

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA
SUÇA TEŞEBBÜS**

Doktora Tezi

**Hazırlayan
Pervin AKSOY**

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Muharrem ÖZEN**

Ankara – 2007

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA
SUÇA TEŞEBBÜS**

Doktora Tezi

**Hazırlayan
Pervin AKSOY**

Ankara – 2007

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA SUÇA TEŞEBBÜS

Doktora Tezi

Tez Danışmanı

Tez Jürisi Üyeleri

Adı Soyadı

..Prof. Dr. Zeki Hafızogulları

..Prof. Dr. Metin Fevzioglu

..Doç. Dr. Muharrem Ben

..Doç. Dr. Türkan Yakın Dınar

..Yardı. Doç. Dr. Uğur Erte

İmzası

..Prof. Dr. Zeki Hafızogulları

..Prof. Dr. Metin Fevzioglu

..Doç. Dr. Muharrem Ben

..Doç. Dr. Türkan Yakın Dınar

..Yardı. Doç. Dr. Uğur Erte

Tez Sınav Tarihi.....26.09.2007...

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	1
KISALTMALAR	8
GİRİŞ	10

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇ YOLU, TEŞEBBÜSÜN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE CEZALANDIRILMA NEDENİ

I. SUÇ YOLU (iter criminis)	14
A. GENEL OLARAK	14
B. SUÇ YOLUNUN AŞAMALARI.....	16
1. Düşünce ve Karar Aşamaları	16
2. Hazırlık ve İcra Aşamaları	17
3. Tamamlanma Anı.....	19
4. Son Bulma Anı.....	23
II. TEŞEBBÜSÜN HUKUKÎ NİTELİĞİ	25
A. TEŞEBBÜS KAVRAMI.....	25
B. TEŞEBBÜSÜN BAĞIMSIZ BİR SUÇ OLDUĞU GÖRÜŞÜ	32
C. TEŞEBBÜSÜN ASIL SUÇU TAMAMLAYICI BİR SUÇ OLDUĞU GÖRÜŞÜ	35
D. TEŞEBBÜSÜN HAFİFLETİCİ BİR NEDEN OLDUĞU GÖRÜŞÜ	37
E. DEĞERLENDİRME	38
III. TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILMA NEDENİ.....	39
A. GENEL OLARAK	39

B. GÖRÜŞLER.....	40
1. Objektif Görüşler	40
a. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedenini Nedensellik İlişisine Dayandıran Görüş.....	40
b. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedenini Hareketin Menfaat Üzerinde Yarattığı Tehlikeye Dayandıran Görüş	42
2. Sübjektif Görüş	47
3. Karma Görüşler	50
4. Değerlendirme.....	51

İKİNCİ BÖLÜM

TEŞEBBÜSÜN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK.....	54
II. TEŞEBBÜSÜN MADDÎ UNSURU	55
A. POZİTİF UNSUR	57
1. İcra Hareketlerine Başlama.....	57
a. Genel Olarak Hareket.....	57
b. Hazırlık Hareketleri.....	60
c. Hazırlık Hareketi – İcra Hareketi Ayırımına İlişkin Görüşler	66
aa. Objektif Görüşler ve Ölçütler	69
aaa. Kronolojik Görüş	69
bbb. Şüpheyi Yer Vermeme Görüşü (İltibasa Yer Vermeme veya Tek Anlamlı Hareket Görüşü).....	70
ccc. Mağdurun Faaliyet Alanına Taşma Görüşü.....	76
ddd. Suçun Kanunî Tipi Görüşü (Şekli Objektif Görüş)	78

eee. Maddî Objektif Görüş.....	81
aaaa. Frank Görüşü.....	81
bbbb. Hukukî Konuyu İhlal Etme Görüşü	83
fff. Hareketin Nedensel Etkinliği Ölçütü	85
ggg. Hareketlerin Tekrarlanması Ölçütü.....	86
bb. Sübjektif Görüşler ve Ölçütler	87
cc. Karma Görüşler	90
dd. TCK. 'nın Değerlendirilmesi	91
2. Hareketin Elverişli Olması.....	94
a. Elverişliliğin Belirlenmesi.....	96
aa. Objektif Görüşler	96
aaa. Klasik Objektif Görüş.....	96
bbb. Aracın Yetersizliği Görüşü	102
ccc. Elverişliliği Korunan Menfaat Bakımından Yarattığı Zarar veya Tehlikeye Göre Değerlendiren Görüş (Somut Tehlike Görüşü)	107
ddd. Elverişliliği Uygun Nedensellik İlişkisine Dayandıran Görüş.....	116
bb. Sübjektif Görüş	121
cc. Karma Görüş.....	123
dd. Değerlendirme.....	124
b. Elverişli Araç – Elverişli Hareket	126
c. İşlenemez Suç ile Teşebbüs Derecesinde Kalan Suç Arasındaki İlişki.....	130
aa. İşlenemez Suçun Suç Genel Teorisindeki Yeri	132
bb. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Görüşünü Savunanlar.....	137
aaa. Sübjektif Görüş	137

bbb. Sübjektif Tehlike Görüşü	138
cc. İşlenemez Suçun Cezalandırılmaması Görüşünü Savunanlar	139
aaa. Objektif Görüş	139
bbb. Tehlike Görüşü.....	143
ccc. Hukukî İmkânsızlık Görüşü.....	144
ddd. Değerlendirme.....	146
dd. İşlenemez Suçun Türleri	150
aaa. Aracın Elverişsizliği	151
bbb. Maddî Konunun Yokluğu	154
aaaa. Klasik Objektif Görüşe Göre Maddî Konunun Yokluğu	156
bbbb. Hareketten Önceki veya Sonraki Yokluğa Göre Maddî Konunun Değerlendirilmesi	159
cccc. Korunan Menfaat Bakımından Yarattığı Zarar veya Tehlikeye Göre Maddî Konunun Yokluğu (Somut Tehlike Görüşü)	162
dddd. Değerlendirme.....	164
d. Sözde Suç ile Teşebbüs Derecesinde Kalan Suç Arasındaki İlişki.....	167
aa. Sözde Suçun Hukukî Niteliği	168
bb. Sözde Suçun Türleri.....	169
aaa. Hukukî Hataya Dayanan Sözde Suç	169
bbb. Fiiî Hataya Dayanan Sözde Suç.....	170
B. NEGATİF UNSUR	170
1. Genel Olarak	170
2. Doğrudan Doğruya İcraya Başlayıp Tamamlamama.....	171
a. İcra Hareketlerini Tamamlamama.....	171

aa. Genel Olarak.....	171
bb. Failin Elinde Olmayan Nedenlerle İcra Hareketlerini Tamamlayamaması	180
cc. Failin Kendi İradesiyle İcra Hareketlerini Tamamlamaktan Vazgeçmesi (Gönüllü Vazgeçme)	184
aaa. Gönüllü Vazgeçmenin Şartları.....	196
aaaa. Gönüllü Olma (İhtiyarilik)	196
bbbb. Gönüllülüğün Belirlenmesi	199
bbb. Gönüllü Vazgeçmenin Hukukî Niteliği	206
aaaa. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	206
bbbb. Değerlendirme.....	210
ccc. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme	214
b. Suçun Oluşumu İçin Gerekli Sonucun Gerçekleşmemesi	221
aa. Genel olarak Sonuç.....	221
bb. Failin Elinde Olmayan Nedenlerle Sonucun Gerçekleşmemesi	224
cc. Failin Kendi İradesiyle Sonucun Gerçekleşmesini Önlemesi (Gönüllü Vazgeçme).....	228
aaa. Genel Olarak	228
bbb. İcra Hareketleri Sonrası Gönüllü Vazgeçmenin Hukukî Niteliği .	236
aaaa. Failin Cezalandırılmasını Savunan Görüşler	236
bbbb. Failin Cezalandırılmamasını Savunan Görüşler.....	236
cccc. Değerlendirme.....	238
ccc. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Sonucun Önlenmesi Bakımından Gönüllü Vazgeçme.....	241

III. TEŞEBBÜSÜN MANEVÎ UNSURU	243
A. GENEL OLARAK KASIT	244
B. OLASI KAST VE TEŞEBBÜS	251
C. ÖZEL KAST VE TEŞEBBÜS	262

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BAZI SUÇLAR BAKIMINDAN TEŞEBBÜS SORUNU

I. GENEL OLARAK.....	263
I. TAKSİRLİ SUÇLAR.....	263
III.OLASI KASTLA İŞLENEN SUÇLAR.....	268
IV.NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN SUÇLAR.....	268
A. KASTIN AŞILMASI SURETİYLE İŞLENEN SUÇLAR	271
B. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN SUÇLAR.....	273
V. TEHLİKE SUÇLARI	277
VI. SIRF HAREKET SUÇLARI.....	280
VII. CEZALANDIRILABİLME ŞARTI İÇEREN SUÇLAR.....	283
VIII. İHMAL SUÇLARI	286
A. SIRF İHMAL SUÇLARI	287
B. İHMAL SURETİYLE İCRA SUÇLARI	290
IX. KESİNTİSİZ (MÜTEMADÎ) ŞEKİLDE İŞLENEN SUÇLAR	291
X. KALKIŞMA SUÇLARI (TAMAMLANMASI ÖNE ALINMIŞ SUÇLAR).....	295

SONUÇ.....	297
KAYNAKÇA	304
ÖZET.....	317
SUMMARY.....	319

KISALTMALAR

A.	: Anno
AD.	: Adalet Dergisi
Ann. di dir. e proc. pen.	: Annali di Diritto e Procedura Penale
Arch. Pen.	: Archivio Penale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Cass. Pen.	: Cassazione Penale
Cod. Pen.	: Codice Penale
CUH	: Ceza Umumi Heyeti
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
Fasc.	: Fascicolo
Giuris. it	: Giurisprudenza Italiana
Giuris. Pen.	: Giurisprudenza Penale
Il Foro it.	: Il Foro Italiano
Il Foro Pen.	: Il Foro Penale
In Noviss. Dig. Ital.	: In Novissimo Digesto Italiano
Ind. Pen.	: Indice Penale
İCK.	: İtalyan Ceza Kanunu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar

La Giust. Pen.	: La Giustizia Penale
md.	: Madde
N.	: Numero
PG.	: Parte Generale
PS.	: Parte Speciale
Riv. it. di dir. e proc. pen.	: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
Riv. it. di dir. pen.	: Rivista Italiana di Diritto Penale
Riv. Pen.	: Rivista Penale
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK.	: Yeni Türk Ceza Kanunu

GİRİŞ

Suça teşebbüs, ceza hukukunun en fazla tartışmayı beraberinde getiren kurumlarından biridir. Bu tartışmalar soyut olarak kurumun yapısı ve anlaşılışı bağlamında yapıldığı gibi, her bir suç tipi bakımından da yapılmaktadır.

Ceza hukukunda sorumluluğun objektif ve kollektif olduğu dönemlerde teşebbüs söz konusu değildi. Bu kurum, ilk kez Ortaçağ hukukçuları tarafından ortaya atılmıştır. Teşebbüs, düşünmek (cogitare), eylem yapmak (agere) ve tamamlayamamak (sed non perficere) olarak tanımlanmaktadır. Fransız İhtilâli sonrası yapılan tüm kanunlarda bu kuruma yer verildiği görülmektedir.

Çalışmanın konusunu, 5237 sayılı Yeni TCK.'da yer alan teşebbüse ilişkin hükümler oluşturmaktadır. Teşebbüs hükümleri, yeni düzenlemeyle birlikte, öncekinden farklı bir içerik kazanmıştır. Yeni düzenleme, teşebbüsle ilgili olarak yaşanan sorunları çözmek bir yana, bu sorunlara yenilerini eklemiştir. Çalışma, esasen bu sorunları ortaya koymak, olabildiğince çözüm bulmaya çalışmak ve bu şekilde özellikle uygulamaya ışık tutmak amacıyla gerçekleştirilmiştir.

