olduğu ifade edilmiştir⁷⁷⁷.

Etki teorisinin bir diğer yansıması olarak, Alman doktrininde hakim görüş ve onunla birlikte yasama organı, gerçek dışı veya batıl inanca dayalı teşebbüste (*Abergläubischer Versuch*) failin cezasızlığı hususunda hemfikirdir⁷⁷⁸. Söz konusu düşünce, subjektif görüşün aksine failin suç işleme iradesini göstermiş olmasının değerlendirilmesinin yanı sıra değerlendirmede aynı zamanda objektif faktörlere de yer verilmesiyle açıklanabilir⁷⁷⁹. Buna göre, teşebbüs elverişli olsun veya olmasın, fail tarafından düşmanca bir iradenin ortaya koyulması hukuk sistemine saldırı izlenimi yarattığı ve böylelikle hukuk camiasının hukuk barışına olan güvenini sarstığı için failin cezalandırılması gerekir⁷⁸⁰. Böylelikle işlenemez suçun (elverişsiz teşebbüsün) suçun cezalandırılması da elverişli teşebbüsün cezalandırılması ile aynı nedene dayandırılır. Bu neden, failin eyleminin genel kamuoyunda oluşturduğu hukuku ihlal etme iradesinin toplumdaki etkisine dair haklı ve sarsıcı izlenimdir⁷⁸¹. Teşebbüsün cezası, sadece halkın hukuk sisteminin geçerliliğine olan güvenini sarsma kabiliyetine sahip olduğu için var olup, bu nedenle, ceza tehdidinin maddi anlamı, toplumsal değerlerde bir bozulmaya veya bozulma tehdidine karşı bir savunma olarak değerlendirilmiştir⁷⁸².

⁷⁷⁵ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, II., D.*

⁷⁷⁶ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB, § 23, Rn. 18; Lackner / Kühl, **a.g.e.**, StGB, § 23, Rn. 4; Zaczyk, **NK**, § 23, Rn. 21; Roxin, **StAT II**, § 29, Rn. 370; Valerius, **a.g.e.**, s. 114.

⁷⁷⁷ **BGHSt 41, 94, 95.**

⁷⁷⁸ Bkz. **RGSt 33, 321, 322**; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, StGB, § 23, Rn. 13; Kühl, StAT, § 15, Rn. 93; Roxin, StAT II, § 29, Rn. 373; Wessels / Beulke / Satzger, **a.g.e.**, § 13, Rn. 620; Hillenkamp, **LK**, § 22, Rn. 190; Kindhäuser, **StAT**, § 30, Rn. 16.

⁷⁷⁹ Weigend / Wasser, **a.g.e.**, s. 795. Nitekim *Eser / Bosch*, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçelendirilmesinde ve sınırlandırılmasında toplum üzerindeki bu tür objektif nitelikteki etkilerin dahil edilmesi nedeniyle etki teorisinin, subjektif-objektif nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 65.

⁷⁸⁰ **A.g.e.**

⁷⁸¹ Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 11.

⁷⁸² Hoffmann-Holland, **MüKoStGB**, § 22, Rn. 8.

Etki teorisi, teoriyi eleştirenlerce endişe uyandırıcı olarak görülmektedir; zira teşebbüs, normatif olarak bakıldığında, bir dereceye kadar oldukça soyut hukuki bir menfaatin sınırını aştığı için cezalandırılır. Etki teorisinde ise, fail ister bir cesedi öldürmeye çalışsın, ister kendi ceketini çalmaya teşebbüs etsin, failin cezası, hukuk bilincini, hukuki barışı, genel hukuka uygunluğu sarsmış veya sarsmış olabileceği gerçeğiyle açıklanmaktadır⁷⁸³. Bu nedenle teori cezalandırmada belirsiz kriterler ortaya koyduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca etki teorisinin her zaman ikna edici dogmatik bir temele sahip olmadığı şeklindeki temel eleştiri de yine doktrinde ileri sürülmektedir. Bu konuda görüş bildiren yazarlardan *Wachter*'e göre, (sözde) hakkı ihlal edici bir etkiye tepki olarak verilen ceza, etki teorisini pozitif genel önleme yoluyla meşrulaştırmaya muktedir değildir⁷⁸⁴.

C. Türk Hukukunda Durum

Dönmezer / Erman, işlenemez suç halinde faile, suça teşebbüse oranla çok daha hafif bir ceza vermek veya somut olaya göre ceza vermek/vermemek hususunda hakime takdir yetkisi tanınmasının yerinde olacağı görüşündedir⁷⁸⁵.

Alacakaptan, öncelikle gerek hareketin elverişsizliği gerekse suçun konusunun yokluğu hallerinde, hakkında işlenemez suç hükümlerinin uygulanması gereken kimsenin, hareketlerinin tamamlanmış kısmı itibariyle kanunda başka bir suç oluşturması halinde o kimse hakkında meydana gelen suç ile ilgili hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁸⁶. Bununla birlikte yazar, fail tarafından suç sayılan bir neticenin meydana gelmesi amacıyla yapılan hareketlerin teşebbüsün sınırları içinde kaldığını ancak hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğunun tespit edilmesi halinde, teşebbüse nazaran daha hafif bir ceza öngörülmesi, gerekirse hakime ceza verilmemesi veya güvenlik tedbiri uygulanması hususunda takdir yetkisinin tanınması gerektiği görüşünü ortaya koymaktadır. Yazar ayrıca hareketteki elverişsizliğin veya suçun konusunun yokluğunun fail tarafından bilindiği hallerde, bu durumun ceza hukukunun müdahalesini gerektiren bir husus

⁷⁸³ Hoffmann-Holland, **MüKoStGB**, § 22, Rn. 9. Bu görüşün adaletsiz olduğuna yönelik bkz. Rainer Zaczyk, **Das Unrecht der versuchten Tat**, Schriften zum Strafrecht, Band 80, Duncker & Humblot - Berlin, 1989, s. 23; Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22 Rn. 65; Kühl, **StAT**, § 15, Rn. 90; Valerius, **a.g.e.**, s. 113.

⁷⁸⁴ Wachter, **a.g.e.**, s. 58 vd.

⁷⁸⁵ Dönmezer / Erman, **C. II**, kn. 176.

⁷⁸⁶ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 128.

olmadığını da eklemiştir⁷⁸⁷. Böylelikle yazar, fail tarafından suç işleme iradesinin ortaya konularak, kendisinde neticenin meydana geleceğine ilişkin bir inancın söz konusu olduğu durumlarda hakime ceza verip vermeme yahut güvenlik tedbiri uygulama hususunda takdir yetkisi tanınması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık yazar, hareketin elverişsiz olduğunun veya suçun konusunun bulunmadığının fail tarafından bilindiği durumların ceza hukukunun kapsamı dahilinde olmadığını bununla birlikte, failin samimi olarak inandığı ancak büyü, dua gibi bazı hayali vasıtalarla hareket ettiği ya da failde zeka, idrak noksanlığı veya aşırı cehaletini gösteren diğer olaylarda ise güvenlik tedbiri dahilinde gerekirse tedavi tedbiri uygulanmasının yerinde olduğunu ifade etmiştir.

Erem / Danışman / Artuk, hareket ve konu bakımından elverişsizlik halinde faile ceza verilip verilemeyeceği hususunun yalnızca kanun metninden okuyarak anlaşılmasının pek güç olduğunu ifade etmiş ve sorunun suç işleme kararı ile birlikte ele alınması gerektiğine işaret ederek iki şekilde anlaşılabilirliğini belirtmişlerdir. Birinci anlayışa göre, kanunumuzun teşebbüste elverişli hareketlerle icraya başlamayı şart koştuğuna göre işlenemez suçun cezalandırılmasına imkan yoktur. Suçun konusunun yokluğu da aynı sonucu doğuracaktır çünkü konu yok ise suç da oluşamayacaktır. Teşebbüste esas unsurun teşebbüsün icrasına değil suç işleme kararının icrasına başlamak olarak kabul eden yazarlar, ikinci anlayışa göre, suçun icrasına başlayan ve teşebbüsten sorumlu tutulan failin, bilmediği bir elverişsizlik nedeniyle cezasız kalmasının da doğru olmayacağını ifade etmişlerdir. Suçun meydana gelmesi için bütün fiillere başvuran ve kötü niyetini ortaya koyan kişinin cezasız kalmasının bir açıklamasının olmayacağını belirten yazarlar, TCK sisteminde teşebbüs hükümlerinin ağırlık noktasını suç işleme kararı doğrultusunda yorumlanması neticesinde işlenemez suçun cezalandırılması imkanının doğacağını ifade etmişlerdir. Yazarlar nihai olarak TCK'daki teşebbüs düzenlenmesinden yorum yolu ile işlenemez suçun cezalandırılmayacağı kanısına varmış olmakla birlikte, kanuna, pek çok karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi işlenemez suçun cezalandırılması doğrultusunda hüküm eklemenin gerekliliğini vurgulamışlardır⁷⁸⁸.

İçel, subjektif görüşü savunan bazı yazarlarca işlenemez suçta hiç değilse teşebbüsten daha hafif bir ceza verilmesi veya güvenlik tedbiri uygulanmasının önerilmiş olduğunu ifade etmişse de, teşebbüsün failin gerçekleştirmiş olduğu

⁷⁸⁷ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 59.

⁷⁸⁸ Erem / Danışman / Artuk, **a.g.e.**, s. 306.

hareketlerin suçu oluşturmaya uygun ve tehlike olması nedeniyle cezalandırıldığını belirtmiş ve bu nedenle ancak hareketin suçu oluşturmaya elverişli ve tehlikeli olması halinde teşebbüsten cezalandırılması gerektiğini; aksi durumda hareketin suçu gerçekleştirmeye uygun olmadığı tespit edilirse bu tür davranışların işlenemez suç oluşturduğunu ve cezalandırılmaması gerektiğini dile getirmiştir⁷⁸⁹.

Demirbaş, işlenemez suç halinde yaptırım uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin açıkça bir öneride bulunmamış fakat bir suç işlemeyi kararlaştırmış ve bu amaçla her şeyi yapmış olan bir kimsenin, kendi bilgisi ve arzusu dışındaki bazı nedenlerden dolayı cezalandırılmamasının kabul edilemeyeceğini, failin hareketi neticeyi gerçekleştirmese dahi failin düşüncesi ile neticenin birbiri ile örtüştüğü durumlarda işlenebilen bir teşebbüsün varlığının kabul edilmesi gerektiğini ve hakimın bunu tehlike teorisi uyarınca ortalama bir insanın deneyimlerine ve failin somut olaya ilişkin özel bilgisinin göz önünde bulundurulması suretiyle tespit etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazar bu durumu, mağdurun parasının yankesicinin elini attığı değil diğer cebinde bulunması; bir annenin ölü doğmuş çocuğunu canlı zannederek öldürme hareketlerine kalkışması örnekleriyle açıklamıştır. Bununla birlikte yazar, büyü gibi akıl dışı eylemlerin teşebbüs hükümleri gereğince cezalandırılmasının mümkün olmayacağını da görüşüne eklemiştir⁷⁹⁰.

Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, teşebbüsün düzenlendiği TCK m. 35'te yer alan “*bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp*” ifadesi nedeniyle mutlak imkansızlık hallerinde failin cezalandırılmasının mümkün olmadığı ancak işlenemez suç halinde, fail suç işleme iradesini ortaya koyduğu ve toplum bakımından tehlikeli bir kişilik olduğunu gösterdiği için, TCK'da işlenemez suçun cezalandırılması ya da fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanması için düzenleme yapılması gerektiği kanaatindedir⁷⁹¹.

Özbek / Doğan / Bacaksız, TCK'da işlenemez suç hususunda düzenlemeye mutlak bir şekilde ihtiyaç olduğunu belirtmiş ve konuyu olması gereken hukuk açısından ele almıştır. Yazarlar, işlenemez suçun cezalandırılmasının önündeki ilk engel olarak gördükleri TCK m. 35 düzenlemesinde yer alan “*kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu*” ifadesinin “*kişi eylemi gerçekleştirmeye yönelik tasavvuru doğrultusunda, bir suçu*” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

⁷⁸⁹ İçel, **a.g.e.**, s. 528 vd.

⁷⁹⁰ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 516.

⁷⁹¹ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, **a.g.e.**, s. 717.

Böylelikle esasında tipiklikte hata sonucunda ortaya çıkan işlenemez suç halinde ortadan kalkan kast sebebiyle failin cezalandırılmasına engel teşkil eden durum da ortadan kalkacaktır. Tehlike teorisini benimsediklerini ifade eden yazarlar, bu teorinin TCK'nın genel yapısına da uygun olacağını; zira teşebbüste cezanın belirlenmesi şeklinin düzenlendiği TCK m. 35/2'de yer alan “*meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığının*” esas alınıyor olmasının (teşebbüsten cezalandırabilme için en azından tehlikenin varlığının aranmasını şart koşan bu düzenlemenin), eylemin haksızlık içeriğini ortaya koyabilmek adına yol gösterici olacağını; tehlikenin açığa çıkıp çıkmayacağını *ex ante* koşullara göre hakimnin kendisini sıradan bir gözlemci yerine koyarak yapması gerektiğini ifade etmişlerdir⁷⁹². Nihayetinde işlenemez suçun cezalandırılmasını savunan yazarlar, işlenemez suç halinde ne şekilde bir yaptırım uygulanacağına ilişkin ayrıca bir açıklamada bulunmamışlardır. Bu nedenle söz konusu yazarlarca, diğer çoğunluk yazarlar gibi güvenlik tedbiri gibi bir yaptırım uygulanması önerilmediği; işlenemez suçun da teşebbüs kapsamında değerlendirilmesi ve failin eylemi neticesinde ortaya çıkan tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılması gerektiği kanaati ortaya konulduğu düşüncesindeyiz.

Özgenç ise, kişinin gerçekleştirdiği fiilin suçun kanuni tanımında yer alan neticeyi meydana getirmeye elverişsiz olması halinde bu davranışın ceza hukuku bakımından önem taşımadığını ifade etmiş ve bu durumu işlenemez suç olarak tanımlamamıştır⁷⁹³. Buna karşılık yazar, suçun konusu bakımından, elverişsizlikten değil yokluktan bahsedilebileceğini ve suçun konusunun yokluğu durumunda işlenemez suçun söz konusu olacağını ifade etmiştir. Böylelikle işlenemez suçun varlığı halinde ilgili suç ile korunan hukuki değerleri tanımayan davranışları gösteren ve böylelikle tehlikeli kişiliğini ortaya koyan failin, işlemek istediği suç bakımından neticenin gerçekleşmesi suçun maddi unsurlarından konunun mevcut olmaması nedeniyle mümkün olmadığı halde, teşebbüsten dolayı cezalandırılmasını doğru bulmadığını belirtmiştir. Yazar bununla birlikte, işlenemez suçun varlığı halinde, kişinin suç işleme iradesini açığa vurması nedeniyle toplum açısından tehlikeli bir kişiliğe sahip olduğunu ortaya çıkardığını ve bu kişi hakkında arz etmiş olduğu tehlikeliliği oranınca güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerektiğini savunmuştur⁷⁹⁴. Yazar ayrıca, failin büyü (sihir) gibi yollarla bir kimseyi öldürmek istemesi veya

⁷⁹² Özбек / Doğan / Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 472 vd.

⁷⁹³ Özgenç, **a.g.e.**, s. 560.

⁷⁹⁴ **A.g.e.**, s. 563.

hamile olan bir kadının ıhlamur çayı içerek çocuğunu düşürebileceğini zannetmesi örneklerine vurgu yaparak bu gibi durumlarda işlenemez suçtan değil, suçun icrasına yönelik olarak gerçekleştirilen hareketin elverişsizliğinden söz edileceğini ifade etmiştir⁷⁹⁵.

Sözür, teşebbüsün cezalandırılma nedeninin anlamının, bir davranışın ne zaman ve hangi koşullar altında cezalandırılabilirliğin sınırları içerisine dahil edilmesi gerektiği olduğunu ifade etmiş; hareketin tipik neticeyi meydana getirmeye uygun olarak görülmediği ve bu hareketin tehlikesiz olarak saptandığı durumlarda ortada ceza hukuku yönünden önem taşımayan bir davranışın olduğunu savunmuş; böyle bir davranışın işlenemez suç olarak nitelendirilmesinin yalnızca terminolojik bir anlam taşıdığını ifade etmiştir. Yazar, failin suça ilişkin iradesinin herhangi bir biçimde ortaya çıkışı veya failin ahlaki kötülüğünün ya da tehlikeliliğinin cezalandırma nedeni bakımından esas alınamayacağı özellikle vurgulayarak, böyle bir davranışı cezalandırmanın fail ceza hukuku ilkesi ile bağdaşacağı sakıncası ile işlenemez suç halinde faile ceza verilmemesi gerektiği kanaatini ifade etmiş durumdadır⁷⁹⁶.

İşlenmesi kastedilen suçun icrasına başlamayı engelleyen hareketin elverişsizliği halinde gerçekleştirilen hareketlerin teşebbüsü oluşturmadığını belirtmek için bu duruma elverişsiz teşebbüs; suçun manevi unsurunun ve konu dışındaki diğer unsurların gerçekleştiği ancak kastedilen suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemediği duruma işlenemez suç denilmesinin daha uygun olacağını savunan *Koca / Üzülmaz* ise, TCK'daki teşebbüs düzenlemesi uyarınca işlenemez suçun cezalandırılmasının mümkün olmadığını; ancak işlenemez suçun söz konusu olduğu hallerde failin tehlikeli kişiliğini ortaya koymuş olduğunu ifade etmiş ve bu nedenle açık bir düzenleme ile işlenemez suç halinde failin cezalandırılmasını veya güvenlik tedbiri uygulanmasının öngörülmesi önerisinde bulunmuştur⁷⁹⁷.

Aksoy İpekçioğlu, kanunumuzda işlenemez suça ilişkin ayrıca bir hüküm mevcut olmamasına karşın işlenemez suçun suç genel teorisinde tipiklik unsuruna etkisi bakımından ele alınması gerektiği ve böylelikle ayrı bir hükme ihtiyaç duyulmaksızın makul bir sonuca ulaşılabileceğini ifade etmiştir⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ **A.g.e.**, s. 561, dpn. 957.

⁷⁹⁶ *Sözür*, **Teşebbüs**, s. 153 vd.

⁷⁹⁷ *Koca / Üzülmaz*, **a.g.e.**, s. 432 vd.

⁷⁹⁸ *Aksoy İpekçioğlu*, **Teşebbüs**, s. 198.

İşlenemez suç halinde faile güvenlik tedbiri uygulanamayacağını, haksızlık içeriği bakımından teşebbüs ile işlenemez suç arasında çok fark bulunmadığını, bu nedenle işlenemez suç halinde faile teşebbüse nazaran daha az bir ceza verilmesi gerektiğini savunan *Doğan*, işlenemez suç hallerinde failinin kusurunun tam olduğunu; güvenlik tedbirlerinin ise kusursuz fail hakkında uygulanabileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte yazar, işlenemez suç halinde fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasını önerisini, güvenlik tedbirinin hangi süreyle uygulanacağı ve bu tedbirin yerine getirilmemesi durumunda faile nasıl bir yaptırım uygulanacağını belirsiz olması nedeniyle de eleştirmiştir⁷⁹⁹.

Aydın da, failin dış dünyaya yansıtmış olduğu anti-sosyal davranışı ve suç ile korunan hukuki menfaatin tehlikeye atılmış olması nedeniyle, faile ceza ya da güvenlik tedbiri uygulanmasının yerinde olacağı yönündeki görüşünü ortaya koymuştur⁸⁰⁰.

III. DEĞERLENDİRME

İşlenemez suç gibi atipik bir fiilin cezalandırılması şeklinde tezahür eden teşebbüs kurumu, kanunilik ilkesi gereğince, hemen hemen her ceza kanununda yerini almıştır. Bugün artık daha evvel de bahsettiğimiz üzere, işlenemez suç kurumu da birçok ülkenin ceza kanununda cezalandırılır ya da cezalandırılmaz şeklinde normatif olarak yerini almış, açıkta bırakılmamıştır. Dahası, hareketin veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu, karşılaştırmalı hukukta farklı isimlerle anılan, bizim işlenemez suç adlandırdığımız olgunun ceza sorumluluğu bugün neredeyse evrensel olarak kabul edilmektedir⁸⁰¹. Bununla birlikte, işlenemez suçun gerek temelleri gerekse de sınırları tartışmalıdır⁸⁰².

Alman doktrininde teşebbüsün bir görünümü oluşturan ve Alman doktrininde işlenemez suça en yakın kavram olan elverişsiz teşebbüsün ceza sorumluluğunu, böyle

⁷⁹⁹ Doğan, **Ters Tipiklik**, s. 223 vd. Yazar, işlenemez suçun kanunda TCK m. 35'te yer alan teşebbüs hükmüne 3. fıkra eklenmesi suretiyle düzenlenmesi gerektiğini önermiş ve bu önerisini somutlaştırmıştır: “(3) Suçun işlendiği anda suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlardaki elverişsizlik nedeniyle suçun tamamlanamaması halinde, herhangi bir tehlike açığa çıkmadığı sürece (kişi) suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Tehlikenin açığa çıkmış olması halinde teşebbüsten dolayı verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir”. Doğan, **Ters Tipiklik**, s. 224.

⁸⁰⁰ Aydın D., **a.g.e.**, s. 103.

⁸⁰¹ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 60; Zaczyk, **NK**, § 22, Rn. 37; Hoffmann-Holland, **MüKoStGB**, § 22, Rn. 52. Yazarlar, Alman ceza hukuku doktrininde yer aldığı üzere elverişsiz teşebbüs (*untaugliche Versuch*) terimini kullanmıştır.

⁸⁰² Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, I., B., 1.*

bir teşebbüsün normatif huzuru bozmaya uygun olması gerekçesiyle dogmatik olarak meşrulaştırıldığı savunulmaktadır⁸⁰³.

Alman CK § 22'de düzenlenen teşebbüs bahsinde “*Her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre suç tipinin gerçekleştirilmesi için...*” ifadeleri yer almaktadır. Hükümdeki “*Fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre*” ifadesi, teşebbüsün cezalandırılmasındaki sübjektif karakterini açıkça göstermektedir. Buna göre, failin bakış açısı, bir teşebbüsün cezalandırılabilir olup olmadığı sorusu için belirleyicidir. Bu yaklaşım, sübjektif teoriye işaret eder ve buna göre, bir eylemi cezalandırılabilir bir eylem haline getiren failin iradesidir⁸⁰⁴. Alman CK § 22'de uygulanan ikinci özellik, “*suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır*” ifadesidir. İlk bakışta bu ifade objektif teori ile de bağdaştırılabilir; zira bu fikre göre, ancak failin meşru olmayan suç iradesi kendini “*kişinin düşünce dünyasında*” değil, “*dış alemde*” göstermişse teşebbüs söz konusu olacaktır. Henüz dış alemde tezahür etmeyen failin suç iradesi ise cezalandırılmaz. Ancak sübjektif teoriye göre, failin niyetinin ortaya çıkması için de özel bir gereklilik aranmaz; failin, suç niyetini herhangi bir şekilde dışa yansıtması etmesi yeterlidir⁸⁰⁵. Bu nedenle Alman CK ve doktrininde teşebbüs, elverişli ve elverişsiz teşebbüs olarak ve dahi gerçek dışı - batıl inanca dayalı teşebbüs olarak tasnif edilmektedir. Alman CK'da sübjektif teorinin hakimiyetini hafifleterek teşebbüs düzenlemesinde objektif kriterlere de yer verilmiş ve böylelikle objektif ve sübjektif teorinin harmanlandığı etki teorisi doğrultusunda teşebbüs düzenlemesine yer verilmiştir. Türk doktrininde işlenemez suçun cezalandırılmamasının gerekçelerinden biri ise, suça teşebbüs için, failin fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre suç tipini gerçekleştirmesinin yeterli görülmemesidir.

İşlenemez suçun cezalandırılmaması görüşünü savunanlar ile taşıdığımız ortak kaygı, işlenemez suçun cezalandırılması halinde, suçun objektif niteliğinden uzaklaşılarak fail ceza hukuku anlayışına yakınlaşmış olma kaygısıdır. Özellikle terör gibi toplumsal olaylar neticesinde, XXI. yüzyıl ceza hukuku gelişmeleri ile yeniden gündeme gelen ancak çokça eleştiriye maruz kalan düşman ceza hukuku, risk ceza hukuku akımları gibi failin kişiliğinden hareket eden ceza hukuku anlayışının,

⁸⁰³ Wessels / Beulke / Satzger, **a.g.e.**, § 17, Rn. 980.

⁸⁰⁴ Weigend / Wasser, **a.g.e.**, s. 795.

⁸⁰⁵ Schönke / Schröder / Eser / Bosch, **a.g.e.**, StGB § 22, Rn. 44; Weigend / Wasser, **a.g.e.**, s. 795.

özellikle özgürlükler bağlamında oldukça büyük sakıncalara sebebiyet vereceği şüphesizdir.

Ünver teşebbüsün cezalandırılma nedenini, teşebbüs derecesinde kalan eylemin o suç tipiyle korunmak istenen hukuki değeri zarar tehlikesine sokmasıyla açıklamaktadır. Böylelikle saldırıya maruz kalan hukuksal değerler, yalnızca tipe uygun neticenin doğması halinde cezalandırılması suretiyle değil; aynı zamanda suçun tamamlanmasına yönelik hareketlerin tipik neticeyi gerçekleştirmediği ve fakat bu neticeyi doğurma tehlikesinin var olduğu hallerin de cezalandırılması ile cezalandırma alanının genişletilmesi suretiyle korunmaktadır⁸⁰⁶.