Herşeyden önce, teşebbüs, 765 sayılı TCK.'da iki ayrı madde halinde düzenlenirken, 5237 sayılı Kanunda “suça teşebbüs” kenar başlığı altında tek madde olarak öngörülmüştür. Ayrıca yeni Kanun, gönüllü vazgeçmeye yer vermekte ve failin suç yolunda hangi aşamada olursa olsun, suçun gerçekleşmesini önleyecek şekilde vazgeçmesini aynı hükme bağlamaktadır. Ancak, konuyla ilgili olarak yapılan düzenlemeler, çok önemli sorunları da beraberinde getirmektedir. Çünkü, tek bir hükümle iki ipotez, yani failin hem icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi, hem

de icra hareketleri sonrası sonucun gerçekleşmesini önlemesi düzenlenmiş ve bu iki ipotez aynı hukukî sonuca bağlanmıştır.

765 sayılı Kanununun 61. maddesi eksik teşebbüsü düzenliyor ve teşebbüsün bu biçimini “*Bir kimse işlemeyi kasdeylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise...*” olmak şeklinde tanımlıyordu. Kanununun 62. maddesi ise, “*Bir kimse işlemeği kasdettiği cürmün icrasına taallûk eden bütün fiilleri bitirmiş, fakat ihtiyarında olmayan bir sebepten dolayı o cürüm meydana gelmemiş ise...*” diyerek tam teşebbüse yer veriyordu.

5237 sayılı Kanununun 35. maddesinde ise, “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçta elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise, teşebbüsten sorumlu tutulur. Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre..... cezalandırılır*” hükmü yer almaktadır.

Çalışmamızda esas olarak 5237 sayılı Yeni TCK. ile teşebbüse ilişkin olarak getirilen değişiklikler ve bunların doktrinsel tartışmaları ve de uygulamaya yansımaları irdelenecektir. Bu amaçtan hareketle, Türk doktrinindeki eserler ve Yargıtay kararları yanında, İtalyan doktrininin eserleri ve kanunî düzenlemesi temel alınmıştır.

Hemen belirtelim ki, bölümler arasında bulunması gereken oran, konunun bütünlüğünün bozulmaması ve özellikle teşebbüsün unsurlarının incelendiği bölümün doğal olarak geniş olması nedeniyle gözardı edilmiştir.

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır: İlk bölümde, konuya giriş anlamında tüm suçlara ilişkin bilgiler yer almakta ve bu alt bölümü takiben tamamlanmış suçlarla teşebbüs derecesinde kalan suçlar arasındaki fark ortaya konulmaktadır. Daha sonra teşebbüsün hukukî niteliği ve cezalandırılma nedeni incelenmektedir. Suç yolu, tüm

suçların oluşum sürecini, bir suçun varlığı için geçmesi gereken aşamaları içermektedir. Bu yolu incelememizdeki amaç, tamamlanamayan, teşebbüs derecesinde kalan suçların, hukukî yapısını da ortaya koymaktadır. Nitekim, teşebbüs, suçun ortaya çıkış biçiminden başka bir şey değildir. Bu noktadan hareketle, teşebbüsün hukukî niteliği irdelenmektedir. “*Suçta ve cezada kanunîlik ilkesi*” gereği, teşebbüsün kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, teşebbüs derecesinde kalan suçları cezalandırmak mümkün olmamaktadır. Bu bölümde, önemle üzerinde durulacak olan konu, kanun koyucunun teşebbüs derecesinde kalan suçları cezalandırılma nedeninin ne olduğudur.

İkinci bölüm, esas olarak konunun en yoğun ve en kapsamlı şekilde çalışıldığı bölümdür. Bu bölümde teşebbüsün unsurları incelenecektir. Teşebbüs derecesinde kalan suçun da maddî ve manevî unsurları vardır. Maddî unsur, failin “*doğrudan icraya yönelik elverişli hareketlere başlaması ancak suçu tamamlayamaması*”, manevî unsur ise “*failin suç işleme iradesinin dış dünyada somutlaşması*” şeklinde ifade edilmiştir. Suçun doğrudan icrasına yönelik elverişli hareketlere başlanması pozitif; suçun tamamlanamaması ise negatif unsuru oluşturmaktadır. İşte tüm sorun, kanun koyucunun maddî unsura ilişkin olarak öngördüğü hükümde ortaya çıkmaktadır. Bu bölümde, söz konusu düzenleme ayrıntılı bir şekilde ele alınacak, hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımı ve bu konuya ilişkin olarak doktrinde ortaya atılan görüşler üzerinde durulacaktır. Daha sonra “*elverişli hareket*” kavramı, elverişlilik konusunda ileri sürülen görüşler, işlenemez suç ipotezi ve teşebbüsle sözde suç arasındaki kurumsal farka değinilecektir. Bu bölümle ilgili olarak ele aldığımız son konu, suçun tamamlanamamasıdır. Suçun tamamlanamaması, failin iradesi dışında veya iradesine bağlı bir nedenle ortaya çıkabilir. Bu anlamda, failin iradesi dışında bir nedenle suçu

tamamlayamaması teşebbüse; iradesiyle tamamlamaktan vazgeçmesi gönüllü vazgeçmeye vücut vermektedir. İlk olarak, failin iradesi dışında bir nedenle suçu tamamlayamaması ipotezi incelenecektir. Daha sonra da kendi iradesiyle suçu tamamlamaktan vazgeçmesine ilişkin ipotez üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, kanun koyucunun Yeni TCK.'da “gönüllü vazgeçme” kenar başlığı altında getirdiği düzenleme irdelenecektir. Bu bölümde, son olarak teşebbüsün manevî unsuru ele alınacaktır. Nitekim, failin suç işleme iradesinin dış dünyada somutlaşması gerekmektedir. Kanunun ifadesinden anlaşılacağı üzere, fail kasıtlı olarak işlemesine karar verdiği suçun icrasına başlamalıdır. O halde, teşebbüsün manevî unsurunu “kast” oluşturmaktadır. Bu başlık kapsamında, genel olarak kast kavramı açıklandıktan sonra, kast türlerinden teşebbüs bakımından özellik gösteren olası kast incelenecektir. Daha sonra özel kast ve teşebbüs arasındaki ilişki açıklanmaya çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde ise, teşebbüsün unsurlarıyla bağlantılı olarak, bazı suçlar bakımından teşebbüs sorunu üzerinde durulacaktır. Bu amaçla, öncelikle taksirli suçlar, daha sonra da olası kastla işlenen suçlar ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar ele alınacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar, her ne kadar tek bir hüküm altında toplansa da, hem suçun kastın aşılması suretiyle işlenmesi, hem de neticesi nedeniyle ağırlaşması ipotezlerinde teşebbüs halinin mümkün olup olmayacağı tartışılacaktır. Bunun dışında, hareket açısından özellik gösteren tehlike suçları, sırf hareket suçları ve ihmal suçları irdelenecektir. Bu suçlar incelenirken, hareket unsurunun bir oluşum süreci gerektirip gerektirmediği esas alınarak bir değerlendirme yapılacaktır. Ayrıca, cezalandırılabilme şartı içeren suçlara, kesintisiz (mütemadî) şekilde işlenen suçlara ve kalkışma suçlarına teşebbüsün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇ YOLU, TEŞEBBÜSÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE

CEZALANDIRILMA NEDENİ

I. SUÇ YOLU (*iter criminis*)

A. GENEL OLARAK

Her suçun bir oluşum hikayesi vardır. Suçun oluşumu, bir insanın yaşam sürecine benzer. Suç, her insan gibi doğar, yaşar ve ölür. İnsana özgü bu gelişim, suçun yapısında icra hareketlerine başlama, devam etme ve tamamlanma olarak ortaya çıkar. O halde, bu süreç icra ve tamamlanma olarak iki ana bölüme ayrılır. Kasıtlı suçlarda, bunlara bir de düşünce aşaması eklenir. Bir başka anlatımla, suç dinamik bir yapıya sahiptir, aniden işlenebileceği gibi, düşünülmüş ve planlanarak da işlenebilir. Bu açıdan suçu ele aldığımızda, onun çeşitli aşamalardan geçerek dış dünyada gerçekleştiğini görebiliriz. Suçun çeşitli aşamalardan geçtiği bu yola “*iter criminis*”¹ yani suç yolu denilmektedir².

Doktrinde *iter criminis*'i iki, üç, dört ve hatta beş aşamaya ayırarak inceleyen yazarlar vardır. Bazı yazarlar, suç yolunu, psikolojik (iç) evre ve maddî (dış) evre olarak iki ana başlık altında açıklamaktadırlar³. Bir kısım yazar, bu aşamaları

¹ Doktrinde bazı yazarlar *iter criminis* terimini, “*suç yörüngesi*” olarak tercüme etmişlerdir. Bkz. SELÇUK, Sami, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, AD., C. 74, S. 5, Eylül – Ekim 1983, s. 801.

² MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale*, PG., Padova 1988, s. 404; ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale*, PG., Milano 1989, s. 411 (**Parte generale**); FLORIAN, Eugenio, *Corso di Diritto e Procedura Penale*, Torino 1932, s. 428 (**Procedura penale**); FLORIAN, Eugenio, *Trattato di Diritto Penale*, Milano 1934, s. 631 (**Diritto penale**); DELPINO, Luigi, *Diritto Penale*, PG., Napoli 2000, s. 379.

³ SELÇUK, s. 802.

düşünce, hazırlık ve icra⁴, bir kısmı ise düşünce, karar ve icra⁵, diğer kısmı da, hazırlık, icra ve tamamlanma şeklinde ayırır⁶.

Bu yolu düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma aşamaları olarak dört başlık altında açıklayanlar olduğu gibi⁷; bu aşamaları suç projesinin sözlü veya yazılı açıklaması, hazırlık hareketleri, teşebbüsün ortaya çıkış biçimi, yani icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi ve suçun tamamlanma aşaması olarak inceleyen yazarlar da bulunmaktadır⁸.

Suç yolunu beş aşamada açıklamaya çalışan yazarlar ise, bu yolu düşünce, hazırlık, icra, tamamlanma ve son bulma olarak ayırmaktadırlar⁹.

⁴ FLORA, Giovanni – TONINI, Paolo, *Nozioni di Diritto Penale*, Milano 1997, s. 123; TOSUN, Öztekin, *Suç Hukuku El Kitabı*, İstanbul 1982, s. 227.

⁵ EREM, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. I, Genel Hükümler, Ankara 1995, s. 323; EREM, Faruk – DANIŞMAN, Ahmet – ARTUK, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 1997, s. 295.

⁶ RANIERI, Silvio, *Manuale di Diritto Penale*, PG., Padova 1952, s. 347-348; POZZOLINI, Alfredo, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, Vol. I, Firenze 1921, s. 94.

⁷ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 411; TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2005, s. 248 (**Genel Kısım**).

⁸ DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I*, İstanbul 1997, s. 413 (**C. I**); CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005, s. 459; FIORE, GAMBERINI ve Türk hukuk doktrininde de ÖNDER ile ÖZTÜRK – ERDEM – ÖZBEK, suç yolunu suç fikrinin ortaya çıkması ve açıklanması, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve sonuç aşamaları olarak dört başlık halinde ele almaktadır. Bkz. FIORE, Carlo, *Diritto Penale*, PG., Vol. II, Torino 1995, s. 42 (**Parte generale**); GAMBERINI, Alessandro, *Introduzione al Sistema Penale*, Vol. II, Torino 2001, s. 306-307; ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 384; ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa R. – ÖZBEK, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara 1998, s. 160; MALKOÇ, İsmail, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Son Değişiklikler ve İçtihatlarla)*, C. I, Ankara 2002, s. 615.