Teşebbüsün cezalandırılmasının temelinde yatan düşünce, eğer işler gerçekte failin hayal ettiği gibi tezahür etmiş olsaydı, suçun tamamlamış olacağı yahut en azından kesintiye uğramamış olsa idi, muhtemelen failin neticeyi gerçekleştirmiş olacağı fikridir. Böyle bir durumda teşebbüsün kanunen cezalandırılması gerektiğine dair bir ihtilaf yoktur. Benzer şekilde, failin bilmediği olaylar nedeniyle, gerçek durum onun düşündüğünden farklı olduğu için netice gerçekleşmemiş ise de aynı esas kabul edilebilir. İşlenemez suç halinde de failin hareketi hem tehlikeliliği nedeniyle ahlaki olarak kınanabilecektir; hem de bireysel olarak caydırıcılığa gereksinim gösterecektir. Bu iki neden açısından bakıldığında, işlemek istediği suç baştan başarısızlığa mahkum olan kişi ile suç amacını gerçekleştiren kişi arasında fark bulunmadığı söylenebilecektir⁸⁰⁷. Böyle bir çözüm, cezanın amacı ve ceza hukuku ile korunan değerlere saygı gösterilmesi ihtiyacı ile tutarlıdır. Nitekim, hukuk, cezayı hak edenlere ceza verilmesini sağlamakta, tesadüfi faktörlerin uygulanmasını reddetmekle birlikte hukukunun alanını haksız bir şekilde genişletilmesine sebebiyet vermemektedir⁸⁰⁸. İşlenemez suçun cezalandırılmasını savunanlar, bu fikirlerini bu ve benzeri gerekçelerle temellendirmektedir.

Genel olarak, ceza yaptırımının amacı bireylerin meşru haklarının korunmasıdır. Sosyal açıdan önemli bir hakkı ihlal eden veya tehlikeye atan davranış cezalandırılabilir⁸⁰⁹. İşlenemez suç açısından da durum böyledir. Gerçekte failin başarısız kalmaya mahkum eylemi, bir yaptırıma bağlanmalı mıdır sorusunun cevabını

⁸⁰⁶ Ünver, **a.g.e.**, s. 1003.

⁸⁰⁷ Teşebbüs aşamasında kalmış suç ile işlenemez suç arasında haksızlık içeriği bakımından fark bulunmadığı yönünde görüş için bkz. Doğan, **Ters Tipiklik**, s. 224.

⁸⁰⁸ Mordechai Kremnitzer, "The Punishability of Impossible Attempts", **Israel Law Review**, I. 3 - 4, Vol. 19, Summer - Autumn, 1984, s. 386 vd.

⁸⁰⁹ Weigend / Wasser, **a.g.e.**, s. 798.

suç adını verdiğimiz kavrama yüklediğimiz anlama göre verebiliriz. Suç, diğer unsurlarıyla birlikte genel olarak, günümüzde devlet otoritesi tarafından tanımlanan ve toplum düzenini bozan, karşılığında yaptırım uygulanması öngörülen fiildir. Peki suç hukuki yarara verilen bir zarar mıdır, yoksa kişinin görevine aykırılık mıdır? Diğer bir deyişle, ceza hukukunda yaptırım kişiye hukuka uygun davranma görevine aykırı hareket ettiği için mi yoksa korunan hukuki yarara verilen zarar sebebiyle mi uygulanır? Bu soruya fail ceza hukuku anlayışıyla yaklaşan yazarlar, failin devlet içerisinde yerine getirmesi gerekli olan görevine aykırı hareket ettiği için cezalandırılması gerektiği savunmuşlardır⁸¹⁰. Bu doğrultuda işlenemez suçta da suçun konusu bir zarara uğramamasına rağmen cezalandırılmasının sebebini korunan hukuki menfaate göre değil, failin görevine aykırı davranmış olması sebebiyle uygulanmakta olduğu savunulabilir. Ancak gerçekte durum böyle değildir. Zira işlenemez suçta failin cezalandırılması korunan hak ve yarar üzerinde hareketin meydana getirebileceği objektif tehlikeden kaynaklanmaktadır⁸¹¹. Cezanın anlamı ve amacı da, failin cezalandırılmasında toplumun değer tanıdığı ve hukuk düzeni tarafından korunan hukuki yarar üzerinde failin hareketinin tehlike yaratmış veya zarar vermiş olmasını gerektirir⁸¹². Yine de, failin hukuk düzenini ihlale yönelmiş iradesi de, aynı zamanda görevin ihlali anlamına da gelebilir ancak bu da, ikincil niteliktedir⁸¹³.

Tarihte ceza hukukunun gelişiminde özellikle iki amacın güdüldüğünü söylersek yanlış olmaz. Bunlar, suçun işlenmesi ile bozulan toplum düzenini yeniden kurma amacı ile ceza hukukunun keyfilikten uzak, objektif, genel ve soyut kurallara bağlanmasıdır⁸¹⁴. Toplum düzenini kurma ihtiyacı ile bireyler sözde özgürlüklerinden esenlik, güvenlik ve dirlik düzen uğruna vazgeçmişlerdir⁸¹⁵. Böylelikle ceza hukuku yasaları da toplum düzenini yeniden kurma üzerine şekillenmiştir. Bu doğrultuda kanaatimizce suçun tanımı da, yaptırımın kaynağı da bozulan toplum düzenini yeniden tesis etme amacıyla birlikte, korunan hukuki yarar ve hak ile ilgilidir.

Türk hukukunda hareketin elverişsizliği nedeniyle meydana gelen işlenemez suçun cezalandırılmamasının sebebi kanaatimizce teşebbüs düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Failin teşebbüs sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için elverişli

⁸¹⁰ Bkz. Otto-Klaus Koch, *Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts- oder Pflichtverletzung?*, Köln, 1937, s. 8 (naklen, Önder, C. I, s. 7).

⁸¹¹ Önder, C. I, s. 7.

⁸¹² Koch, *a.g.e.*, s. 30 vd (naklen, Önder, C. I, s. 8).

⁸¹³ Önder, C. I, s. 8.

⁸¹⁴ Dönmezer / Erman, C. I, kn. 63.

⁸¹⁵ Becceria, *a.g.e.*, s. 25.

hareketlerin mevcudiyetinin aranması, hareketin elverişsizliği nedeniyle meydana gelen işlenemez suçun cezalandırılmasına da engel teşkil edecektir.

Öte yandan, suçun konusunun yokluğunun, hareketin elverişsizliğinden ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Failin hareketlerinin suçun konusu yönünden neticeyi meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir; ancak yukarıda daha evvel ifade ettiğimiz üzere, suçun konusunun yokluğu, hareketin elverişliliğinden ayrı bir kavramdır⁸¹⁶. Bu bağlamda, mevcut düzenleme itibarıyla suçun konusunun yokluğu halinde işlenemez suçun cezalandırılmaması sadece teşebbüs düzenlemesinden kaynaklanmamaktadır. İşlenemez suçta fail, suçun tipikliğine ilişkin bir hataya düşmüştür; failin tasavvuru ile gerçek birbiriyle uyum içerisinde değildir. Kanaatimizce, atipik bir eylem olarak işlenemez suçun cezalandırılması, suçların kanuniliği ilkesi neticesinde ve tipikliğin kesinliği nedeniyle mümkün değildir. Gerçekten de, işlenemez suç cezalandırıldığı takdirde elverişsiz bir hareketin sonucu olarak veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle başarısız olmaya mahkum, atipik bir eylem cezalandırılmış olacaktır. Buna karşılık, bir suçu işlemeyi yalnızca tasavvur etmekle kalmayıp, bu iradesini, sonuca bağlama yeteneğinden yoksun da olsa ortaya koyan bir kimsenin toplum için tehlikelilik arz ettiği de açıktır⁸¹⁷. Dolayısıyla işlenemez suç failine, sanki suç işleme iradesini hiç ortaya koymamış bir kimse gibi davranılması da bugün kabul edilen cezanın amacıyla bağdaşmayacaktır.

Dönmezer / Erman, suç siyasetini “*Genel ve özel önleme dahil, suça karşı direnç ve mücadelede hedeflerini belirlemek, araçları sağlamak ve bunların ne suretle kullanılacaklarını göstermek üzere oluşturulan stratejiler ve bunların uygulanmaları sanatı*” şeklinde ifade etmiştir⁸¹⁸. Nitekim önleyici nitelikte olduğu kabul edilen güvenlik tedbirlerinin, yalnızca failin tehlikeli hali nedeniyle yeniden suç işlemesini engellemeyi, diğer bir deyişle faili ıslah etmeyi değil, aynı zamanda toplumun da failden korunmasını amaçlandığını ifade edilmektedir. *Dönmezer / Erman*'a göre bu yaklaşım aynı zamanda fail ceza hukukuna bir yönelişi göstermektedir⁸¹⁹. Ancak özellikle 5237 s. TCK ile ismi ile birlikte kapsamı da değişen ve genişleyen güvenlik tedbirlerinin yalnızca toplumu koruma amacı taşımadığı aynı zamanda suç işlenmesine

⁸¹⁶ Bkz. yukarıda, *İkinci Bölüm, III*.

⁸¹⁷ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 56 - 58.

⁸¹⁸ Dönmezer / Erman, **C. I**, kn. 192.

⁸¹⁹ **A.g.e.**, kn. 207.

neden olan psikolojik sebeplerin yani faili suça iten nedenlerin ortadan kaldırılmasına yönelik olduğu da ifade edilmektedir⁸²⁰.

Ceza ile güvenlik tedbirleri arasındaki önemli farklardan birinin cezanın kefarete esasına dayandığı ancak güvenlik tedbirlerinin tehlikelilik hali gösteren faille uygulanarak toplumun faille karşı korunması ve failin suç işlemesinin önlenmesi yönünde olsa da bugün cezanın amacının yalnızca kefarete olmadığı, aynı zamanda faili ıslah ve toplum koruma amacı taşıması gerektiği genel kabul görmektedir. Bu nedenle güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını yalnızca amaç ile sınırlamak doğru olmayacaktır. Önder, bu hususta faille güvenlik tedbiri uygulanmasının esasını failin kusuru dışında aranması gerektiğini, bunun failin kişisel durumunu gösteren tehlikeliliği dolayısıyla uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁸²¹. Nitekim işlenen bir suça karşılık hükmedilen cezanın amaçları arasında kefarete, ödetme gayesinin de bulunmasına karşılık, güvenlik tedbirlerinin amacı toplum bakımından tehlikeli şahısların ileride suç işlemelerinin önlenmesidir⁸²². Gerçekten de güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektiren hallere bakıldığında TCK'da ilk olarak akıl hastalığının düzenlendiği m. 32'de yer aldığı görülmektedir. TCK m. 32'de *“Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi”*ye ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir⁸²³. Davranışlarını yönlendirme yeteneği olmayan bir kimseye kusur isnat edilemeyeceği ve gerçek anlamda cezanın amacı o kişi üzerinde gerçekleşmeyeceği için, kişiye ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanmasına hükmedilmiştir. Böylelikle cezanın kefarete ve ıslah amacından feragat edilerek kişinin tehlikeliliği dolayısıyla toplumun o kişiden güvenlik tedbiri uygulanması suretiyle korunması amaçlanmaktadır.

Ceza hukukunun hemen hemen her kurumunda rastladığımız orantılılık ilkesi güvenlik tedbirleri için de önem arz etmektedir. Nitekim TCK m. 3'te de suç işleyen

⁸²⁰ Ayşe Nuhoglu, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Adil Yayinevi, Ankara, 1997, s. 68.

⁸²¹ Önder, **C. II - III**, s. 525.

⁸²² Mehmet Emin Artuk, “Güvenlik Tedbirleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1 - 2, 2008, s. 473.

⁸²³ Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmaması karşısında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin yargı kararları da mevcut bulunmaktadır: *“Sanık ...'ün mağdur ...'a yönelik “senin ciğerlerini alacağım, sen imza atmaya geliyorsun, seninle görüşeceğiz, seninle işim var” şeklindeki ifadelerle işlediği iddia olunan tehdit suçunun tanık ...'ın beyanlarıyla doğrulandığı, sanığın akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmadığının hastaneden alınmış kurul raporu ile tespit edilmiş olmasına rağmen, TCK'nın 32/1 ve 57. maddeleri uyarınca akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmolunması gerektiği gözetilmeden sanık hakkında yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi... Bozmayı gerektirmiştir..” Yargıtay 4. CD, E. 2016/13601, K. 2020/9264, T. 08.07.2020.*

kişi hakkında işlediği fiilin ağırlığıyla orantılı olarak ceza ve güvenlik tedbiri uygulanacağı düzenlenmiştir. Benzer şekilde Alman CK § 62'de işlenen suçun önemi ve ortaya çıkardığı tehlikelilik derecesi orantısız olarak iyileştirme ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı esası yer almaktadır⁸²⁴. Her iki düzenleme de orantılılık ilkesini düzenlemiş olsa da kıstas aldığı ölçü bakımından Alman CK düzenlemesi daha yerinde olmuştur; zira TCK m. 3'te işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olan uygulanması öngörülen güvenlik tedbirleri Alman CK düzenlemesinde işlenen suç ile birlikte ortaya çıkan tehlikeliliği de esas almaktadır. Bu husus güvenlik tedbirlerinin niteliği ile daha bağdaşır niteliktedir; zira güvenlik tedbirlerinde esas alınması gereken nokta fiilin ağırlığından ziyade failin tehlikeliliğidir⁸²⁵. Nitekim güvenlik tedbirlerinin bu özelliği, işlenemez suçun failin ortaya çıkarmış olduğu tehlikelilik hali nedeniyle yaptırıma tabi olması gerektiği görüşümüzle birebir örtüşmektedir. Ancak bu tehlikelilik halinin objektif olarak ortaya çıkmış olmasının gerekliliğini de bir kez daha vurgulamakla birlikte, Alman CK'da olduğu gibi gerçek dışı - batıl inanca dayalı bir teşebbüs durumunda ortaya çıkan hareketlerin işlenemez suç kapsamında değerlendirilmeyeceğini, bu nedenle bu tür hallerde bir yaptırım öngörülmesinin gerekli olmadığı söylenebilecektir.

İşlenemez suçun cezalandırılmasına ilişkin doktrinde yer alan teorilerden objektif teori taraftarları, failin hareketi neticesinde objektif tehlikenin açığa çıkmamış olması nedeniyle baştan itibaren neticenin gerçekleşmesinin imkansız olduğu işlenemez suçun cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Buna karşı subjektif görüş taraftarları, işlenemez suçun, failin ortaya koymuş olduğu suçlu iradesi nedeniyle cezalandırması gerektiğini savunmuşlardır. Alman doktrininde baskın görüşü oluşturan etki teorisi ise, neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu bu tür eylemlerin cezalandırılmasını, toplum nezdinde yaratmış olduğu olumsuz etkisi nedeniyle cezalandırılması gerektiğine dayandırmaktadır.

Kanaatimizce işlenemez suçun cezalandırılmasının yalnızca failin suçlu iradesinin esas alınması suretiyle gerekçelendirilmesi, düşüncenin cezalandırılması anlamına gelebilecek olup, temel hak ve özgürlükler açısından birtakım sakıncalı sonuçları da beraberinde getirecektir. Bununla birlikte, objektif teorinin esas alınması

⁸²⁴ Schönke / Schröder / Kinzig, **a.g.e.**, StGB § 62. Orantılılık ilkesi için ayrıca bkz. Wolfgang Frisch, "Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", **NStZ**, Heft 5, 2013, s. 249 - 256.

⁸²⁵ Faruk Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme", **CHD**, C. 2, S. 4, 2007, s. 173.

ise, hareketinin neticeyi meydana getirmeye suçun konusunun yokluğu veya hareketinin elverişsizliği nedeniyle müsait olmadığını bilmeden hareket eden failin, suç işlemeye yönelik düşüncesini irade ortaya koyarak eyleme geçirmiş olduğunun ve böylelikle failin bu fiili nedeniyle tehlikelilik arz ettiği gerçeğinin bertaraf edilmesine sebep olacaktır.

İşlenemez suçun cezalandırılması fikrinin dayanağı, failin suç işleme kastını ortaya koymuş olmasıdır. Buna karşılık, neticenin meydana gelmesinin objektif olarak imkansız olduğu işlenemez suç hallerinde salt olarak faili suç işleme kastı nedeniyle cezalandırmak oldukça sübjektif bir bakış açısı olacaktır. Bu nedenle tezimizi üzerine inşa ettiğimiz işlenemez suç cezalandırılmalı mıdır sorusuna vereceğimiz cevap, objektif ve sübjektif anlayışların harmanlanması suretiyle karma nitelikte olacaktır. Buna göre, işlenemez suç halinde objektif olarak failin cezalandırılması kanaatimizce mümkün değildir. Zira ceza, daha evvel ifade ettiğimiz üzere, geleceğe yönelik önleme amacı içerse de, geçmişe yönelik olarak failin bu eylemi nedeniyle bir nevi kefaret ödemesi fikrine dayanır. Buna karşılık, güvenlik tedbirleri geleceğe yöneliktir; güvenlik tedbirleri failin tehlikeli halinin uygun bir tretmanla yok edilmesi gayesini güder⁸²⁶. Böylelikle cezanın kefaret amacından feragat edilerek kişinin tehlikeliliği dolayısıyla toplumun o kişiden güvenlik tedbiri uygulanması suretiyle korunması ve failin ıslah edilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla kanaatimiz, failin suç işleme kastını ortaya koyarak göstermiş olduğu tehlikelilik nedeniyle toplumun potansiyel suç failinden korunması amacıyla failin bu tehlikelilik halinin iyileştirilmesi gerektiği yönündedir.

İşlenemez suç failinin cezalandırılması, suç neticesinin meydana gelmesinin imkansız olması nedeniyle henüz suç işlemeyen bir kimsenin cezalandırılması anlamına gelecektir. Ancak işlenemez suç failinin suç işlemeye yönelik iradesini ortaya koymuş olduğu hareketlerinin suçun konusu üzerinde yarattığı tehlike ölçüsünde⁸²⁷, failin bu eyleminin yaptırım uygulanmasına layık olup olmadığı hususu gözetilerek, hakime güvenlik tedbiri uygulaması yönünde takdir yetkisinin tanınması kanaatimizce yerinde olacaktır.

⁸²⁶ Artuk, **Güvenlik Tedbirleri**, s. 476.

⁸²⁷ Benzer görüş için bkz. Doğan, **Ters Tipiklik**, s. 221. Doğan'a göre, işlenemez suç sebebiyle failin cezalandırılabilmesi için en azından suçun konusu bakımından somut bir tehlikenin ortaya çıkması aranmalıdır.

Nihai olarak, işlenemez suçun da tıpkı tamamlanmış bir suç gibi cezalandırılması cezanın zorunluluğu ve adalet kavramlarıyla bağdaşmayacağını ifade etmekteyiz. Bununla birlikte, her ne kadar neticenin meydana gelmesi imkansız olsa da, açıkladığımız gerekçelerle, failin suç işleme iradesini göstererek gerçekleştirmiş olduğu fiilin tehlikeliliğini ortaya koymuş olması sebebiyle, bu eylemin tamamen yaptırımsız kalması da modern ceza hukuku anlayışı bağlamında ceza hukukunun önleyici niteliği ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle önerimiz, Türk doktrinde de çoğunluğun görüşüne uygun olarak işlenemez suça kanunda yer vererek, somut olayın oluş biçimine göre fiilin meydana getirmiş olduğu tehlikelilik ölçüsünde hakime, faile güvenlik tedbiri uygulaması hususunda takdir yetkisi tanınmasının yerinde olacağı yönündedir.

Hakimin güvenlik tedbiri uygulamasına yönelik takdir yetkisini kullanırken esas alacağı kriterler açısından cezanın belirlenmesine ilişkin m. 61 hükmü yol gösterici olacaktır. Nitekim, işlenemez suç halinde güvenlik tedbiri uygulanması hususunda hakime takdir yetkisinin tanındığı İtalyan CK'da da güvenlik tedbirlerinin uygulanabilirliğine ilişkin 202 - 203 maddelerinde, hakimin takdir yetkisini kullanırken göz önünde bulundurması gereken kriterler yönünden, TCK m. 61 hükmünü karşılan İtalyan CK 133. maddeye atıf yapılmıştır. İtalyan CK *Güvenlik Hükümlerinin Uygulanabilirliği* başlıklı 202. maddesinde, güvenlik önlemlerinin kanunda suç olarak öngörülen fiili işleyen kişilere uygulanabileceği; bununla beraber kanunda suç olarak öngörülmeleyen bir olgu nedeniyle sosyal açıdan tehlikeli kişilere de güvenlik önlemlerinin uygulanabileceği düzenlenmiştir⁸²⁸. Sosyal tehlikelilik kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ise, İtalyan CK m. 203 hükmü yer almaktadır. Buna göre, ceza hukuku açısından, bir kimsenin suç olarak öngörülen yeni fiilleri işlemesinin muhtemel olduğu durumlarda ve 202. maddede belirtilen fiillerden herhangi birini işlemesi halinde, bu kişinin sosyal olarak tehlikeli olacağı öngörülmüştür. Maddenin ikinci fıkrasında sosyal olarak tehlikeli kişinin belirlenmesi için 133. maddeye atıf yapılmıştır. Cezanın belirlenmesi hususunda TCK m. 61 hükmü⁸²⁹ ile benzerlik gösteren İtalyan CK m. 133/1'de, hakimin takdir yetkisini

⁸²⁸ **Codice Penale**, Art. 202 (<https://www.altalex.com> çevrimiçi, erişim tarihi 29.10.2021).

⁸²⁹ Cezanın belirlenmesi TCK m. 61/1: "(1) *Hakim, somut olayda;*

a) *Suçun işleniş biçimini,*
b) *Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,*
c) *Suçun işlendiği zaman ve yeri,*
d) *Suçun konusunun önem ve değerini,*
e) *Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,*
f) *Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,*

kullanırken olayın oluş biçimini, suçta kullanılan araçları, olayın yeri ve zamanını, mağdurun uğramış olduğu zarar veya tehlikenin ciddiyetini ve failin kusurunun ağırlığını göz önünde bulundurması gerektiğine yer verilmiştir⁸³⁰. Bizim de önerimiz İtalyan CK'da olduğu gibi, hakimin, işlenemez suç failine güvenlik tedbiri uygulanması hususunda TCK m. 61'deki kıstasları gözetmesi yönündedir. Böylelikle hakim, failin suç işleme kastını ortaya koymuş olduğu fiilin tehlikeliliğini belirleyecek ve buna göre güvenlik tedbiri uygulanmasına hükmetme konusunda takdir yetkisini kullanabilecektir.

Son olarak, işlenemez suça ilişkin kanunda hüküm ihtiva edilmesi görüşümüzü somutlaştırarak, işlenemez suç hakkında kanun maddesi önerisinde bulunacağız. Her ne kadar işlenemez suça ilişkin maddenin, teşebbüsten bağımsız olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatinde olsak da, mevcut kanunun sistematliğini bozmamak adına, TCK'ya, teşebbüsün düzenlendiği 35. maddeden sonra, *İşlenemez Suç* başlığı ile m. 35/A olarak yeni bir madde eklenmesi suretiyle konunun düzenlenmesi en uygun çözüm tarzı olacaktır. Düzenlemeye ilişkin önerimiz ise, İtalyan CK'da yer alan düzenlemeye benzer şekilde hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu hallerine yer verilmesi yönündedir. Buna göre işlenemez suça ilişkin kanun maddesi önerimiz şöyledir:

İşlenemez Suç

Madde 35/A-(1) Hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle zarar veya tehlike neticesinin meydana gelmesinin imkansız olması halinde, faile ceza verilmez. Ancak bu hallerde fiilin tehlikeliliği ölçüsünde hakim, fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verebilir.

(2) Birinci fıkradaki hallerde, fiilin başka bir suçu oluşturması halinde, o suç için tesis edilen ceza uygulanır.”

g) Failin güttüğü amaç ve saiki

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.”

⁸³⁰ Ayrıca 133. maddenin ikinci fıkrasında failin karakteri, yaşam biçimi, bireysel, ailevi ve sosyal yaşam koşulları da cezanın belirlenmesinde hakimin takdir yetkisini kullanırken dikkate alması gereken hususlar olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan İtalyan CK m. 133/2 ile takdiri indirim nedenlerinin düzenlendiği TCK m. 62 hükmü benzerlik taşımaktadır.