⁹ MANTOVANI, s. 404; MORSELLI ise suç yolunu, düşünce, karar, hazırlık, icra ve tamamlanma olarak beş aşamada incelemektedir. Bkz. MORSELLI, Elio, “Il tentativo”, *La Giust. Pen.*, Parte Seconda, 1988, s. 135 (**Il tentativo**); MORSELLI, Elio, “Note in tema di delitto tentato”, *Arch. pen.*, N. 14, 1987, s. 92 (**Note in tema di delitto tentato**); MORSELLI, Elio, “Condotta ed evento nella disciplina del tentativo”, *Riv. it. di dir. e proc. pen.* 1998, s. 55 (**Condotta ed evento**).

Yazarlarca değişik evrelere ayrılan suç yolu, en sade şekliyle, failin suç işleme kararını gerçekleştirmek için izlediği bir yoldur¹⁰. Suç yolunda fail tarafından iradi olarak gerçekleştirilen faaliyet, bu süreçte kesintiye uğrayabilir ve öngörülen, istenilen sonucu gerçekleştirecek gerekli ve yeterli hareketler yapılmasına rağmen sonuç gerçekleşmeyebilir¹¹.

Biz, failin suçu işlerken izlediği yolu düşünce, karar, hazırlık, icra, tamamlanma ve son bulma aşamaları kapsamında inceleyeceğiz.

B. SUÇ YOLUNUN AŞAMALARI

1. Düşünce ve Karar Aşamaları

Suç yolundaki ilk aşama, düşünce aşamasıdır. Suç işleme düşüncesi, suçlunun psişğinde oluşmakta ve bu düşünce suç işleme kararına dönüşerek son şeklini almaktadır. Düşünülerek ortaya çıkan bir karar söz konusu olduğu için, bu aşamanın ancak kasıtlı suçlarda görülmesi mümkündür¹². Bilinçli ve istekli yapılan hareketler, önceden veya en azından yapılırken bir düşünceyi gerektirmektedir¹³. Bu nedenle, taksirli suçlarda düşünce aşaması bulunmamaktadır.

¹⁰ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 411.

¹¹ VELOTTI, Giuseppe, *Manuale di Diritto Penale*, PG., Roma 1957, s. 130.

¹² ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 411; MANTOVANI, s. 404; MANZINI, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, Vol. I, PG., Padova 1949, s. 137 (**Parte generale**); FLORIAN, **Procedura penale**, s. 429; FLORIAN, **Diritto penale**, s. 631; SANTANIELLO, Giuseppe – MARUOTTI, Luigi, *Manuale di Diritto Penale*, PG., Milano, 1990, s. 487; BELTRANI, Sergio, *Il Delitto Tentato*, PG. e PS., Milano 2003, s. 3; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 248; DELPINO, s. 379.

¹³ TOSUN, s. 227.

Suç işleme kararı tek başına cezalandırılmaz. Henüz hukukî bir varlığı bulunmayan psişik durumlar, herhangi bir cezaî yaptırıma konu teşkil etmezler¹⁴. Bunun nedeni, suç işleme kararının ispatlanmasının zor olmasıdır¹⁵. Bir kere, failin düşüncesi ne kadar kötü olursa olsun, fail bunu ikrar etmedikçe, bu düşüncenin varlığını ispatlamak çok zayıf bir olasılık hatta imkânsız bir durumdur. Diğer bir zorluk ise, failin her zaman bu kötü düşüncesinden geri dönme olasılığının bulunmasıdır. Fail düşünüp yapmaya karar verdiği şeyden, yine düşünüp vazgeçebilir¹⁶. Bunların yanında ceza hukuku, dış dünyada somutlaşan bir fiil ile ilgilenir. Fiilsiz suç olmaz ilkesi gereği, düşünce aşamasında kalan olaylar ceza hukukunun faaliyet alanı dışında kabul edilmektedir¹⁷.

2. Hazırlık ve İcra Aşamaları

Teşebbüsten söz edilebilmesi için, öncelikle failin işlemeyi kastettiği suçun icrasına başlaması gerekir. Suç işleme kararının icrasına başlamakla, işlenmesine karar verilen suçun icrasına başlamak farklıdır. Nitekim, suç işleme kararının icrasına başlayan fail, suça ilişkin hazırlık hareketlerini de gerçekleştirebilir. Ancak, işlenmesine karar verilen suçun icrasına başlayan failin hareketlerini, hazırlık niteliğinde saymak mümkün değildir¹⁸.

¹⁴ FLORIAN, **Procedura penale**, s. 429; FLORIAN, **Diritto penale**, s. 631; MAGGIORE, Giuseppe, *Principi di Diritto Penale*, Vol. I, PG., Bologna 1937 (XV), s. 442; DELPINO, s. 379; DÖNMEZER, Sulhi, “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, İÜHFİM, C. VIII, S. 3-4, 1942, s. 437.

¹⁵ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 411.

¹⁶ FLORIAN, **Procedura penale**, s. 429; TANER, Tahir, *Ceza Hukuku, Umumi Kısım*, İstanbul 1953, s. 263-264.

¹⁷ PETROCELLI, Biagio, *Il Delitto Tentato*, Padova 1955, s. 23; ÖNDER, s. 384; TOSUN, s. 228.

¹⁸ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 266.

Failin icraya başlama anının belirlenmesi, cezalandırma açısından önemlidir. İcra başlama anı, beraberinde hazırlık ve icra hareketleri ayırımını getirir. Bu ayırım da, cezalandırılabilir teşebbüsün sınırını çizdiğinden, ceza hukuku açısından büyük bir önem taşımaktadır. Zira, hazırlık hareketleri, kural olarak cezalandırma kapsamı dışındadır. Ancak, kanun koyucu istisnai bazı durumlarda hazırlık hareketlerini cezalandırılma kapsamında kabul etmektedir¹⁹.

Suç işleme kararının alınmasıyla, kişi, suçu nasıl işleyeceğini düşünmekte ve bu düşüncesini plan yaparak somutlaştırmaktadır. Bütün bu faaliyetler hazırlık niteliğinde kabul edilmektedir²⁰. Suç işleme kararı, dış dünyada icraî veya ihmâlî bir harekete dönüşmeye başladığı zaman icra aşamasına geçilmiştir ve kişi, bu andan itibaren ceza hukuku alanına girmiş olur²¹. İşte bu aşamada, hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin sınırının çizilmesi zorunluluğu doğmaktadır. Doktrinde bu konuda birçok teori ileri sürülmüştür. Bu teoriler hazırlık hareketi – icra hareketi başlığı altında incelenecektir²².

İcra hareketlerinin başlamasıyla, cezalandırılabilir teşebbüsün alanına girildiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, failin icra hareketlerine başlayıp da, iradesi dışındaki bir nedenle tamamlayamaması ve tamamlamasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi durumunda, teşebbüs ortaya çıkmaktadır.

¹⁹ FLORIAN, **Diritto penale**, s. 644-645; ÖNDER, s. 390-391; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 459.

²⁰ SELÇUK, s. 802; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, s. 760.

²¹ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 411; MEZGER, Edmondo, *Diritto Penale*, Padova 1935, s. 397; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 248; MAGGIORE, s. 443; BELTRANI, s. 4.

²² Bkz. İkinci Bölüm, Hazırlık Hareketi – İcra Hareketi Ayırımı, s. 65 vd.

O halde, suçun teşebbüs derecesinde kalması icra aşamasında söz konusu olmaktadır. Zira, suçun icrası bir oluşum süreci gerektirmektedir. Maddî suçlarda sonuç; şeklî suçlarda ise hareketin gerçekleştirilmesiyle bu süreç tamamlanmaktadır. Suçun tamamlanamaması olasılıkları da, icra sürecinde ortaya çıkmaktadır. O halde, maddî suçlarda sonuç, şeklî suçlarda ise hareket, icra süreci ile tamamlanma anını birbirinden ayıran kesin olgulardır.

Bu konuda görüşlerini ifade eden KUNTER de, teşebbüsün derecesine göre ayırım yapılmasına gerek olmaksızın, suçun failin iradesi dışında bir nedenden ötürü tamamlanamamasının icra aşamasında gerçekleşen durumlar olduğunu belirtmiştir²³.

3. Tamamlanma Anı²⁴

İcra aşamasını, suçun tamamlanma anı²⁵ takip eder. Tamamlanma anı, suçun varlığı için gerekli tüm unsurların oluşmasıyla gerçekleşir. Bir başka ifadeyle, tamamlanma, gerçekleştirilen fiilin kanun koyucu tarafından belirlenen soyut ipoteze tam olarak uygunluğunu ifade eder²⁶.

²³ KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 216 (**Kanuni Unsurlar**).

²⁴ İtalyan doktrininde bazı yazarlar tamamlanma anı için “consumazione”, son bulma anı için de “perfezione” kelimelerini kullanmaktadırlar. Bkz. DELPINO, s. 380; PAGLIARO, Antonio, Principi di Diritto Penale, PG., Milano 2000, s. 497 vd. (**Parte generale 2000**); MANTOVANI, s. 405; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 487; RAMACCI, Fabrizio, Corso di Diritto Penale, Torino 2001, s. 446; Bazı yazarlar ise, tamamlanma anı için “consumazione”, son bulma anı için de “esaurimento” sözcüklerini kullanmayı tercih etmektedirler. Bkz. MAGGIORE, s. 443; FAVINO, Alfonso, “Reato tentato e reato perfetto indiziariamente”, Arch. Pen., Vol. 5, Parte II, 1949, s. 314.

²⁵ Suç yolunun birden çok aşamadan oluştuğunu belirtmiştik. Suçun geçtiği tüm yolları birer “aşama” olara nitelendirirken, tamamlanmasını “an” olarak ifade etmeyi daha uygun bulmaktayız. Nitekim, icra aşaması bir süreci gerektirirken, tamamlanma, unsurların gerçekleşmesiyle oluşacağından anlık bir durumdur. İşte bu nedenlerle, tamamlanma anı bir oluşum süreci gerektirmediğinden, aşama olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Bkz. ADORNATO, Carlo, Il Momento Consumativo del Reato, Milano 1966, s. 17-18, s. 115.

²⁶ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 412; GIOVANNI, Fiandaca – ENZO Musco, Diritto Penale, PG., 1990, s. 228 (**Parte generale 1990**); GIOVANNI, Fiandaca – ENZO Musco, Diritto Penale, PG., Bologna 1999, s. 405 (**Parte generale 1999**); SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 487; TOROSLU,

Gerçekten de, fail tarafından işlenmiş fiil, suça hayat verecek yeterli ve gerekli unsurları içeriyorsa, suç gerçekleşmiştir veya tamamlanmıştır²⁷. Oysa ki, teşebbüs halinde ortaya çıkan suçlarda, tamamlanma anı eksik kalmaktadır²⁸.

Tamamlanma anı, suçların maddî veya şeklî olmasına göre farklılık göstermektedir. Suçun tamamlanması için, kanun koyucu tarafından belirlenen normdaki suç şeklinin tam olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bazı yazarlar bu konuda, doğal anlamda sonuç anlayışını kabul etmekte ve sonuçsuz suçların olabileceğini ileri sürmektedirler. Nitekim, bazen bir hareketin yapılması, bazen de bir sonucun doğması suçun tamamlanması için yeterli görülmektedir. Örneğin sırf hareket suçlarında, hareketin yapılması suçun varlığı için yeterli olduğundan, ayrıca bu hareketin zarar veya tehlike yaratıp yaratmadığı araştırılmaz. Bu düşünceyi savunan yazarlar, bunun ötesinde bir araştırmanın gereksiz olduğunu ve hatta bunun yapılmasının bizi yanlış sonuçlara yönlendirebileceğini ifade etmişlerdir. Zira korunan varlığın ve onun ihlal edilip edilmediğinin araştırılması, pratikte büyük bir tereddüte neden olabilir. Hatta bu araştırma, tamamlanmanın ancak biçimsel anlayışını ortaya koymaktadır. Bu görüş, suçun, fiilin kanundaki soyut tipte belirlendiği gibi eksiksiz ve tam olarak somutlaştığı anda tamamlandığını savunmaktadır²⁹.