SONUÇ

İşlenemez suçu incelemiş bulunduğumuz çalışmamızda, baştan itibaren varmış olduğumuz sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

Terminolojik olarak söz konusu hukuki kurum, Türk ceza hukuku literatüründe işlenmez suç, işlenemez suç, işlenemez suça teşebbüs, elverişsiz teşebbüs, muhal suç gibi farklı terimlerle adlandırılmıştır. Bunun sebebi, konunun hem suçun kanuni unsuruyla hem de teşebbüs ile yakından ilgisinin bulunmasından kaynaklanmaktadır. Konuyu teşebbüs bahsiyle birlikte değerlendiren yazarların genellikle elverişsiz teşebbüs, işlenemez suça teşebbüs terimini; buna karşılık konuyu suça teşebbüsün yanı sıra suçun kanuni unsurlarıyla birlikte değerlendiren yazarların ise, işlenemez suç terimini kullanmayı tercih ettikleri görülmektedir. Konunun elverişsiz teşebbüs olarak değerlendirildiği Alman hukukunda kural olarak failin hareketi neticeyi meydana getirmeye elverişsiz de olsa, diğer bir deyişle neticeyi meydana getirme imkanı olmasa dahi failin teşebbüsten sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir (Alman CK § 22). Bununla birlikte, Alman CK'da, elverişsiz teşebbüs, teşebbüsün bir türü olarak nitelendirilmiş ve bu yapılırken de, hakime cezayı indirmek yahut ceza vermekten tamamen vazgeçmek hususunda takdir yetkisi tanınmıştır (Alman CK § 23 (3), 49 (2)). Buna karşılık, İtalyan CK'da failin hareketinin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu sebebiyle suçun işlenmesinde imkansızlık söz konusu ise, failin eylemi suça teşebbüs olarak nitelendirilmemektedir. Alman CK'dan farklı olarak İtalyan CK'da konumuz, teşebbüs bahsinden ayrı olarak tanımlanmış ve düzenlenmiş durumdadır.

Öte yandan, Alman CK'da tanımlanan “elverişsiz teşebbüs” (*untaugliche Versuch*) teriminin Türk ceza hukuku literatüründe yer alan “işlenemez suç” kavramını tam olarak karşılamadığı kanaatindeyiz. Bir ceza normunu ihlale yönelmiş olan hareketin, suçu oluşturan zarar veya tehlike neticesini meydana getirmeye elverişli olmaması veya suçun konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalması hali olarak tanımlanan ve çalışmamızda işlenemez suç olarak adlandırılması tercih edilen bu kavramın iki önemli unsuru bulunmaktadır. Bunlardan birincisi hareketin elverişli olmamasıdır. İşlenemez suç bizzat kanunda düzenlenmemiş olmasına karşın, ceza kanunumuzda hareketin elverişliliği teşebbüsün düzenlendiği TCK m. 35'te yer almaktadır. İfade etmek gerek ki, işlenemez suçun, hareketin elverişsizliği ile gündeme gelmesi nedeniyle teşebbüs ile yakından bir ilgisi bulunmaktadır. Buna karşın

işlenemez suçun ikinci unsuru olan suçun konusunun yokluğu halinde ise suçun kanuni unsuru diğer bir deyişle tipiklik gündeme gelecek, tipe uygun eylem söz konusu olmayacaktır. Bu sebeplerle, çalışmamızda işlenemez suçu doğrudan teşebbüsle ilişkilendirmek, teşebbüse indirgeyerek kurumu elverişsiz teşebbüs olarak adlandırmak yerine suçun konusunun yokluğunu da kapsayacak şekilde ve Türk doktrini ile yargı içtihatlarında genel kabul görmüş haliyle “*işlenemez suç*” olarak adlandırılmayı tercih etmiş bulunmaktayız.

Türk Hukukunda konuyu değerlendiren yazarlar arasında görüş birliği mevcut olmamakla birlikte işlenemez suç kavramı, hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu sebebiyle neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu durumları ifade etmekte olup doktrinde verilen tanımlar da bu yönde şekillenmiştir. Kanaatimizce İtalyan CK'daki düzenlemenin yansıması ile işlenemez suç teriminin Türk doktrinini ve içtihadına yerleşmesi neticesinde işlenemez suç hem hareketin elverişsizliği hem de suçun konusunun yokluğu durumlarında ortaya çıkabilecek bir kurum olarak kabul edilmiştir. Kurumu yalnızca teşebbüs bahsiyle sınırlamak, suçun konusunun yokluğu durumunun bertaraf edildiği izlenimini uyandırabilecektir.

İşlenemez suç meselesi, tarihsel perspektifte Kıta Avrupası hukukunda da daha çok teşebbüs bahsi ile birlikte değerlendirilmiş, suçun konusunun yokluğu da yine bu çerçevede zaman zaman çeşitli vesileler ile gündeme gelmiştir. Bugün büyük ölçüde Kıta Avrupası hukukunun kaynağı olarak değerlendirebileceğimiz Roma Hukuku'nda da genel eğilim başlangıçta yalnız sonuç doğuran eylemleri cezalandırmak yönünde iken, daha sonraları teşebbüsün cezalandırılması yoluna gidilmiştir. İşlenemez suç yönünden, fiziki olarak gerçekleşmesi mümkün olmayan bir suça teşebbüs eden, örneğin boş bir cepten para çalmaya kalkışan veya arsenik olduğuna inandığı bir bardağa dövülmüş şeker koyan failin cezalandırılması gerekip gerekmediği sorusu cevaplanmaya çalışılmış; bu hususta *Seneca*'nın “*zehir olduğuna inanarak uyku ilacını karıştıran zehirleyicidir*” fikrinin Roma hukukunun desteğini almış olduğu görülmektedir. Buna göre, Roma Hukuku'nda iradeye öncelik verildiği, suç işleme iradesi esas alındığı için, gerek Roma Hukuku'nda, gerekse ortaçağ İtalyan Ceza Hukukçuları tarafından işlenemez suçun cezalandırılabilir olarak nitelendirildiği söylenebilecektir. İtalyan hukukunda bugün işlenemez suç, yürürlükteki 1930 tarihli İtalyan CK (*Rocco Kanunu*) m. 49/2'de imkansız suç (*reato impossibile*) olarak ayrıca düzenlenmiştir. Buradaki imkansızlık, doktrinde yaygın kabule göre hareketin mutlak uygunsuzluğundan meydana gelir. İmkansız suç, hareketin zarar vermeye elverişli

olmaması veya suç konusunun yokluğundan kaynaklanmaktadır. Alman Hukukunda ise 1871 tarihli düzenlemenin objektif teoriyi benimsemesine karşılık, uygulamada subjektif teori hüküm sürmüş ve bu anlayış doktrinde de takip edilmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1880 yılında bu konuda vermiş olduğu ilk kararlarında, subjektif görüşün fikir babası sayılan *Maximilian von Buri*'nin görüşünü benimsemiştir. 1960'larda ceza hukuku reformu süreci yeniden başladığında da, subjektif teori yeniden ön plana çıkmış ve 1962 taslağı da buna göre şekillenmiştir. Nihai olarak 04.07.1969 tarihli Reform Kanunu ile kabul edilen ve 01.01.1975 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Alman CK § 22 gerekçesinde de hükmün temelini subjektif teoriye dayandığı ifade edilmiştir.

İşlenemez suç, neticenin meydana gelmemiş olması itibariyle teşebbüs ile ilişkili olduğu kadar failin bilgisizliği veya mevcut durumu yanlış yorumlaması nedeniyle suçun kanuni unsurlarına ilişkin hata bahsi ile de yakından ilgilidir. Bu nedenle kanaatimizce, kavramsal olarak işlenemez suç, hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle, failin hareketini gerçekleştirdiği an itibariyle, suç tipinde yer alan neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu davranış şekli olarak tanımlanmalıdır.

İşlenemez suçun görünüş şekilleri olarak nitelendirdiğimiz, hareketin elverişsizliği ve/veya suçun konusunun yokluğu hallerinde fail, neticeyi gerçekleştireceği inancıyla hareket etmektedir. Failin, neticeyi gerçekleştirebileceğine dair bu inancı ise, failin hareketini neticeyi gerçekleştirmeye elverişli ve/veya suçun konusunun mevcut olduğuna ilişkin yanlış kanaatinden ileri gelmektedir. Bir diğer deyişle, hatada olduğu gibi, işlenemez suçta da, failin tasavvuru ile gerçek durum birbiriyle uyum içerisinde değildir. Dolayısıyla işlenemez suçun da içerisinde bir çeşit hata barındırdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bir ceza normunun mevcudiyetinde hata, failin işlediği eylemin suç oluşturup oluşturmadığı hususunda ortaya çıkar. Birinci ihtimalde, fail işlediği eylemin suç olarak düzenlendiği hususunda hataya düşer. Bu hata türü, yasak hatası (haksızlık yanılgısı) olarak adlandırılmaktadır. İkinci ihtimalde, fail işlediği eylemi suç zanneder ve fakat gerçekte bu eylem ceza kanunlarında suç teşkil etmez. Bu durumda, failin eyleminin suç oluşturduğunu düşünmesine rağmen gerçekte bu eylemin kanunda suç olarak düzenlenmediği durumları ifade eden ve tersine yasak hatası olarak da adlandırılan mefruz suç kurumu gündeme gelecektir.

İşlenemez suç halinde de, failin suçun maddi unsurlarından hareket veya konusuna ilişkin bir hatası söz konusudur. Suçun maddi unsurlarına ilişkin failin hatası ise iki şekilde ortaya çıkabilir. Fail, dış dünyayı fiili olarak yanlış tasavvur edebilir veya dış dünyayı doğru olarak algılamasına karşın bunların hukuki değerlendirmesi hususunda hataya düşebilir. Doktrinde genelde, tipiklikte hata veya unsur yanlışlığı olarak adlandırılan ilk durumda failin bu hatası, gerçek durumu kendi lehine yorumlaması şeklinde ortaya çıkar. Bu hatanın tersine gerçekleşmesi durumunda ise örneğin, birlikte ava çıktığı hasmını vurma düşüncesiyle hareket eden failin gerçekte bir av hayvanını vurması halinde failin hareketi her ne kadar haksızlık içerisinde olsa da, netice itibariyle suç oluşmamaktadır. Ters tipiklik hatası olarak adlandırılan bu durum, kanaatimizce işlenemez suça sebebiyet verecektir. Buna karşılık, niteleme hatası olarak adlandırılan, suçun maddi unsurlarına ilişkin hukuki hatada, fail dış dünyayı doğru olarak algılamasına rağmen suçun maddi unsurlarına ilişkin bir hususun hukuki yorumlamasında hataya düşer. Failin mevcut durumu, eyleminin suç teşkil etmediği şeklinde lehine olarak yorumlaması, lehine niteleme hatası olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda, TCK m. 30/4 hükümleri uyarınca yasak hatası değerlendirmesi yapılacaktır. Buna karşılık, failin mevcut durumu kendi aleyhine yorumlaması halinde ters niteleme hatası söz konusu olur. Bu durumda da tıpkı tersine yasak hatasında olduğu gibi, mefruz suç gündeme gelecektir.

İşlenemez suç ile mefruz suç birbirlerine benzer kavramlar olarak değerlendirilebilse de, esasından birbirlerinden tamamen farklıdır. Şöyle ki, işlenemez suç ile mefruz suçun sınırlandırılması temel olarak basittir. Aralarındaki farklılık, temelde işlenmek istenilen suçun kanuni düzenlemesiyle alakalıdır. Failin suçun unsurlarına ilişkin koşulları sağlamamasına rağmen, yanlışlıkla bu koşulları yerine getireceği varsaydığında işlenemez suç söz konusu olacakken; tüm koşulların aksine, meşru olan ve fakat hatalı bir şekilde davranışının bir suç normunu ihlal ettiğini varsayan kişi bakımından ise mefruz suç söz konusu olacaktır.

Suçun nitelikli hallerine ilişkin hata durumunda, özellikle failin mevcut olduğunu zannettiği ancak gerçekte mevcut olmayan nitelikli hal bakımından işlenemez suç değerlendirilmesi yapılabilecektir. Nitelikli haller, suçun konusundan, fail ile mağdur arasındaki ilişkiden, fiilin işleniş şeklinden kaynaklanabileceği gibi amaç - saik gibi suçun manevi unsuruna da ilişkin olabilir. İşlenemez suçun görünüş şekillerini oluşturan suçun konusunun yokluğu veya hareketin elverişsizliği nedeniyle, failin mevcut olduğu hatasına düştüğü nitelikli halin yokluğu durumunda, nitelikli hal

bakımından işlenemez suçun söz konusu olabileceği düşünebilir. Bu durumda suçun temel şekli gerçekleşmiş olduğu ve failin ceza sorumluluğu m. 30/2 uyarınca suçun temel şekli üzerinden belirleneceği şüphesizdir. Bununla birlikte nitelikli hal bakımından işlenemez suç nitelendirilmesinin yapılabilmesi de kanaatimizce mümkündür.

Suçun hukuka aykırılık unsurunda hata, diğer bir deyişle hukuka uygunluk sebeplerinde hata, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurlarında veya koşullarında gerçekleşmiş olabilir. Gerçekte hukuka uygunluk sebebi bulunmasına rağmen fail bunu bilmeyerek hareket ediyorsa, kanaatimizce hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olduğu kabul edilmeli ve bu nedenle failin eylemi suç teşkil etmeyecektir. Bu durumda, kanaatimizce mefruz suç gündeme gelecektir. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hatanın diğer bir şekli ise gerçekte bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamasına rağmen failin varmış gibi hareket etmesi durumunda ortaya çıkar. Bu durum mefruz suça veya işlenemez suça sebebiyet vermeyecektir; zira mefruz suçun aksine bu durumda fail haksız bir harekette bulunduğu farkında değildir. Bu durumda yasak hatası söz konusu olacaktır. Haksızlığın unsurunu oluşturmayan, unsurların dışında kalan ve cezalandırmaya etkili olan şartlar olarak değerlendirilen önkoşullar, objektif cezalandırılabilme şartları ve şahsi cezasızlık sebeplerinde hata halinde, bu gibi durumların sorumluluk bakımından bir etkisi bulunmamaktadır; zira failin kastının bu hususları kapsamı gerekmemektedir. Bununla birlikte önkoşul olarak nitelendirilen koşullar da suçun unsurları kapsamında değerlendirilmeli ve bunlara ilişkin failin hatası, suçun konusunun yokluğuna veya hareketin elverişsizliğe neden oluyorsa, kanaatimizce işlenemez suç söz konusu olmalıdır.

İşlenemez suç da tıpkı teşebbüs gibi *iter criminis*'in üçüncü aşaması olan failin icra hareketlerine başladığı anda ortaya çıkacaktır. Bu açıdan teşebbüs ile işlenemez suçun ortak noktasını, icra hareketlerine başlayan failin elinde olmayan sebepler dolayısıyla neticeyi meydana getirme iktidarına sahip olmaması oluşturmaktadır. Teşebbüste failin hareketleri suç neticesini meydana getirmeye elverişli iken başkaca sebepler dolayısıyla fail icra hareketlerini tamamlayamaz veya tamamlasa dahi netice meydana gelmez. İşlenemez suçta ise failin hareketleri tasavvur ettiği neticeyi meydana getirmeye elverişli değildir veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle netice konu üzerinde gerçekleşemez. Neticenin meydana gelmemesi nedeniyle her iki kurum

da atipik bir eylem teşkil etmektedir ve kanunilik ilkesi gereğince, her ikisinin de cezalandırılması, bu konuda kanuni bir düzenlenmenin varlığına bağlıdır.

Teşebbüs bakımından, işlenemez suç ile teşebbüs ilişkisini değerlendirirken, bir suçun teşebbüse elverişsiz olması ile işlenemez suçun bir görünümü olan, hareketin elverişsizliği nedeniyle istenilen zarar veya tehlike neticesine ulaşılamamasının aynı nitelikte olup olmadığı, cevap verilmesi gereken ilk soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu soruya verilecek yanıt, hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişsizlik anının tespitinde aranmalıdır. İşlenemez suç halinde neticenin meydana gelmesi baştan itibaren imkansızken; teşebbüs durumunda söz konusu elverişsizlik failin icra hareketlerinden sonra ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, işlenemez suç ve teşebbüs ilişkisinde, suç neticesine failin elinde olmayan sebeplerle meydana gelmemiş olması ortak noktalarını teşkil etse, farklılaştıkları nokta bu elverişsizliğin ortaya çıkış anıdır.

Gerek teşebbüs halinde kalmış suçta gerekse işlenemez suç halinde fail tarafından, suç teşkil eden eylemde bulunma ve kanunun suç saymış olduğu bir neticeye ulaşma iradesinin ortaya konmuş olduğu görülmektedir. Buna karşılık, irade edilen fiilin gerçekleşen şekli, işlenemez suç halinde teşebbüsten farklıdır. Failin sübjektif tahmini ile objektif gerçeklik birbiriyle örtüşmemektedir. Teşebbüs halinde de bu örtüşmeme durumu mevcut olsa da, teşebbüs halinde neticenin gerçekleşmemesine sebep olan, failin iradesi dışındaki engelleyici nedenler, işlenemez suçtan farklı şekilde tezahür etmektedir. İşlenemez suçun söz konusu olduğu durumlarda da failin elindeki bilgiler doğrultusunda suçun tamamlanmasına yönelik hareket ettiği şüphesizdir; ancak failin tasavvurunun aksine gerçekte failin suçu tamamlamasına imkan bulunmamaktadır.

İşlenemez suç halinde failin suç işleme kararının varlığı ve bunun failin kastı üzerindeki etkisini hususunda da ayrıca değerlendirmelerde bulunulmuştur. Kastın bilme ve isteme unsurları, failin bilgisi esas alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. İşlenemez suç halinde failin suç işleme iradesini ortaya koyduğu kabul edilmektedir. Daha evvel de ifade ettiğimiz gibi, işlenemez suç failin tipiklikte tersine hatası nedeniyle meydana gelmektedir. Tipiklik hatası durumunda TCK m. 30/1'e göre failin bu hatası kastı kaldıracaktır ancak bu hatanın tersine gerçekleştiği ters tipiklik hatasında failin kastının bulunduğu, bizim de katıldığımız görüşe göre ifade edilmektedir.

İlk bakışta neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu işlenemez suç bakımından olası kast veya taksirli hareket bağlamında bir oluşum görülmesinin işlenemez suçun yapısı gereği mümkün olamayacağı düşünülse de; aksinin teorik olarak mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte kanunumuzda düzenlenmemiş olan ve bu nedenle hukukumuzda cezalandırılmayan işlenemez suçun, kanunda düzenlenmek suretiyle cezalandırılması durumunda, teorik olarak taksirli işlenemez suç mümkün olsa da, suç ve ceza politikası gereğince taksirli işlenemez suçun bu ihtimalde dahi cezalandırılmaması gerekeceği kanaatindeyiz. Nasıl ki, taksirli hareket ile teşebbüs mümkün olmasına rağmen normatif düzenleme gereği taksirli teşebbüsün cezalandırılması mümkün değilse, benzer şekilde taksirli ve dolayısıyla olası kast durumunda da işlenemez suçun cezalandırılmaması gerekmektedir.

Geleneksel anlayışa göre işlenemez suç, teşebbüsün olumsuz bir şekli olarak incelenmektedir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, tipik hareket, yalnızca kanunda gösterilen modele dış görünüş bakımından uygun olan değil, aynı zamanda kanunen korunan hak veya menfaati tehlikeye maruz bırakma iktidarına da sahip olan harekettir. Bu nedenle yalnızca elverişli olan hareket tipik sayılabilir. Bu nedenle elverişsiz hareket ile meydana gelen işlenemez suç atipik bir eylem olarak nitelendirmekteyiz. Kaldı ki, suçun konusunun yokluğu de hareketin elverişsizliğinden bağımsız olarak suçun tipikliğine ilişkindir. Bu açıdan da işlenemez suç atipik bir eylem olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle, işlenemez suç konusunun, teşebbüs bahsinin dar sınırları içerisinde değil, tipikliğe olan etkisi bakımından da ele alınarak bağımsız bir kavram olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varmış bulunmaktayız.

Hareketin elverişliliğin belirlenmesi hususunda isabetli bulduğumuz, Türk doktrininde baskın görüşü oluşturan ve İtalyan doktrininde *somut tehlike teorisi* olarak ortaya çıkan yeni objektif teoriye göre, elverişlilik *ex ante* olarak ve failin içinde bulunduğu somut koşullara göre belirlenmelidir. Zira tehlikenin varlığı ancak *ex - ante* bir değerlendirme ile hareket anındaki bilinen ve tahmin edilebilir şartlara göre belirlenmesi suretiyle ortaya çıkabilecektir. Bu çerçevede suç ile korunan hukuki değere yönelen hareketin tehlikeliliği hususunda kesin ve uygun bir hükme varılabilmesi için öncelikle hareket anındaki şartlar araştırılıp tespit edilecek ardından bu hareketin istenilen neticeyi meydana getirme iktidarı objektif bir gözlemcinin tecrübelerine göre belirlenerek somut olaya özgü olan ve neticenin meydana gelmesine engel sebeplerin mevcudiyeti araştırılacaktır. Eğer bu sebepler ortada yoksa veya

mevcut olmalarına rağmen bu hususun *ex ante* bilinmesi imkansız ise hareketin elverişli olmadığı kabul edilecektir. Bununla birlikte failin somut olaya ilişkin özel bilgisinin de göz önünde bulundurulması gerekecektir.

Suçun konusu da, hareketin elverişliliğinin tespiti bakımından oldukça belirleyici bir öneme sahiptir. Hareketin elverişliliğinin suçun konusuna göre tespit edileceği muhakkaktır ancak hareket elverişli olmasına rağmen suçun konusunun yokluğu nedeniyle neticenin meydana gelmediği hallerde suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç söz konusu olacaktır. Suçun konusunun yokluğunun neticenin meydana gelmesini imkansızlaştırdığı ve bu durumu hareketin elverişsizliğinden ayrıca değerlendirilmesi gerektiği muhakkaktır. Kanaatimizce suçun konusunun bulunmaması nedeniyle meydana gelen işlenemez suçun ve dolayısıyla işlenemez suç olmaması halinde teşebbüs sorumluluğunun tespitinde, hareketin elverişliliğinde olduğu gibi yeni objektif teori -anılan diğer adıyla tehlike teorisi- uyarınca *ex ante* - *ex post* ayrımı esas alınmalıdır.

İşlenemez suçun hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu sebebiyle *ex ante* olarak ve ortalama bir insanın deneyimlerine ve hayatın olağan akışına göre ayrıca failin somut olaya ilişkin özel bilgisi de ele alınarak, hareketin gerçekleştiği anda, suçun konusunun varlığının muhtemel olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Suçun konusunun varlığının muhtemel olduğu durumlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekir. Buna karşılık suçun konusunun yokluğunun tespiti halinde ise işlenemez suç söz konusu olacaktır.

Türk hukukunda hareketin elverişsizliği nedeniyle meydana gelen işlenemez suçun cezalandırılmasının önündeki engel kanaatimizce teşebbüs düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Teşebbüs, işlenmesi kastedilen suçun elverişli hareketlerle icraya başlanması şeklinde tanımlanmıştır. Suça teşebbüs için elverişli hareketlerin mevcudiyetinin aranması, hareketin elverişsizliği nedeniyle işlenemez suçun cezalandırılmasına engel teşkil edecektir. Bununla birlikte, suçun konusunun yokluğunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Failin hareketlerinin suçun konusu yönünden neticeyi meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir; ancak yukarıda daha evvel ifade ettiğimiz üzere, suçun konusunun yokluğu, hareketin elverişliliğinden ayrı bir kavramdır . Bu bağlamda, mevcut düzenleme itibarıyla suçun konusunun yokluğu halinde işlenemez suçun cezalandırılmaması sadece teşebbüs düzenlemesinden kaynaklanmamaktadır. İşlenemez suçta fail, suçun tipikliğine ilişkin

bir hataya düşmüştür; failin tasavvuru ile gerçek birbiriyle uyum içerisinde değildir. Kanaatimizce, atipik bir eylem olarak işlenemez suçun cezalandırılması, suçların kanuniliği ilkesi neticesinde ve tipikliğin kesinliği nedeniyle mümkün değildir. Gerçekten de, işlenemez suç cezalandırıldığı takdirde elverişsiz bir hareketin sonucu olarak veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle başarısız olmaya mahkum, atipik bir eylem cezalandırılmış olacaktır. Buna karşılık, bir suçu işlemeyi yalnızca tasavvur etmekle kalmayıp, bu iradesini, sonuca bağlama yeteneğinden yoksun da olsa ortaya koyan bir kimsenin toplum için tehlikelilik arz ettiği de açıktır. Dolayısıyla işlenemez suç failine, sanki suç işleme iradesini hiç ortaya koymamış bir kimse gibi davranılması da bugün kabul edilen cezanın amacıyla bağdaşmayacaktır.

Gerçekten de, işlenemez suçun cezalandırılması fikrinin dayanağı, failin suç işleme kastını ortaya koymuş olmasıdır. Buna karşılık, neticenin meydana gelmesinin objektif olarak imkansız olduğu işlenemez suç hallerinde salt olarak faili suç işleme kastı nedeniyle cezalandırmak oldukça sübjektif bir bakış açısı olacaktır. Bu nedenle tezimizi üzerine inşa ettiğimiz işlenemez suç cezalandırılmalı mıdır sorusuna vereceğimiz cevap, objektif ve sübjektif anlayışların harmanlanması suretiyle karma nitelikte olacaktır. Buna göre, işlenemez suç halinde objektif olarak failin cezalandırılması kanaatimizce mümkün değildir. Zira ceza, daha evvel ifade ettiğimiz üzere, geleceğe yönelik önleme amacı içerse de, geçmişe yönelik olarak failin bu eylemi nedeniyle bir nevi kefareti ödemesi fikrine dayanır. Buna karşılık, güvenlik tedbirleri geleceğe yöneliktir; güvenlik tedbirleri failin tehlikeli halinin uygun bir tedaviyle bertaraf edilmesi gerektiği düşüncesine dayanır. Böylelikle cezanın kefareti ve ıslah amacından feragat edilerek kişinin tehlikeliliği dolayısıyla toplumun o kişiden güvenlik tedbiri uygulanması suretiyle korunması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla kanaatimiz, failin suç işleme kastını ortaya koyarak göstermiş olduğu tehlikelilik nedeniyle toplumun potansiyel suç failinden korunması amacıyla failin bu tehlikelilik halinin iyileştirilmesi gerektiği yönündedir.