Genel Kısım, s. 248; FLORA – TONINI, s. 123; SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 157; ADORNATO, s. 21-22.

²⁷ MANTOVANI, s. 405; VELOTTI, s. 130; RANIERI, s. 344; PANNAIN, s. 448; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 248.

²⁸ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 414.

²⁹ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 412; BELTRANI, s. 4; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 249.

Bu konuya farklı açıdan yaklaşan bir görüş ise, temelde sonucun doğal anlayışını kabul etmekte, ancak her suçun bir sonucu olduğunu, bunun kronolojik olarak bazen harekete bitişik, bazen de ayrı olabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre; bazı suçlarda icraî veya ihmalî hareketin yapılmasıyla suç gerçekleştiğinden, tamamlanma anı da hareketin yapılmasıyla son bulur. Bu farklılık, şeklî suçlar (sırf hareket suçları) ve sonuçlu (maddî) suçlar arasındaki ayırımın temelidir³⁰. Nitekim, sonuçlu (maddî) suçlarda, icraî veya ihmalî hareketle zararlı veya tehlikeli sonucu kronolojik olarak ayırmak mümkündür. Sonucun gerçekleştiği an, suç tamamlanmış sayılır. Oysa ki, her suçun bir sonucu olduğunu kabul eden anlayışa göre, şeklî suçlarda icraî veya ihmalî hareketin tamamlanması ile zararlı veya tehlikeli sonucun doğması, yer ve zamansal olarak aynı ana denk gelmektedir. Bu nedenle, şeklî suçlarda tamamlanma anı, hareketin yapılmasıyla meydana geldiğinden, bu durum sonuçlu suçlara göre farklılık arz etmektedir³¹.

Diğer yandan, anî suçlar ile kesintisiz (mütemadî) suçlar arasında suçun devamı ile ilgili olarak bir ayırım yapılmaktadır. Anî suçta, fiilin gerçekleştirilmesi ile ihlal aynı anda var olur ve sona erer, yani anlık ihlal söz konusudur. Bir başka deyişle, bu tür suçlarda ihlalin zaman içerisinde uzayıp gitmesi mümkün değildir. Gerçekten de, anî suçlarda ihlal, suç tamamlandığı anda gerçekleşmektedir. Suç tamamlandığı zaman da son bulmaktadır. Örneğin, firar suçlarında, mahkûmun hapisten kaçmasıyla; adam öldürme suçlarında ölüm sonucunun gerçekleşmesiyle,

³⁰ ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 413; TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 250.

³¹ SABATINI, Guglielmo, *Istituzioni di Diritto Penale*, PG., Vol. I, Roma 1935 (XIII), s. 282; GAMBERINI, s. 307.

hırsızlık suçlarında eşyanın bulunduğu yerden alınması ile suç tamamlanmakta, korunan değer de aynı anda ihlal edilmekte ve sona ermektedir³².

Kesintisiz suçlarda ise, tamamlanma anı özellik göstermektedir. Bu tür suçları, zorunlu ve muhtemel kesintisiz (mütemadî) suçlar olarak ayırmak mümkündür. Zorunlu kesintisiz suçlar, anî suç şeklinde işlenemez, suçun tamamlanması için hareketle birlikte ihlalin mutlaka zaman içerisinde sürmesi gerekmektedir³³. Muhtemel kesintisiz suçlar ise, normalde anî suç şeklinde işlenmekte ancak, bazı hallerde hareket ve sonuç belli bir süre devam etmektedir. Ancak bu devamlılık, suçun tamamlanması için zorunlu bir unsur değildir³⁴.

³² PIOLETTI, Ugo, "Reato permanente", In Noviss. Dig. Ital., Vol. XIV, 1967, s. 997; MANTOVANI, s. 406-407; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 413; NAPPI, Aniello, Guida al Cod. Pen., PG., Milano 2003, s. 443; BETTIOL, Giuseppe, Diritto Penale, PG., Padova 1976, s. 522-523 (**Parte generale 1976**); BETTIOL, Giuseppe, Diritto Penale, PG., Padova 1982, s. 550-551 (**Parte generale 1982**); ADORNATO, s. 115; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 489; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 250; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 264 vd.

³³ Doktrinde suçun devamından ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen fikirleri dört kategoride açıklamak mümkündür:

1. Bir görüş ihlal olunan hakkın niteliğine göre, suçun anî ya da kesintisiz (mütemadî) olduğuna karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu fikre göre, suç, hakkı tamamen yok etmiş veya azaltmış ise anî; yalnızca hak sahiplerinin hakkından yararlanmasını engellemişse kesintisiz şekilde işlenen suçtur.
2. Bir başka görüşe göre, sonucun devam edip etmediği dikkate alınmalıdır. Failin hareketine devam edip etmemekte olmasının bir önemi yoktur. Failin, sonucu gerçekleştirecek şartları, iradi ve meşru olarak yerine getirmesi ve de hukuka aykırı durumun yaratılması kesintisiz suçun oluşması için yeterlidir.
3. Diğer bir görüş ise, sadece hareketin devam edip etmemesini kriter olarak almaktadır. Kesintisizlik, ancak neticesi harekete bitişik suçlarda söz konusu olabilir. Çünkü bu suçlarda hareket devam edebilir. Hareket bittikten sonra sonucun meydana geldiği sonuçlu suçlarda, hareketin devamlılığından bahsetmek mümkün değildir.
4. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, sonucun hareketle birlikte devam edip etmediğine bakılır. Eğer hakkın ihlali bir anda oluyorsa anî; hakkın ihlali belli bir süre devam ediyorsa kesintisiz suçtan söz etmek gerekir. Bkz. KUNTER, Nurullah, Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s. 96-98 (**Maddî Unsurlar**).

³⁴ PADOVANI, Tullio, Diritto Penale, Milano 1999, s. 349-350; NAPPI, s. 443-444; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 264-265; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 501; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 496.

Tamamlanma anı konusunda, anı suçlara göre özellik gösteren zorunlu kesintisiz suçlardır. Bu nedenle, çalışmamızda kesintisiz suçun zorunlu şekli esas alınmaktadır.

Kesintisiz suçlar, suçun gerçekleştirilmesi ile değil, bir takım şartların var olması ile tamamlanır. Bu bağlamda, kesintisiz suçların oluşması için iki şart gerekmektedir: a) ihlalin belli bir zaman sürmesi, b) ihlalle ortaya çıkan tehlikeli ya da zararlı durumun failin iradi hareketiyle sona erdirilmesi gerekir. Kesintisiz suçun klasik örnekleri olarak, kişi özgürlüğünden yoksun bırakma (YTCK. md. 109) ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma³⁵ (YTCK. md. 220) verilebilir³⁶.

4. Son Bulma (Tükenme) Anı

Doktrinde suçların tamamlanma ile son bulma anlarının farklı olduğu belirtilmiştir. Son bulma (tükenme), suçun tamamlanmasını da içine alan geniş bir kavramdır³⁷.

Son bulma, kronolojik olarak ele alındığında suçun tamamlanmasını izleyen bir andır. Daha önce ifade edildiği gibi, tamamlanma anı kanuni tipte belirtilen suçun varlığı için gerekli ve yeterli unsurların gerçekleştirildiği andır³⁸. Son bulma ise, tamamlanmış suçun somut ağırlığının en ileri derecesine ulaşmasıdır. İşte, suçun son bulmasıyla “iter criminis” kapanmakta, sona ermektedir. Bunun ötesinde bir

³⁵ Kesintisiz şekilde işlenen örgütlü suçlara ilişkin geniş bilgi için bkz. SANCAR, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 141 vd.

³⁶ MANTOVANI, s. 406-407; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 413; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 501; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 525; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 553; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 488-490; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 250.

³⁷ SANTORO, Arturo, *Manuale di Diritto Penale I*, Torino 1958, s. 443 (**Manuale di diritto penale**).

³⁸ RANIERI, s. 346; MEZGER, s. 397.

aşamanın varlığı söz konusu değildir³⁹. Örneğin, ilk bıçak darbesiyle yaralama suçu tamamlanmaktadır, birden fazla bıçak darbesi tamamlanmanın ötesinde yaralama suçunu tüketmektedir⁴⁰.

Tamamlanma ile son bulma anları bazen çakışabilir. Örneğin, tabancanın yalnızca bir el ateşlenmesiyle kişinin yaralanması olayında, yaralanma suçu hem tamamlanmış, hem de son bulmuştur. Ancak, bunu her suç ipotezi için söylemek mümkün değildir. Bazen de, suçun tamamlanması ile son bulması çakışmamaktadır. Örneğin, birden fazla el ateş edilerek gerçekleştirilen yaralama olayında, ilk el ateşle suç tamamlanmakta, son el ateşle de son bulmaktadır⁴¹.

Tamamlanma anıyla suç gerçekleştirilmiş olur, ancak bazen suç işlenirken gerekli ve zorunlu unsurlar dışında kalan bir etken, fiile verilecek cezaî müeyyideyi etkileyebilir. Suçun talî unsurları arasında sayılan ağırlaştırıcı nedenler, suçun varlığını değil, sadece somut cezanın saptanması sırasında yargıcın değerlendirilmesini etkiler. Bu olasılık, klâsiklerin kabul ettiği ve belirttiği gibi, suçun son bulma anına tesir etmez. Bu ipotezde, failin amaçladığı fiilin gerçekleştirildiği anda suç tamamlanır. Bu durum, ne objektif açıdan suçun maddî unsurunu etkiler, ne de sübjektif açıdan failin suç işleme eğiliminde, suçun manevî unsurunda bir değişiklik yaratır⁴².

³⁹ MANTOVANI, s. 405; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 496; FLORIAN, **Procedura penale**, s. 437; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 488.

⁴⁰ NAPPI, s. 442; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 496; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 488.

⁴¹ MANTOVANI, s. 405; DELPINO, s. 380.

⁴² ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 413.

O halde, fail icraya başladıktan sonra, hareket, ya teşebbüs aşamasında kalır ya da tamamlanır. Tamamlanma anıyla birlikte suç oluşur veya bunun da ötesinde suçun somut ağırlığına ulaşılır ve suç sona erer⁴³.

Çeşitli kurumlara göre, suçun işlendiği zamanın belirlenmesi farklılık göstermektedir. Bazen fiilin tamamlandığı zaman (kanunların birbirini izlemesi, isnat edilebilirlik, genel af, tekerrür gibi...), bazen de suçun sona erme anı (zamanaşımı, suçun işlendiği yerin belirlenmesi gibi...) kriter olarak alınmaktadır⁴⁴.

II. TEŞEBBÜSÜN HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. TEŞEBBÜS KAVRAMI

Eski Roma Hukuku'nda teşebbüs kavramı düzenlenmemiş, tamamlanmış suç ile tamamlanmamış suç arasındaki farka yer verilmemişti. Bu hukuk düzeninde, sonucun gerçekleştirilememesinin tamamlanmış suç gibi aynı cezaya çarptırıldığı görülmektedir⁴⁵. Bu kavram, ilk kez Ortaçağ hukukçuları tarafından tanımlanmıştır. Bu hukukçular, teşebbüsün özünü, düşünmek (cogitare), eylem yapmak (agere) ve tamamlanamamak (sed non perficere) olarak ifade etmişlerdir⁴⁶. Daha anlaşılır bir

⁴³ MAGGIORE, s. 443.

⁴⁴ MANTOVANI, s. 406; BONINI, Giotto, "Momento del commesso reato", Riv. Pen. 1935, s. 1121; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 503-504; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1990**, s. 229; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 406.

⁴⁵ SANTORO, Arturo, "Tentativo – Diritto Penale", In Noviss. Dig. Ital., Vol. XVIII, 1971, s. 1135 (**Tentativo**).