Nihai olarak, işlenemez suçun da tıpkı tamamlanmış bir suç gibi cezalandırılması cezanın zorunluluğu ve adalet kavramlarıyla bağdaşmayacağını ifade etmekteyiz. Bununla birlikte, her ne kadar neticenin meydana gelmesi imkansız olsa da, açıkladığımız gerekçelerle, suç işleme iradesini göstererek gerçekleştirmiş olduğu eylemlerle failin tehlikeliliğini ortaya koymuş olması sebebiyle tamamen yaptırımsız kalması da modern ceza hukuku anlayışı bağlamında ceza hukukunun önleyici niteliği ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle önerimiz, Türk doktrininde de çoğunluğun görüşüne

uygun olarak işlenemez suça kanunda yer vererek, somut olayın oluş biçimine göre hakime, faile güvenlik tedbiri uygulaması hususunda takdir yetkisi tanınmasının yerinde olacağı yönündedir.

Son olarak, işlenemez suça ilişkin kanunda hüküm ihtiva edilmesi görüşümüzü somutlaştırarak, işlenemez suç hakkında kanun maddesi önerisinde bulunmayı tercih ettik. Her ne kadar işlenemez suça ilişkin maddenin, teşebbüsten bağımsız olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatinde olsak da, mevcut kanunun sistematliğini bozmamak adına, TCK'ya, teşebbüsün düzenlendiği 35. maddeden sonra, *İşlenemez Suç* başlığı ile *m. 35/A* olarak yeni bir madde eklenmesi suretiyle konunun düzenlenmesi en uygun çözüm tarzı olacaktır. Düzenlemeye ilişkin önerimiz ise, İtalyan CK'da yer alan düzenlemeye benzer şekilde hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu hallerine yer verilmesi yönündedir. Buna göre işlenemez suça ilişkin kanun maddesi önerimiz şöyledir:

İşlenemez Suç

Madde 35/A-(1) Hareketin elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedeniyle zarar veya tehlike neticesinin meydana gelmesinin imkansız olması halinde, faile ceza verilmez. Ancak bu hallerde fiilin tehlikeliliği ölçüsünde hakim, fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verebilir.

(2) Birinci fıkradaki hallerde, fiilin başka bir suçu oluşturması halinde, o suç için tesis edilen ceza uygulanır.”

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Akbulut, İlhan: “İşlenemez Suç” İÜHFM, C. 53, S. 1 - 4, 1990, s. 139 - 143.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin: “Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından İşlenemez Suçun Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C. 61, S. 3, 2012, s. 859 – 886. (İşlenemez Suç)

Aksoy İpekçioğlu, Pervin: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009. (Teşebbüs)

Aksoy Retornaz, E. Eylem: “Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, S. 112, 2014, s. 93 - 106.

Alacakaptan, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968. (İşlenemez Suç)

Alacakaptan, Uğur: Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970. (Suçun Unsurları)

Albrecht, Peter: Der untaugliche Versuch, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Stuttgart, 1973.

Ambos, Kai in: Dölling, Dieter / Duttge, Gunnar / König, Stefan / Rössner, Dieter (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 4. Auflage, Handkommentar, Nomos, 2017.

Ambos, Kai / Steiner, Christian: “Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene”, JuS, Heft 1, 2001, s. 9-13.

Appl, Ekkehard in: Hannich, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2019.

Artuk, Mehmet Emin: “Güvenlik Tedbirleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1 - 2, 2008, s. 461 - 492. (Güvenlik Tedbirleri)

Artuk, Mehmet Emin: Sinn und Zweck der Strafe und die Maßnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen Strafrecht, Diss. Peter Hanstein Verlag GMBH, Königstein/Ts. Hanstein, 1979. (Sinn und Zweck der Strafe)

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020.

Ashworth, Andrew: “Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law”, Rutgers Law Journal, Vol. 19, 1988, s. 725 - 772.

Aydın, Devrim: “Suça Teşebbüs”, AÜHFD, C. 55, S. 1, 2006, s. 85 - 113.

Aydın, Melike Belkıs: “Kant ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2020, s. 126 - 138.

Aydın, Murat: “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2013, s. 77 - 104.

Bayraktar, Köksal: “Faal Nedamet”, İÜHFM, C. 33, S. 3 - 4, 1967, s. 120 – 154. (Faal Nedamet)

Bayraktar, Köksal: “İşlenemez Suç”, İÜHFM, C. 34, S. 1 - 4, 1968, s. 715 - 730. (İşlenemez Suç)

Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang / Eisele, Jörg: Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. völlig neu bearbeitete Aufl., Gieseking Verlag, Bielefeld, 2016.

Becceria, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev. Sami Selçuk), 7. Baskı, İmge Kitabevi, 2018.

Bloy, René: “Die Bedeutung des Irrtums Über die Täterrolle”, ZStrW, B. 117, H. 1, 2005, s. 3 – 36.

Bock, Dennis: Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer - Verlag GmbH Deutschland, ein teil von Springer Nature, 2018.

Brazier, Rodney: "Reformulation of Criminal Attempts", The Modern Law Review, Vol. 37, N. 3, 1974, s. 329 - 335.

Brodie, Kyle S.: "The Obviously Impossible Attempt: A Proposed Revision to the Model Penal Code", Northern Illinois University Law Review, Vol. 15, 1995, s. 237 - 256.

von Buri, Maximilian: Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1862.

Centel, Nur: "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 337 - 372.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Yenerer Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Christie, Sarah A.: "The Relevance of Harm as the Criterion for the Punishment of Impossible Attempts", The Journal of Criminal Law, Vol. 73, 2009, s. 153 - 164.

Clive, Eric / Ferguson, Pamela / Gane, Christopher / Smith, Alexander McCall: A Draft Criminal Code For Scotland With Commentary, Published under the auspices of the Scottish Law Commission 140 Causewayside, Edinburgh, 2003.

Conci, Francesco: Il Reato Putativo e Il Reato Impossibile, Messina, 1940.

Cornelius, Prittwitz: in: **von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.),** Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, 45. Edition, Verlag C.H.BECK, München, 2020. (BeckOK)

Cottingham, John: Descartes, Basil Blackwell, New York, 1986.

Daragenli, Vesile Sonay: "Tehlike Suçları", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yardımlaşma Vakfı Yayınları, No: 8, İstanbul, 1999, s. 163 - 188.

Deiters, Mark: “Straflosigkeit des agent provocateur?”, JuS, Heft 4, 2006, s. 302 - 305.

Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Demirel, Muhammed: “Uyuşturucu Madde Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kamu Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 13, S. 36, 2018, s. 101 - 159.

Doğan, Koray: “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2014, s. 183 – 228. (Ters Tipiklik)

Doğan, Koray: “Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı”, Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara, 2018, s. 969 - 991. (Tuzağa Düşürme Yasağı)

Doğan, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. (Neticesi Sebebiyle)

Donatsch, Andreas in: **Donatsch, Andreas (Hrsg.)**, StGB/JStG Kommentar, Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetrG und AuG/AIG, 20. Aufl., Zürich, 2018.

Dönmez, Burcu: “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk Ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, DEÜHFD, C. 9, S. 2, 2007, s. 99 - 141.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019. (C. I)

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019. (C. II)

Dönmezer, Sulhi: “Suç Siyaseti”, İÜHFM, C. 52, S. 1 - 4, 1987, s. 1 – 33. (Suç Siyaseti)

Dönmezer, Sulhi: “Teşebbüste Hazırlık Ve İcra Hareketleri Tefriki”, İÜHFM, C. 10, S. 3 - 4, 1942, s. 433 - 456. (Teşebbüs)

Duff, R. Anthony: “The Circumstances of an Attempt” The Cambridge Law Journal, Vol. 50, N. 1, Mar., 1991, p. 100 - 119. (Attempt)

Duff, R. Anthony: Criminal Attempts, Clarendon Press, Oxford, 1996. (Criminal Attempts)

Duff, R. Anthony: Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and The Criminal Law, Blackwell Publishing, Oxford, 1990. (Intention)

Dursun, Selman / Bozbayındır, Ali Emrah: “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, İÜHFM, C.73, S. 1, 2015, s. 63 - 90.

Duttge, Gunnar in: **Dölling, Dieter / Duttge, Gunnar / König, Stefan / Rössner, Dieter (Hrsg.)**, Gesamtes Strafrecht, 4. Auflage, Handkommentar, Nomos, 2017.

Eisele, Jörg in: **Schönke, Adolf / Schröder, Horst (Hrsg.)**, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H., München, 2019.

Enker, Arnold N.: “Impossibility In Criminal Attempts - Legality And The Legal Process”, Minnesota Law Review, Vol. 53, 1969, s. 665 - 710.

Erem, Faruk: “Kıskırtıcı Ajan”, AÜHFD, C. 32, S. 1, 1975, s. 5 - 15. (Kıskırtıcı Ajan)

Erem, Faruk: “Suçun Konusu ve Ümanist Doktrin” AÜHFD, C. 25, S. 1, 1968, s. 11 - 33. (Suçun Konusu)

Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

Erman, Ragıp Barış: Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (Yayımlanmamış), İstanbul, 2006.

Erman, Sahir: “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, İÜHFM, C. 12, S. 2 - 3, 1946, s. 509 - 536. (Yanılma)

Erman, Sahir: Sahtekarlık Cürümleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1952. (Sahtekarlık)

Erra, Carlo: “Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme”, (Çev. Sahir Erman), İÜHFM, C. 10, S. 1 - 2, 1944, s. 679 - 720.

Eser, Albin / Bosch, Nikolaus in: Schönke, Adolf / Schröder, Horst (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H., München, 2019.

Evik, Ali Hakan: Türk Ceza Hukuku'nda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Evik, Vesile Sonay: Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010. (İştirak)

Evik, Vesile Sonay: “İtalyan Ceza Kanunu Tasarısı”, İÜHFM, C. 58, S. 1 - 2, 2000, s. 271 - 317. (İtalyan CK)

Evik, Vesile Sonay: “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, s. 667 - 699. (Örgütlenme Suçu)

Evik, Vesile Sonay: “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 137 - 138, 2016, s. 7 - 29. (Suç Delilleri)

Evik, Vesile Sonay: “Suça Etki Eden Nedenler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2007, s. 119 - 133. (Suça Etki Eden Nedenler)

Evik, Vesile Sonay / Evik, Ali Hakan: “İstenmeyen Neticeden Sorumluluk”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1 - 2, 2004, s. 113 - 134.

Feuerbach, Paul Johann Anselm: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 4. Auflage, Giessen, 1808.

Fiore, Carlo: Il Reato Impossible, Napoli, 1959.

Fletcher, George: Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, 2000.

Franceschetti, Di Paolo: Reato Impossibile, AltalexPedia, 2012.

Freund, Georg in: **Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.)**, Münchener Kommentar 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020.

Fox, Dov / Stein, Alex: “Dualism and Doctrine”, Indiana Law Journal, Vol. 90, 2015, s. 975 - 1010.

Frisch, Wolfgang: “Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, NSTZ, Heft 5, 2013, s. 249 - 256.

Gardiner, Gerald: "The Purposes of Criminal Punishment", Modern Law Review, Vol. 21, N. 2, March 1958, s. 117-129.

Gropp, Walter: “Abschied vom Doppelirrtum” ZIS, 1. Jahrgang, 9. Ausgabe, 2016, s. 601 - 607. (Doppelirrtum)

Gropp, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. ergänzte und terminologisch überarbeitete Aufl., Springer - Verlag, Berlin - Heidelberg, 2015. (StAT)

van den Haag, Ernest: “The Lex Talionis before and after Criminal Law”, Criminal Justice Ethics, Vol. 11, N. 1, Winter/Spring 1992, p. 61 - 62.

Hafizoğulları, Zeki: Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, 1996.

Hafizoğulları, Zeki / Güngör, Devrim: “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, TBB Dergisi, S. 67, 2009, s. 21 - 50.

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018. (Genel Hükümler)

Hafizoğulları Zeki / Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Topluma Karşı Suçlar, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017. (Özel Hükümler)

Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017. (Genel Hükümler)

Hakeri, Hakan: Ceza Hukuk'unda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003. (İhmal)

Hasnas, John: “Once More unto the Breach: The Inherent Liberalism of the Criminal Law and Liability for Attempting the Impossible”, Hastings Law Journal, Vol. 54, I. 1, 2002, s. 1 - 79.

Hassemer, Winfried: “Warum und zu welchem Ende strafen wir?”, ZRP, 30. Jahrg., H. 8, August 1997, s. 316-321.

Hefendehl, Roland in: Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020. (MüKoStGB)

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin, 1821.

Heger, Martin in: Lackner, Karl / Kühl (Hrsg.) Kristian Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2018.

Heinrich, Bernd: “Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständigem und abergläubischem Versuch”, JURA, 1998, s. 393 - 397. (Versuch)

Heinrich, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım - I, (Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014. (I)

Heinrich, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım - II, (Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. (II)

Herring, Jonathan: Criminal Law: Text, Cases and Materials, 3rd ed., Oxford University Press, 2008.

Hillenkamp, Thomas in: **Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan, Ruth / Tiedemann, Klaus (Hrsg.),** Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, Band I, 12. neubearb. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2007.

von Hippel, Robert: Deutsches Strafrecht, Band II, Das Verbrechen, Allgemeine Lehre, Springer - Verlag Berlin Beideberg, 1971.

Hirsch, Hans Joachim: “Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin”, JZ, 62. Jahrg., Nr. 10, 18 Mai 2007, s. 494 - 502.

Hoffmann-Holland, Klaus in: **Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.),** Münchener Kommentar 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020. (MüKoStGB)

Hoffmann-Holland, Klaus: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. erweiterte, überarbeitete und aktualisierte Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2015. (StAT)

İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2018.

İçel, Kayıhan / Ünver, Yener: Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

İnci, Zekiye Özen: “Alman Ceza Kanunu M. 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2020, s. 913 - 980.

Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl., Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1991.

Jescheck, Hans Heinrich: “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri”, (Çev. Ayhan Önder), İÜHF, C. 48, S. 1 - 4, 1983, s. 479 - 493.

Joecks, Wolfgang / Kulhanek, Tobias in: **Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.)**, Münchener Kommentar 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020. (MüKoStGB)

Kangal, Zeynel T.: “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İÜHFM, C. 68, S. 1 - 2, 2010, s. 151 - 167.

Kazaker, Gözde: Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Keskin Kızıroğlu, Serap: “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 165-190. (Armağan)

Keskin Kızıroğlu, Serap: Çocuk Düşürtme Suçu, (Özel Ceza Hukuku, C. II, Kişilere Karşı Suçlar (1), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. (Çocuk Düşürtme Suçu)

Kett-Straub, Gabriele in: **Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans - Ullrich (Hrsg.)**, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 5. Aufl., Nomos, 2017.

Kindhäuser, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. völlig neu überarbeitete Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden - Baden, 2015. (StAT)

Kinzig, Jörg in: **Schönke, Adolf / Schröder, Horst (Hrsg.)**, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H., München, 2019.

Kremnitzer, Mordechai: “The Punishability of Impossible Attempts”, Israel Law Review, I. 3 - 4, Vol. 19, Summer - Autumn, 1984, s. 340 - 387.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Kocasakal, Ümit: Suçu Bildirmeme Suçları, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Koch, Otto-Klaus: Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts- oder Pflichtverletzung?, Köln, 1937.

Kunter, Nurullah: Suçun Maddi Unsuları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1954.

Köhler, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer - Verlag, Berlin - Heidelberg, 1997.

Kudlich, Hans: in: **von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.),** Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, 45. Edition, Verlag C.H.BECK, München, 2020. (BeckOK)

Kühl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag Vahlen, München, 2008. (StAT)

Kühl, Kristian in: **Lackner, Karl / Kühl, Kristian,** Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearb. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2018.

Kyd, Sally / Elliott, Tracey / Walters, Mark Austin: Clarkson Clarkson & Keating: Criminal Law, Tenth Edition, Sweet & Maxwell, 2020.

von Liszt, Franz / Schmidt, Eberhard: Lehrbuch de Deutschen Strafrechts, 27. Aufl., Verlag Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1932.

Manzini, Vincenzo: Trattato di Diritto Penale Italiano, V. I, II, Torino, 1961.

Marlin, Randal: “Attempmts and the Criminal Law: Three Problems”, Ottawa Law Review, Vol. 8, 1976, s. 518 - 535.

Meehan, Eugen Rankin: Impossibility of Fulfilment as a Defence to a Charge of Criminal Attempt : a Comparative Study of the Common Law and the Civil Law, Master Degree Thesis (LL.M.), McGill University, Montreal, 1976.

Memiş Kartal, Pınar: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, s. 1373 - 1397.

Mitsch, Wolfgang: “§ 23 Abs. 3 StGB: grob unverständiges Strafrecht” ZIS, 11. Jahrgang, 6. Ausgabe, 2016, s. 352 - 365. (grob unverständiges)

Mitsch, Wolfgang: “Der untaugliche Straftäter”, JURA, Heft 6, 2014, s. 585 - 593. (untaugliche)

Mommsen, Theodor: Römisches Strafrecht, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1899.

Murmann, Uwe: Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, C.H. Beck, München, 6., neu bearbeitete Auflage, 2021.

Naucke, Wolfgang: “Die Kriminalpolitik de Marburger Programms 1882”, ZStrW, B. 94, H. 3, 1982, s. 525 - 564.

Neppi Modona, Guido: Il Reato Impossibile, Milano, 1965.

Nuhoğlu, Ayşe: “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, Ankara, 2008, s. 1057 - 1067. (Gizli Soruşturmacı)

Nuhoğlu, Ayşe: “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2019, s. 211 - 220. (Sünnet)

Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Adil Yayınevi, Ankara, 1997. (Emniyet Tedbirleri)

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Okuyucu - Ergün, Güneş: Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, s. 1065 - 1086.

Ott, Yvonne in: **Hannich, Rolf (Hrsg.)**, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2019.

Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 1991. (C. I)

Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II - III, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 1992. (C. II - III)

Özbek, Veli Özer: “Türk Ceza Hukukunda Hata”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 3, S. 7, 2008, s. 83 - 99. (Hata)

Özbek, Veli Özer: “Türk Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu” Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, S. 1 - 2, 2014, s. 135 - 155. (Gizli Soruşturmacı)

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021. (Genel Hükümler)

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021. (Özel Hükümler)

Özek, Çetin: “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler”, İÜHFM, C. 56, S. 1 - 4, 1998, s. 20 - 68.

Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995.

Özen, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Özgenç, İzzet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Putzke, Holm: “Der strafbare Versuch”, JuS, Heft 10, 2009, s. 894 - 899.

Rahimov, İlham: Suç ve Ceza, (Çev. ve Ed. Tuğrul Veli), TBB Yayınları: 261, İstanbul, 2014.

Rengier, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, C. H. Beck, München, 2019.

Rives, James B.: “Magic, Religion and Law: The Case of the Lex Cornelia de sicariis et veneficiis” in: **Ando, Clifford / Rüpke, Jörg (edt.):** Religion and Law in Classical and Christian Rome (Potsdamer Altertumswissenschaftliche Beiträge), Franz Steiner Verlag, 2006.

Robinson, Paul H.: Fundamentals of Criminal Law, Aspen Publishers Inc., U.S., 1988.

Rosenau, Henning: “Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı”, (Çev. Erhan Temel), AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 391 - 402.

Roxin, Claus: “Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt”, JZ, 51. Jahrg., Nr. 20, 18 Oktober 1996, p. 981 - 987. (Versuch)

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006. (StAT I)

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, München, 2003. (StAT II)

Roxin, Claus: “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”, in Strafrechtliche Grundlagen-Probleme, De Gruyter, Berlin - NewYork, 1973. (Sinn und Grenzen)

Roxin, Claus in: **Britz, Guido / Koriath, Heinz / Kunz, Karl-Ludwig / Momsen, Carsten / Müller, Egon / Müller-Dietz, Heinz / Radtke, Henning (Hrsg.)**, “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”, Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, s. 829 - 842. (Strafbarkeit)

Rönnau, Thomas: “Grundwissen - Strafrecht: Versuchsbeginn”, JuS, Heft 10, 2013, s. 879 - 882.

Sabatini, Guglielmo: Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale, 4. Ed., Catania, 1948.

Satzger, Helmut: “Der irreale Versuch – über die Schwierigkeiten der Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden”, JURA, Heft 10, 2013, s. 1017 - 1025.

Savaş, Vural / Mollamahmutoğlu, Sadık: Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994.

Schmitz, Ronald in: **Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.)**, Münchener Kommentar 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2017. (MüKoStGB)

Schnell, Karl Helmut / Ebert, Heinz-Peter (Hrsg.): Disziplinarrecht, Strafrecht, Beschwerderecht der Bundeswehr, 27. aktualisierte Auflage, Regensburg/Berlin, Walhalla Fachverlag, 2012.

Schöch, Heinz: “Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie”, ZStrW, B. 94, H. 4, 1982, s. 864 - 887.

Sneath, G. R.: “Case Note: The Attempt to Draft A Definition of A Criminal “Attempt”: Criminal Attempts Act 1981”, Statute Law Review, Vol. 6, I. 1, Autumn, 1985, s. 175-176.

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018. (Genel Hükümler)

Soyaslan, Doğan: Teşebbüs Suçu, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 2014. (Teşebbüs)

Sözüer, Adem: “Hukuki Hata”, Yargıtay Dergisi, C. 21, S. 4, 1995, s. 490 - 466. (Hata)

Sözüer, Adem: Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994. (Teşebbüs)

Sternberg-Lieben, Detlev / Schuster, Frank Peter in: **Schönke, Adolf / Schröder, Horst (Hrsg.)**, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H., München, 2019.

Sutherland, Edwin H.: Principles of Criminology, J. B. Lippincott Company, Chicago Philadelphia, 1934.

Şen, Ersan: “Hırsızlık Suçları”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2012, s. 321 - 357.

Şen, Ersan / Yurttaş, Yasemin: “Gizli Tanık, X Muhabir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, 2008, s. 21 - 50.

Taner, Fahri Gökçen: “Özel Belgelerde Sahtecilik Suçları Bağlamında Maddi Hasarlı Trafik Kazası Tespit Tutanakları (Kağıt ve Elektronik) ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, CHD, S. 35, 2017, s. 117 - 149.

Taner, M. Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949.

Tauzin, Billy J.: “Criminal Law - Impossible Attempts”, Louisiana Law Review, Vol. 26, N. 2, 1966, s. 426 - 434.

Tepe, İlker: “Ders Tanıtımı: Ceza Hukukunun Felsefi Temelleri”, Hukuk Kuramı, C. 1, S. 3, Mayıs - Haziran 2014, s. 52 - 57.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Tiedemann, Klaus in: **Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan, Ruth / Tiedemann, Klaus (Hrsg.)**, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, Band I, 12. neubearb. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2007.

Timpe, Gerhard: “Untauglicher Versuch und Wahndelikt”, ZStrW, B. 125, H. 4, 2014, s. 755 - 787.

Thiem, Martin: Welchen Zweck hat Strafe? Untertitel Ein Vergleich der Straftheorien, GRIN Verlag, München, 2006.

Toepel, Friedrich: “Zur Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt”, ZIS, 12. Jahrg., 10. Ausgabe, 2017, s. 606 - 611.

Toroslul, Nevzat / Toroslul, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

Tozman, Önder: Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Turhan, Faruk: "Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, 2007, s. 171-196.

Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lugatı, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.

Ünver, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Wachter, Matthias: Das Unrecht der versuchten Tat, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.

Weigend, Thomas / Wasser, Lena: “Warum sind untaugliche Versuche strafbar?”, JA, 53. Jahrg., Heft 10 (Seite 793 - 880), 2021, s. 793 - 799.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 49. neubearb. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2019.

Westermarck, Edvard: The Origin and Development of the Moral Ideas, Second Edition, Londra 1924.

Valerius, Brian: “Untauglicher Versuch und Wahndelikt”, JA, 42. Jahrg., Heft 2 (Seite 81 - 160), 2010, s. 113 - 117.

Yaffe, Gideon: Attempts: In the Philosophy of Action and the Criminal Law, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Yalkut, Necdet: “Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Açısından Sözde Suç ve İşlenemez Suç”, Yargıtay Dergisi, C. 8, S. 1 - 2, 1982, s. 252 - 265.

Yenerer Çakmut, Özlem: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m.109)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), 2013, s. 587 - 603.

Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried: Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Yokuş Sevük, Handan: “6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 2, 2015, s. 119 - 145.

Zaczyk, Rainer in: Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans - Ullrich (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 5. Aufl., Nomos, 2017. (NK)

Zaczyk, Rainer: Das Unrecht der versuchten Tat, Schriften zum Strafrecht, Band 80, Duncker & Humblot - Berlin, 1989. (versuchten Tat)

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Büşra ERDEM
Tez Başlığı : İşlenemez Suç
Savunma Tarihi : 06 / 06 / 2022
Danışman : Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

JÜRİ ÜYELERİ**Unvan, Ad-Soyadı****İmza**

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Prof. Dr. Ümit KOCASAKAL

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

Prof. Dr. Pınar KARTAL

Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

Enstitü Müdürü