⁴⁶ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 412-413; MANTOVANI, s. 408; SANTORO, **Manuale di diritto penale**, s. 450; MEZGER, s. 394; BELTRANI, s. 5.

tanımla, fail, bir suçı gerçekleştirmek ister, kararı doğrultusunda harekete geçer ancak iradesi dışında bağımsız bir nedenle amacına ulaşamaz⁴⁷.

Teşebbüs, bir suç işleme kastını gerektirir. Ancak, irade alanında teşebbüs, suçun tamamlanmasının geciktirilmesi değildir. Zira, teşebbüs sübjektif açıdan (manevî unsur) tamamlanmıştır, eksiklik objektif yönden kendini gösterir; çünkü kanun koyucu tarafından tanımlanan normda suç ipotezi kısmen gerçekleşmiştir⁴⁸. Teşebbüsün varlığından söz edebilmek için, herşeyden önce fail tarafından gerçekleştirilmiş bir hareket olmalıdır. Hareket, bir veya birden çok davranışın bir araya gelmesiyle dış dünyada somutlaşabilir⁴⁹. Ancak, teşebbüs halinde, tamamlanmış suçun maddî veya şeklî olmasına göre sonuç ya da hareket kısmında bir eksiklik söz konusudur⁵⁰. Teşebbüs durumunda failin, suçun varlığı için asgarî ölçüde gerekli unsurların oluşmasından önce iradesi dışındaki bir engelle durdurulması gerekmektedir⁵¹.

Birçok ceza kanunu, teşebbüs derecesinde kalan suç ile tamamlanmış suç arasında cezalandırma kurumu açısından fark olduğunu gözetirler. Bu nedenle,

⁴⁷ SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 499.

⁴⁸ CARRARA, Francesco, “Grado nella forza fisica del delitto”, Opuscoli di Diritto Criminale, Vol. I, Prato 1878, s. 349 (**Grado nella forza fisica**); ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 414; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 252; RIZ, Roland, Lineamenti di Diritto Penale, PG., Cedam, Padova 2000, s. 342; CAVALLO, Vincenzo, Diritto Penale, PG., Vol. 2, Napoli 1955, s. 732 (**Parte generale**); RANIERI, s. 355; SANTORO, **Manuale di diritto penale**, s. 450-451; DELOGU, Tullio, “La struttura del reato tentato”, Ann. di dir. e proc. pen., 1937, s. 556; ALBAMONTE, A., “L’estensibilità delle circostanze al delitto tentato”, La Giust. Pen., (Parte seconda) 1973, s. 239; RAMACCI, s. 467.

⁴⁹ SINISCALCO, Marco, La Struttura del Delitto Tentato, Milano 1959, s. 62 (**La struttura del delitto tentato**).

⁵⁰ SALTELLI, Carlo – ROMANO-DI FALCO, Enrico, Commento Teorica-Pratico del Codice Penale, Vol. I, Roma 1956, s. 376; ALBAMONTE, s. 240.

⁵¹ FLORA – TONINI, s. 123.

teşebbüs derecesinde kalan suça verilen ceza, tamamlanmış suça oranla daha hafiftir⁵².

Tipik fiilin tamamlanamaması iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Bazen, suçu gerçekleştirmeye yönelik hareketler sonuna kadar götürülemez; örneğin, hırsızın kapıyı kırıp eve girmeye çalışırken polis tarafından yakalanması durumunda, icra hareketleri tamamlanamamıştır. Bazen de, fail icraî faaliyetlerini sonuna kadar götürmesine rağmen, suçun varlığı için gerekli olan sonucu gerçekleştiremez. Örneğin, bir kimseyi öldürmek amacıyla tabancayla ateş edilmesi, ancak kurşunun isabet etmemesi durumunda, fail icra hareketlerini tamamlamasına rağmen sonuç gerçekleşmemiştir. Her ne kadar YTCK. bu ayırımı kaldırmış olsa da, ilk ipotezde teşebbüs eksiktir, bu nedenle “eksik teşebbüs”; ikincisinde ise tamdır, dolayısıyla “tam teşebbüs” söz konusudur. Teşebbüsün iki şekli oluşumu açısından düşünüldüğünde, tam teşebbüsün eksik teşebbüse göre ikinci bir aşamayı oluşturduğu görülür⁵³. Nitekim, ilk aşamada suçun icrası kısmen gerçekleştirilmekte, ikinci aşamada ise icra hareketleri tamamlanmakta ancak sonuç gerçekleşmemektedir⁵⁴. Anlaşılacağı üzere, teşebbüs aşamasında iki farklı şeklin ortaya çıkması, failin iradesi dışında meydana gelen bir nedenle değil, suç yolunun hangi aşamada yarıda bırakıldığı ile ilgilidir. Şüphesiz ki, ortaya çıkan tesadüf

⁵² MANZINI, Vincenzo, Trattato di Diritto Penale Italiano, Vol. II, Torino 1981, s. 474 (**Trattato di diritto penale**); BATTAGLINI, Giulio, Diritto Penale, PG., Padova 1949, s. 421 (**Parte generale**); SANTORO, **Manuale di diritto penale**, s. 453; ROMANO-DI FALCO, Enrico, Manuale di Diritto Penale, Roma 1957, s. 149; ALIMENA, Bernardino, “Ricerche intorno alla nozione del tentativo”, Riv. Pen., A. XXII, Vol. XLIII, Torino 1896, s. 534; IMPALLOMENI, G. B., Istituzione di Diritto Penale, Torino 1921, s. 342; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 413; RIZ, s. 343.

⁵³ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 415; MANTOVANI, s. 417-418; ALEO, Salvatore, Il Sistema Penale, Milano 2004, s. 120-121; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 252; VANNINI, Ottorino, Lineamenti di Diritto Penale, PG., Firenze 1933 (XI), s. 162 (**Diritto**); DELPINO, s. 381-382.

⁵⁴ ALIMENA B., s. 536.

neden, icranın tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini engelleyecektir. Bu bağlamda, her iki şekil de, teşebbüsün farklı görünümü olarak dış dünyaya yansımaktadır. Hem eksik hem de tam teşebbüs, ortak unsurlara sahiptir. Failin suç işleme niyetiyle hareket etmesi, her iki ipotezde de elverişli hareketlerle doğrudan icra hareketlerine başlanması ortak unsurlardır. Bunların yanında, suçun, failin hareketleri dışındaki bir nedenle tamamlanamaması gerekir. Failin iradesinden hariç bir nedenin ortaya çıkması ve suç yolunda ilerlemenin imkânsız hale gelmesi anı, iki ipotezi birbirinden farklılaştırmaktadır⁵⁵. Nitekim, her iki ipotezin diğer bütün unsurları ortak olmasına rağmen, eksik – tam teşebbüs arasında icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmaması hususunda bir farklılık söz konusudur⁵⁶.

O halde, denilebilir ki, suç yolunda belli bir yol katedildikten sonra suçun gerçekleşmesi için gerekli olan hareketlerin tamamlanıp tamamlanmamasına göre, teşebbüsün ağırlığı değişmektedir⁵⁷. Nitekim eksik teşebbüse nazaran tam teşebbüse daha ağır ceza verilmesinin nedeni, failin suçun tamamlanmasına daha yakın olması, bir başka ifadeyle korunan menfaati daha fazla tehlikeye düşürmesidir⁵⁸.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan eksik – tam teşebbüs ayırımına, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmemiştir⁵⁹. Kanunun gerekçeli

⁵⁵ MASSARI, Eduardo, *Le Dottrine Generali del Diritto Penale*, Napoli 1930, s. 167 (**Le dottrine generali del diritto penale**); CASSIANO, Alberto, “Del tentativo punibile”, *Riv. Pen.*, A. LXXXV, 1950, s. 370.

⁵⁶ VANNINI, Ottorino, “La dottrina del “delitto mancato” ”, *Riv. Pen.*, A. XLIX, s. 513 (**Delitto mancato**).

⁵⁷ MASSARI, **Le dottrine generali del diritto penale**, s. 165; CASSIANO, s. 371-372.

⁵⁸ BETTIOL, Giuseppe – MANTOVANI, Luciano Pettoello, *Diritto Penale*, PG., Padova 1986, s. 620-621; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 533; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 561-562; ALIMENA B., s. 535; CASSIANO, s. 371-372; IMPALLOMENI, s. 357-358.

⁵⁹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kaynağını teşkil eden 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nda da –ki esası, Fransa'da hâlâ yürürlükte olan Napolyon Kanunu'ndan alınmıştır– eksik ve tam teşebbüs

metninde, bu ayırımın kaldırılmasındaki neden, cezanın belirlenmesinde her olaya uygulanabilen, objektif bir ölçünün bulunmayışı olarak ifade edilmiştir. Tamamlanamayan bir fiilden dolayı ceza verilirken dikkate alınacak kriter ise, o ana kadar yapılan hareketten doğan zararın ve tehlikenin ağırlığıdır⁶⁰. Kanunun bu ifadesinin de isabetli olduğu söylenemez. Çünkü teşebbüste sonuç gerçekleşmediğinden, zararın ortaya çıkması mümkün değildir. Bu ifadenin yerine, “korunan hukukî menfaatin maruz bırakıldığı tehlikenin ağırlığına göre” ibarelerinin kullanılması ve cezanın bu kritere göre belirlenmesi daha uygun olurdu. Teşebbüste bir zarar potansiyeli söz konusudur⁶¹. Gerekçeye göre, bir olayda icra hareketleri tamamlanmamasına rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlikenin, icra hareketlerinin bitmesinden sonra meydana gelen zarar veya tehlikeden daha ağır olabileceği belirtilmiştir ve özellikle bu durumun silahla işlenen ve tekrarlanan hareketlerle gerçekleştirilmek istenen adam öldürme suçunda söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Kanun koyucu, bu fikrini de örnekle açıklamaya çalışmıştır. Açıklamada, tabancadaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen failin, icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye “eksik teşebbüs”ten, buna karşılık silahındaki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettirememesi durumunda ise icra

ipotezleri ayrı maddelerde düzenlenmişti. Ancak 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu ile eksik – tam teşebbüs ayırımı terkedilmiştir. Geniş bilgi için bkz. DEL CORSO, Stefano, “Il tentativo nel Codice Zanardelli”, Riv. it. di dir. e proc. pen., Vol. II, 1990, s. 955 vd.

⁶⁰ Kanunun gerekçesinde “fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı”ndan bahsedilmektedir. Ancak “*fiil*”, hareket – sonuç – nedensellik bağından oluşan üç alt unsurun bütünüdür. Oysa, teşebbüs derecesinde kalan suç ile tamamlanmış suç arasındaki fark, fiil bakımından ortaya çıkmaktadır. Çünkü teşebbüs derecesindeki suçlarda her halde sonuç unsuru eksiktir. Bu nedenle gerekçede terminolojik olarak fiil kavramı yanlış kullanılmıştır; yerine “hareket” kavramının kullanılması gerekmektedir. Gerekçe için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 464 vd.; ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Genel Hükümler, C. I, Ankara 2005, s. 394-395.

⁶¹ “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu – II, TBB., 2004, s. 298.

hareketleri bittiği gerekçesiyle “tam teşebbüs”ten sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Ancak açıktır ki, ne gerekçe ne de verilen örnek doğrudur. İlk olarak, kanun koyucu icranın tamamlanması ile icra hareketlerinin tekrarlanmasını karıştırmaktadır. Somut örnekte, tek kurşunun atılmasıyla icra hareketleri tamamlanmıştır, failin birden fazla ateş etme imkânına sahip olması suçun tamamlanma anını değiştirmez.

Kanaatimizce, kanun koyucu her ne kadar eksik – tam teşebbüs ayırımını kaldırmışsa da, zarar veya tehlikenin derecesini belirlerken yine icra hareketlerinin hangi aşamada yarıda kesildiğini tespit etmek zorundadır⁶². Uygulayıcıların zarar veya tehlikenin derecesini belirleme zarureti, teşebbüs derecesinde kalan suçlara verilecek cezaları saptama hususunda önem arz etmektedir. Gerçekten de,

⁶² Aynı görüş için bkz. ÖZBEK, s. 407; ÖZBEK, Veli Özer – BACAKSIZ, Pınar – DOĞAN, Koray, Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 251.

Yargıtay da bu konuda vermiş olduğu kararlarında, cezayı zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirlemektedir.

1. CD., T. 13.07.2006, E. 2006/578, K. 2006/3189: “*Sabri’yi kasten öldürmeye tam derecede teşebbüsten sanık İrfan’ın yargılanması sonunda;.....5237 sayılı Yasa’nın 35/2. maddesinde “suça teşebbüs halinde fail meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre,.....müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan, onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...” şeklinde düzenleme bulunduğu göre; sanık hakkındaki cezadan teşebbüs nedeniyle indirim yapılırken; mağdurun toplam 16 bıçak darbesi ile hayati tehlike geçirecek ve 45 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığı, bunlardan iki tanesinin öldürücü nitelikte olduğu, mağdurun akciğerine bıçak isabet ettiği göz önüne alındığında, meydana gelen zararın ağırlığı ile orantılı, ceza adaletini sağlayacak düzeyde bir indirim yapılması gerekirken, yazılı şekilde ortaya çıkan zararlar orantılı düşmeyecek şekilde azami oranda indirim yapılması, yasaya aykırı olup.....” YKD., C. 32, S. 12, Aralık 2006, s. 1969.*

1. CD., T. 16.5.2006, E. 2005/4566, K. 2006/1985: “*Sanığın, bıçakla müdahile altı kez vurduğu, bu yaralardan ikisinin hayati tehlike doğuracak nitelikte bulunduğu dikkate alınarak, TCK. 35/2 maddesinin uygulanmasında cezanın asgari haddi uzaklaşarak tayini gerekir”.* YKD., C. 33 (XXXIII), S. 1, Ocak 2007, s. 158.

1. CD., T. 12.10.2005, E. 2004/2496, K. 2005/2822: “*Semra’yı kasten öldürmeye tam derecede teşebbüsten ve konut dokunulmazlığını bozmaktan sanık Selim’in yapılan yargılaması sonunda:*

Başkası ile evli bulunan sanığın, akrabası ve komşusu olup suç tarihinde 16 yaşında bulunan mağdureyi, eşinin üzerine kuma olarak almak istediği, buna rıza göstermeyen mağdureyi istediğini yapmadığı takdirde vurup sakat bırakacağı yolunda sözler sarfettiği, mağdurenin teklifin reddi kararında ısrarı üzerine sanığın otomatik av tüfeğini alarak.....yakın mesafeden bir kaç el ateş ettiği ve onu.....120 gün mutad işgaline engel olacak surette yaraladığının oluş ve kabulden anlaşılmasına, otomatik av tüfeği gibi öldürücü etkisi kuşkusuz bulunan silahla yakın mesafedenyapılan atışlarda sanığın adam öldürmeye teşebbüsten tecziyesi gerekirken,.....suça yaralama vasfı verilmesi.....bozmayı gerektirdiğinden.....” YKD., C. 31, S. 11, Kasım 2005, s. 1809-1810.

uygulayıcılar, hareketin durdurulma anına kadar ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, alt ve üst sınır arasında bir ceza tespit edecektir. Yargıtay'ın da uygulamaları bu yöndedir⁶³.

Her ne kadar kanun teşebbüsün iki şeklini tek bir hüküm altında toplasa ve tek bir ceza belirlese de, uygulamada bu farklılığın bertaraf edilmesi mümkün değildir⁶⁴. Bu ayırım, gerek teşebbüs halindeki cezanın saptanmasında, gerekse daha sonraki bölümlerde inceleyeceğimiz gönüllü vazgeçme kurumunda yine gündeme gelecektir⁶⁵. Nitekim, İtalyan Ceza Kanunu'nun (İCK) 56. maddesinde teşebbüsün, ya icra hareketleri tamamlanmadığı ya da sonucun gerçekleşmediği hallerde ortaya çıkabileceği belirtilmiştir.

Suçta ve cezada kanunîlik ilkesi gereği, fiil ancak suç tipinde öngörölmüş sonucun gerçekleşmesi halinde cezalandırılabilir. Yani, suç, soyut ipotezde öngörölen tüm unsurların gerçekleşmesi ile tamamlanır. Teşebbüs derecesinde kalan bir suç tamamlanmadığından, özel kısımda yer alan suç tipine uygun değildir. Örneğin, hırsızlık suçu, taşınabilir bir malın, kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak amacıyla, mağdurun rızası olmadan bulunduğu yerden alınması ile tamamlanır. Hırsızlığa teşebbüs etme, kanunda yer alan tipik fiile uygun

⁶³ **1. CD. T. 2006, E. 2006/4652, K. 2007/1193** “...Oluş ve kabul ve dosya içeriğindeki delillere göre, olay günü sanığın eskiden beri husumetli olduğu mağdura ait aracın yolu kapatmasına sinirlendiği, tabancasıyla ateş ederek, mağdurun bir tanesi baş bölgesinden, iki tanesi bacaklarından isabetle,.....öldürmeye teşebbüs eyleminde, temel cezadan sonra 5237 sayılı TCK'nun 35. maddesi uyarınca yapılan uygulama sırasında mağdura meydana getirilen tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak üst sınıra yaklaşarak ceza tayini gerekirken yazılı şekilde eksik ceza verilmesi,.....” www.adalet.org/cbckran.php?id=4631, Atf tarihi: 14.4.2007.

⁶⁴ VASSALLI, Giuliano, “La disciplina del tentativo”, Scritto Giuridici, Vol. I, Milano 1997, s. 629; SABATINI, s. 279; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 533; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 562; BETTIOL – MANTOVANI, s. 621; CASSIANO, s. 370-371; HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, www.zekihafizogullari.com, Atf tarihi: 2.5.2007, s. 319-321,

⁶⁵ VASSALLI, s. 639; CAVALLO, Vincenzo, *Il Delitto Tentato*, Napoli 1934, s. 88 (**Il delitto tentato**).

olmadığından, cezalandırma alanı dışında kalmaktadır⁶⁶. Buna karşın, hukukî değerler sadece tamamlanmış suçlarla gerçekleştirilen ihlallere karşı değil, tamamlanamayan suçlara karşı da korunmalıdır. Teşebbüs halinde de sosyal düzen bozulmaktadır ve cezalandırılması gerekmektedir. İşte, bu hareketler, ceza kanunlarının genel kısmında yer alan açık hüküm sayesinde cezalandırılabilir. Bu bağlamda, ceza kanunlarında suça teşebbüsün cezalandırılacağına ilişkin hükümler olmasaydı, soyut ipotez tamamlanmadığından bu hareketleri cezalandırmak mümkün olmayacaktı⁶⁷.

O halde, teşebbüsün hukukî niteliğinin nasıl saptanacağı konusu büyük önem taşımaktadır.

B. TEŞEBBÜSÜN BAĞIMSIZ BİR SUÇ OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Doktrinde bazı yazarlar, teşebbüsün özel kısımda düzenlenmesi gereken bağımsız bir suç olduğu görüşünü savunurlar.

Bu görüşte olanlardan PAOLI, teşebbüsün bağımsız bir suç olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: Kolsuz bir insan, vücudunun bir parçası kopmamış insana göre eksiktir, ancak yine de insandır⁶⁸. VANNINI de, aynı görüş doğrultusunda düşüncelerini belirtmiştir. Yazar bir benzetme yaparak, siyahın beyaz, beyazın da

⁶⁶ BETTIOL, *Parte generale* 1976, s. 531; BETTIOL, *Parte generale* 1982, s. 559; BETTIOL – MANTOVANI, s. 618.

⁶⁷ ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 415-416; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 472; BETTIOL, *Parte generale* 1976, s. 531-532; BETTIOL, *Parte generale* 1982, s. 559-560; BETTIOL – MANTOVANI, s. 618; FLORIAN, *Procedura penale*, s. 440; FLORIAN, *Diritto penale*, s. 641; TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 255-256; EREM, s. 321; ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara 1967, s. 60 (*Suçun Unsurları*); SÖZÜER, s. 45-46; İÇEL, Kayıhan – AKINCI, Füsün Sokullu – ÖZGENÇ, İzzet – SÖZÜER, Adem – MAHMUTOĞLU, Fatih S. – ÜNVER, Yener, *Suç Teorisi*, İstanbul 2000, s. 299-300 (*İÇEL ve diğerleri*); EREM – DANIŞMAN – ARTUK, s. 293; DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 384.

⁶⁸ PAOLI, Giulio, *Il Diritto Penale*, Padova 1930 (naklen, SCARANO, Luigi, *Il Tentativo*, Napoli 1952, s. 224).

siyah olmadığı gibi, “suça teşebbüs” veya “teşebbüs edilmiş suç” ifadelerinin de aynı anlamda kullanılmasının doğru olmadığını ifade etmiştir. O halde, fiil, tam suçsa, teşebbüs edilmiş suç değildir. Bir başka ifadeyle, bir insan fiili, suça teşebbüsü oluşturursa, bu tam suç değildir, ancak eksik de olsa bir suçtur⁶⁹. Yazarın, özellikle vurguladığı nokta, suç ile teşebbüs edilmiş suçun birbirinden bağımsız kanuni tipler olduğudur.

Bu görüşe göre; teşebbüs hükümleri, tamamlanmış suç tiplerini oluştururlar. Teşebbüs, kanunda öngörülen gerekli unsurlara sahip bir fiildir. Bu anlamda, ceza öngörülen hukukî sonucu ortaya koymakta ve tamamlanmış suç sayılmaktadırlar⁷⁰.

Bu görüşün bir diğer savunucusu olan SCARANO'ya göre; tamamlanma ile teşebbüs kavramları iki farklı dünyayı oluşturmaktadır. Birincisinde, korunan menfaat ihlale uğramakta; ikincisinde ise, menfaate karşı potansiyel bir tehlike söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda, teşebbüs normatif anlamda tamamlanmış suçun bir kesiti, bir parçası değildir, kendine özgü bir özerkliğe sahiptir. Teşebbüs derecesinde kalan suç ile tamamlanmış suç arasında yalnız nicelik değil, nitelik farkı da vardır⁷¹.

Teşebbüs hükümlerinin genel kısımda düzenlenmesinin nedeni, farklı suç tiplerine ilişkin olmasıdır. Teşebbüsün diğer suçlarla bağlantısını oluşturan esas nokta, niyet ve sonuçtur. Ancak, teşebbüs tamamlanmış suç gibi, kendine özgü niteliğe sahip bağımsız bir suç oluşturmaktadır⁷².

⁶⁹ VANNINI, Ottorino, “Tentativo di reato e reati di tentativo”, Riv. Pen., Vol. 79, 1914, s. 610 (**Tentativo di Reato**).

⁷⁰ Görüş için bkz. PETROCELLI, s. 9.

⁷¹ SCARANO, s. 117, s. 225.

⁷² SCARANO, s. 225.

SCARANO'ya göre; teşebbüse ilişkin hükümler, ne tamamlayıcı ne de hafifletici niteliğe sahiptir. Nitekim, teşebbüs edilen suçun cezalandırılabilmesi için, suçun tamamlanmış şekli için öngörülen norma başvurmak gerekli değildir. Örneğin, adam öldürmeye teşebbüsün cezalandırılabilmesi için, tipik fiile ilişkin normu, yani adam öldürme suçunu oluşturan normu esas alma ihtiyacı duyulmamalıdır. Zarar doğuran fiil, teşebbüsün cezalandırılması için yeterlidir⁷³.

Yazar, teşebbüs hükümlerinin tamamlayıcı niteliğini kabul etmemekle, onların cezaî sorumluluk alanını genişlettiği ipotezini de reddetmektedir. SCARANO, her ne kadar, teşebbüsün tamamlanmış suça göre daha az ceza ile cezalandırıldığı görüşü ileri sürülse de, salt bu değerlendirmeyle, teşebbüsün cezaî sorumluluğun alanını genişlettiği anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir. Bu nedenle, yazara göre; sorunun esası tespit edilmek istenirse, cezalandırmanın genişlemesi tamamlanmış suça ilişkin normla değil, teşebbüse ilişkin hükümlerle açıklanmalıdır. İşte bu hükümdür ki, teşebbüs halinde kalan fiillerin cezalandırılmasını sağlar. Aksi takdirde, bu fiiller her hukuk düzeninde cezalandırılmadan kurtulabilirler⁷⁴.

GULLO'ya göre ise; teşebbüs kendine özgü (sui generis) bir suç oluşturmaktadır. Fail hedeflediği sonuca nedensellik açısından elverişli bir şekilde yönelmesine rağmen, suçlu iradesinin dış dünyadaki göstergesi olan maddî unsur tamamlanamamaktadır. Ancak kanun koyucu, tamamlanmamış bir hareketi veya gerçekleşmemiş bir sonucu cezalandırmaktadır. O halde, teşebbüs kendine özgü bir nitelik taşımaktadır. Yazar, teşebbüsün sui generis niteliğini özellikle vurgulamakta

⁷³ SCARANO, s. 227.

⁷⁴ SCARANO, s. 227.

ve tamamlanmış suçtan farklı olduğunu savunmaktadır. Bunun nedeni, teşebbüs şayet tamamlanmış bir suç olarak kabul edilirse, diğer tüm suçlarda olduğu gibi kurucu unsurlara sahip olmalıdır. Oysa ki, teşebbüste sonuç unsuru eksiktir. İşte teşebbüsün kendine özgü yapısıyla, bu sorunu bertaraf etmek mümkündür⁷⁵.

Bununla birlikte teşebbüs, bir tehlike suçu değildir. Zira, bu suçlar için kurucu unsur sayılan tehlike sonucu, teşebbüste söz konusu değildir. Ancak, tehlike suçları ile teşebbüsün korunan menfaat için oluşturduğu tehlikeyi birbirinden ayırmak gerekmektedir. Tehlike suçlarında, kanun koyucu cezalandırma için fiilin tehlike sonucunu doğurmasını yeterli görmektedir. Oysa ki, teşebbüste herhangi bir sonuç yoktur, sadece tamamlanmamış bir suça ilişkin bir tehlike söz konusudur⁷⁶.

C. TEŞEBBÜSÜN ASIL SUÇU TAMAMLAYICI BİR SUÇ OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Teşebbüsü düzenleyen hükümler genel nitelikli hükümlerdir. Bu hükümlerin en önemli özelliği, tek başlarına bir anlam ifade etmemeleridir. Söz konusu hükümler, ancak özel kısımda tanımlanan suç tipleriyle birlikte hayat bulurlar. Nitekim, ceza kanunlarında başlıbaşına bir teşebbüs suçu yoktur, tamamlanmış bir suç tipini gerçekleştirmeye teşebbüs etmek mümkündür. Bu bağlamda, bağımsız bir “teşebbüs suçu”ndan bahsedilemez, aksine özel kısımda düzenlenmiş olan bir suç tipine teşebbüs etmek kabul edilmektedir⁷⁷.

⁷⁵ GULLO, Luigi, “Profili di un criterio diagnostico della idoneità degli atti nel delitto tentato”, La Giust. Pen. 1950, s. 482 vd.

⁷⁶ GULLO, s. 484; GIULIANI -BALESTRINO, Ubaldo, Il Delitto Tentato, Milano 2002, s. 54-55 (II delitto tentato).

⁷⁷ FIORE, **Parte generale**, s. 45-46; BETTIOL – MANTOVANI, s. 619; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 531-532; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 560-561; LEONE, Francesco, “Gli atti punibile a titolo di tentativo”, Riv. Pen. 1957, s. 343; PALAZZO, Francesco, Corso di Diritto Penale, PG.,

Doktrinde teşebbüs hükümleri “çerçeve hüküm” olarak da nitelendirilmektedir. Bahse konu hükümlerin, özel kısımda düzenlenmiş suçların tamamlanamamasıyla ilgili olarak içinin doldurulması gerekmektedir. Bunlar yalnızca çerçeveyi çizer, ki kanunumuzdaki düzenlemede bir suç tipine teşebbüs etmenin cezalandırılabilmesi için elverişli hareketlerle icraya başlama koşulları öngörülmektedir. O halde, teşebbüs hükümleri suç tiplerinin tamamlanamaması durumunda, cezalandırılabilmelerinin sınırlarını çizen bir çerçeve konumundadırlar⁷⁸.

Teşebbüs derecesinde kalan bir suç tipi, iki normun birleşmesinden ortaya çıkmaktadır. Teşebbüs ile ilgili hüküm yardımcı (talî) norm niteliğindedir ve esas normun cezalandırılabilme alanını genişletici bir karakter taşımaktadır. Bu bağlamda, talî normun genişleteceği esas bir normun varlığı şarttır. Nitekim, aslî norm ve talî norm bir araya gelerek yeni bir suç türü doğururlar. Bu suç türü, aslî normda öngörülen suçun adını taşımasına rağmen, asıl suçtan özerk bir niteliğe sahiptir. Bir başka ifadeyle, teşebbüs edilen suç adını esas suçtan alır, tamamlanmış suçun ismini değiştirerek o suça teşebbüsü oluşturur. Teşebbüs, her suç tipinin kendine özgü karakterine göre farklı bir biçimde dış dünyada somutlaşabilir⁷⁹. O halde, teşebbüs hükümlerini düzenleyen normlar ikincil niteliktedir, suç tiplerinin

Torino 2005, s. 455-457; SINISCALCO, **Tentato**, s. 22; RAMACCI, s. 445; SÖZÜER, s. 46; **İÇEL ve diğerleri**, s. 300; ÖZGENÇ, s. 467.

⁷⁸ RAMACCI, s. 463.

⁷⁹ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 416; MANTOVANI, s. 410-411; PULITANÒ, Domenico, *Diritto Penale*, Torino 2005, s. 472; MANZINI, **Trattato di diritto penale**, s. 475; FIORE, Carlo, *Il Reato Impossibile*, Napoli 1959, s. 63-64 (**Reato impossibile**); GUADAGNO, Gennaro, *Manuale di Diritto Penale*, PG. e PS., Roma 1962, s. 301; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1990**, s. 230-231; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 409; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 414-415; SOYASLAN, Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara 1994, s. 52, s. 55; DEMİRBAŞ, s. 384.

düzenlendiği normları tamamlayıcı özelliğe sahiptirler⁸⁰. Örneğin, adam öldürmenin teşebbüs derecesinde kalması olayında, failin bu hareketi adam öldürmenin kanunî tarifine uymamaktadır. Bu nedenle talî bir norma ihtiyaç duyulmaktadır. İşte, adam öldürme normu (YTCK. md. 81 vd.) aslî, cezalandırma alanını genişleten ve esas normu tamamlayan norm ise talî niteliktedir. Teşebbüs hükümleri, tamamlayıcı ve cezalandırma bakımından da genişletici özelliklere sahiptirler (YTCK. md. 35)⁸¹. Gerçekten de, teşebbüs hükümlerinin cezalandırılma alanını genişletmesi sayesinde, atipik olan filler cezalandırılmaktadır⁸².

D. TEŞEBBÜSÜN HAFİFLETİCİ BİR NEDEN OLDUĞU GÖRÜŞÜ

CARRARA'ya göre teşebbüs, tamamlanmış suçun bir kısmını oluşturmaktadır. Teşebbüste fiil, tesadüfî olarak ortaya çıkan neden dolayısıyla tamamlanamadığından, bu durum bir hafifletici neden olarak öngörülmektedir. Nitekim, teşebbüsün cezalandırılmasında uygulanan ilk kural, tamamlanmış suç için öngörülen cezadan belli bir oranda indirim yapılmasıdır. Teşebbüs, doğrudan işlenmek istenen suçun bir derecesini ortaya koymaktadır. Bu derecenin hesaplanmasında, bütünün niceliği gözardı edilemez. Bir başka ifadeyle, kanun koyucu, soyut olarak, tamamlanmamış suçun cezasını belirlerken hata yapabilir. Ancak, tamamlanmış suçun cezasından belli bir oran indirerek, teşebbüs için bir ceza öngörebilir. O halde, CARRARA'ya göre, suç tamamlanamayıp teşebbüs

⁸⁰ BETTIOL – MANTOVANI, s. 619; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 532; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 561; PETROCELLI, s. 13; SALTELLI – ROMANO-DI FALCO, s. 376; SINISCALCO, **Tentato**, s. 28-29.

⁸¹ SANTANIELLO, Giuseppe, *Manuale di Diritto Penale*, Milano 1957, s. 177; PETROCELLI, s. 13-14.

⁸² BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 422.

derecesinde kaldığında, daha hafif bir ceza verileceğinden; teşebbüs tamamlanmış suçun hafifletici bir nedenini oluşturmaktadır⁸³.

E. DEĞERLENDİRME

Teşebbüs hükümleri, genel kısımda düzenlenmiştir. Özel kalkışma suçları hariç, bu hükümler, ancak özel kısımdaki suç tipleriyle birleşerek bir anlam ifade edebilirler. Teşebbüs hükümleri, özel kısımda düzenlenmiş bir suç tipiyle birleşerek, asıl suçun ismini taşımasına rağmen, ayrı bir suç türü oluştururlar. Örneğin, hırsızlık suçu özel kısımda düzenlenmiş bir suç tipidir. Hırsızlığa teşebbüs ise, asıl suç tipi ve teşebbüs hükümlerinin bir araya gelmesinden ortaya çıkmaktadır. O halde, bu hükümlerin asıl normu tamamlayıcı nitelikte oldukları kabul edilmelidir.

Bu bağlamda, teşebbüs tamamlanmış suça göre hafifletici bir neden değildir. Hafifletici neden, suçun varlığı için gereken unsurların dışında gerçekleşen sadece cezaî yaptırımı etkileyen tesadüfî bir nedendir⁸⁴. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da, hafifletici neden olabilir. Bu nedenler, suçun varlığını ya da yokluğunu etkilemeyen, aslî unsurlarla ilişkili olmayan, sadece yaptırımı etkileyen talî unsurlardır. Bununla birlikte, hafifletici nedenler suçta her zaman bir fazlalığı ifade ederken, teşebbüs bir azlığı göstermektedir⁸⁵.

Teşebbüsün hafifletici bir neden olmadığını düşünen MANZINI de, teşebbüsü tamamlanmış suçtan farklı ancak özel kısımda düzenlenen suçun ismini

⁸³ CARRARA, **Grado nella forza fisica**, s. 414; CARRARA, Francesco, *Programma del Corso di Diritto Penale*, PG., Vol. I, Firenze 1897, s. 315, dn. 1 (**Programma**); GREGORI, Isaia, “La specialità del fatto nel tentativo punibile”, *Ann. di dir. e proc. pen.* 1936, s. 250.

⁸⁴ BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 422.

⁸⁵ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 416; SELÇUK, s. 810-811; SOYASLAN, s. 52.

taşıyan ayrı ve özerk nitelikte bir kurum olarak değerlendirmektedir. Bunun yanında, yeni oluşan bu suç türünün, ayrı bir kavram ve ayrı bir cezaya tabi olduğu ifade edilmektedir⁸⁶. Teşebbüs tamamlanmış suçun bir parçası değildir, bilâkis suçun bütünlüğü içerisinde düşünüldüğünde onun oluşumunun bir aşaması, bir tamamlayıcısı olarak görülmektedir⁸⁷.

Teşebbüse ilişkin hükümler, failin özel kısımda düzenlenen bir suçun gerçekleştirmek üzere hareket etmesi, ancak sonucun gerçekleştirilememesi halinde uygulanmaktadır. Bu nedenle, icra hareketlerinin başlaması ancak sonucun meydana gelmemesi, teşebbüs derecesinde kalan suçların unsurlarını oluştururlar. Oysa, suçun etkileyen nedenler ise, suçun unsuru değildirler, suçun basit şekline eklenen ve cezanın ağırlaştırılmasına veya hafifletilmesine neden olan hallerdir⁸⁸.

Doktrinde, teşebbüsün suçun ortaya çıkış biçimi olarak kabul edilmesinin pratik sonucu, ceza belirlenirken görülmektedir. Şöyle ki, önce temel ceza belirlenmekte ve sonra teşebbüs hükümleri uygulanmaktadır. Daha sonra TCK. md. 61'deki sıra izlenerek ağırlatıcı ve hafifletici nedenler dikkate alınmaktadır⁸⁹.

III. TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILMA NEDENİ

A. GENEL OLARAK

Teşebbüsün cezalandırılması için, kanunlarda açık bir hükmün bulunması gerekmektedir. Nitekim suçta ve cezada kanunîlik ilkesi gereğince, suç ipotezinde

⁸⁶ MANZINI, **Parte generale**, s. 137.

⁸⁷ GUADAGNO, s. 302; MASSARI, **Le dottrine generale del diritto penale**, s. 173-174.

⁸⁸ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 105; SÖZÜER, s. 47.

⁸⁹ DÖNMEZER, Sulhi, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 2003, s. 120.

yer alan ve suça hayat veren unsurlar oluşmadığı sürece, teşebbüs derecesinde kalan herhangi bir fiili cezalandırmak mümkün değildir⁹⁰. Suçun kanunî zorunlu unsurları olan hareket ve sonuç kısmındaki eksiklik, suç ipotezinin tamamlanmadığını bize gösterir. Ancak genel kısımda yer alan teşebbüsle ilgili hüküm, suç ipotezine göre eksik kalan, daha doğru bir ifadeyle henüz suç yolu tamamlanamayan hareketleri de cezalandırma kapsamına almaktadır⁹¹. Doktrinde, kanun koyucuyu tamamlanmamış bir suçu cezalandırmaya götüren nedenin ne olduğu konusunda bir fikir birliğine varılamamıştır. Konuya sübjektif ve objektif bakış açılarından yaklaşan yazarlar vardır. Söz konusu teoriler ışığında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin, objektif ve sübjektif olarak iki grupta ele alınması isabetli olacaktır.

B. GÖRÜŞLER

1. Objektif Görüşler

a. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedenini Nedensellik İlişkisine Dayandıran Görüş

Nedensellik teorisi çerçevesinde ortaya konulan bu görüşün taraftarlarına göre; madem ki tamamlanmış suç için hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının varlığı zorunludur, o halde teşebbüs açısından da bu bağın bulunması koşuluyla, hareketin objektif açıdan tehlikeli olduğu kabul edilebilir. Doktrinde, tamamlanmış suçlar için gerçek nedensellik anlayışının yanında, gerçekleşmeyen sonuç bakımından da ikinci bir nedensellik anlayışının ortaya çıktığı ifade edilmektedir.

⁹⁰ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 415-416; ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 60; CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di Diritto Penale, Il Reato, V. I*, Milano 1943, s. 184 (**Lezioni di diritto penale**); GREGORI, s. 247.

⁹¹ DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 414.

İşte, söz edilen potansiyel nedensellik, suç tamamlanmasa dahi objektif bir tehlike yaratmakta ve bu tehlikelilik de teşebbüsün cezalandırılma nedenini oluşturmaktadır⁹².

Bu görüş, teşebbüsün cezalandırılma nedenini iki temel kavram ile açıklamaya çalışmaktadır. Bu kavramlardan ilki, suç sonucunu oluşturabilmesi bakımından “potansiyel nedensellik” değeri taşıyan hareketlerin objektif tehlikeliliği ve ikincisi de sonucu meydana getirebilecek elverişli hareketlerin tehlikeliliğidir⁹³.

Bu görüşe göre; hareketlerin tehlikeliliği somut olay sonrasında yapılacak ex post değerlendirme ile tespit edilmektedir. Bu yönde, somut olay sonrası failin suçu oluşturamayan hareketleri, sonuç bakımından potansiyel nedensellik değeri taşıyorlarsa, objektif tehlikelilikleri; taşıyorlarsa objektif tehlikesizlikleri kabul edilecektir⁹⁴.

Bu anlayış eleştirilmiştir. Potansiyel nedenselliğe karşı ileri sürülen eleştirilerde, sonucun oluşmadığı durumlarda kısmî bir nedensellikten bahsedilemeyeceği; objektif tehlike kavramının gerçekte varolmayan, varsayımsal bir nedensellik anlayışına dayandığı ve dolayısıyla gerçekte olmayan bir kavramın kabul edildiği belirtilmektedir⁹⁵. Bu anlamda, görüşün en çok eleştirilen yönü, hareketin potansiyel olarak doğurabileceği sonuçları, olay sonrası değerlendirirken kesin olarak ortaya koymakta güçlüklerle karşılaşılmasıdır. Bu güçlükleri aşmak için, objektif görüşü savunan yazarlar tarafından, hareketin gerçek etkilerinden

⁹² SÖZÜER, s. 50-51.

⁹³ SÖZÜER, s. 59.

⁹⁴ SÖZÜER, s. 51.

⁹⁵ SÖZÜER, s. 59.

soyutlanmış bir elverişlilik kavramı ortaya atılmış ve nedensellik çerçevesinde derecelendirilmiştir⁹⁶. Aynı şekilde, elverişli hareketlerin tehlikeliliğine karşı da eleştiriler yapılmıştır.

b. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedenini Hareketin Menfaat Üzerinde Yarattığı Tehlikeye Dayandıran Görüş

Yeni objektif teori⁹⁷ başlığı altında ortaya konulan bu görüş, uygun nedensellik anlayışına dayanmaktadır. Bu görüşe göre; teşebbüs normda korunan hukukî hak veya menfaat için tehlike oluşturmakta ve bu nedenle cezalandırılması gerekmektedir. Tamamlanmış suçta, failin kasıtlı gerçekleştirdiği hareketi sonucunda, normla korunan hukukî değerler ihlal edilmektedir. Oysa, suça teşebbüs durumunda, söz konusu ihlal zarar şeklinde değil, bir tehlike olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁸. Bu tehlike, işlenmek istenen suçun sonucunda ortaya çıkacak, ancak suçun tamamlanamaması nedeniyle korunan menfaat üzerinde yaratılmış olan zarar tehlikesidir. Bu bağlamda korunan menfaat üzerinde yaratılan, somut bir tehlikedir. Hareketi takiben zararlı bir sonuç elde edilememiştir, ancak korunan menfaat potansiyel bir zarara, bir tehlikeye maruz bırakılmıştır⁹⁹.

⁹⁶ SÖZÜER, s. 51.

⁹⁷ Görüşü savunanlar için bkz. PETROCELLI, s. 25 vd.; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 556; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 528; GIULIANI – BALESTRINO, **Il delitto tentato**, s. 4-5; MANTOVANI, s. 409; SÖZÜER, s. 149 vd.; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 407.

⁹⁸ PAOLI, Giulio, “Valore del danno nel tentativo”, Ann. di dir. e proc. pen. 1935, s. 671-672; GALLO, Ettore, “Reato impossibile per apparente consumazione”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1964, s. 1122; SANTORO, **Manuale di diritto penale**, s. 451; MORSELLI, **Il tentativo**, s. 129; MORSELLI, **Note in tema di delitto tentato**, s. 79; MORSELLI, **Condotta ed evento**, s. 36-37; ROMANO-DI FALCO, s. 148; CONTENTO, Gaetano, Corso di Diritto Penale, Vol. II, 1996, s. 410; GREGORI, s. 253 vd.; MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio, Diritto Penale, PG., Milano 2002, s. 291; CARNELUTTI, Francesco, “Tentativo di chiarire il concetto del tentativo”, Riv. it. di dir. e proc. pen., A. VI, 1953, s. 673 (**Tentativo**); RAMACCI, s. 459-460.

⁹⁹ BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 556; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 528.

Bu görüş, objektif tehlikeliliğin *ex ante* bakış açısıyla incelenmesi ve hareketlerin yapıldığı ana geri dönülerek, o andaki bilinebilen tüm şartların üçüncü kişilerce değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰⁰. Somut tehlike görüşüne göre elverişlilik kavramının açıklanmasına, ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak yer vereceğimizden, bu görüşün karşılaştığı güçlükleri bertaraf etmek amacıyla getirmiş olduğu yeniliği belirtmekle yetineceğiz.

Gerçekten de, teşebbüs derecesinde kalan suçta, failin suç işleme kastı tamamlanmış suçun manevî unsuru ile aynı olduğundan, farklılık objektif unsur üzerinde aranmalıdır. Teşebbüsün cezalandırılma nedeni, failin iradesinde değil, hareketin suç ipotezine uygun sonucu gerçekleştirebilmesi bakımından yaratmış olduğu tehlikede aranmalıdır¹⁰¹. Teşebbüsün cezalandırılma nedeninin temelinde, korunan hukukî menfaatin somut olarak tehlikeye maruz bırakılmış olması yatmaktadır. Bu nedenle, sözü edilen görüş, elverişsiz şekilde gerçekleştirilen veya cezayı açıdan önemsiz addedilen hazırlık hareketlerinin cezalandırma alanı dışında kaldığını kabul etmektedir¹⁰².

Bu görüş için önemli olan, normda korunan hukukî menfaat bakımından yaratılan tehlikedir. Bu nedenle, failin yaptığı hareketlerden suçlu irade ortaya çıkmış olsa bile, objektif açıdan hukukî menfaat için bir tehlike gerçekleşmemişse, fiil cezalandırılmaz. Nasıl ki, tamamlanmış suçlarda, korunan menfaatin bir zarar görmesi aranır, teşebbüs halinde de bu menfaatin tehlikeye maruz bırakılması

¹⁰⁰ SÖZÜER, s. 125.

¹⁰¹ SANTORO, *Manuale di diritto penale*, s. 451; ÖNDER, s. 385; İÇEL ve diğerleri, s. 301.

¹⁰² FIORE, *Parte generale*, s. 44; FIORE, *Reato impossibile*, s. 91.

gerekir. Fiilin cezalandırılabilmesi için tamamlanmış suçlarda bulunması gereken zarar, teşebbüs halinde tehlikeye dönüşmektedir¹⁰³. Ancak kanun koyucu tarafından öngörülen bir takım tehlike suçları vardır ki, bunlar birer tamamlanmış suç olarak düzenlenmiştir¹⁰⁴. Son bölümde, tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusu üzerinde durulacaktır.

Korunan menfaat üzerinde yaratılan bu potansiyel zarar veya tehlikelilik hali, hareketin yapıldığı andaki koşulların, normal hayat tecrübelerine göre objektif bir gözlemcinin bilebileceği olaylar ışığında değerlendirilerek, kanuni tipte yer alan sonucu oluşturabileceği yönünde bir tahminle belirlenmektedir. Olağan hayat tecrübeleri, ortalama bir insanın sahip olduğu bilgi düzeyi çerçevesinde değerlendirilmelidir¹⁰⁵. Söz konusu görüşe, “uygunluk teorisi” de denilmektedir. Gerçekten de yargıç, kendini, hareketin meydana geldiği zamana geri götürecektir ve o andaki koşulları hayatın benzer olaylardaki tecrübelerine göre değerlendirirken, hareketlerin sonucu meydana getirebilmeye uygun olup olmadığı yönünde tahmin yapacaktır¹⁰⁶.

Bu yöntem de eleştirilerin hedefi olmuştur. Çünkü objektif somut tehlikelilik, suçun oluşumu esnasındaki tüm koşulların değil, bir kısmının değerlendirilmesi ile

¹⁰³ CARNELUTTI, **Lezioni di diritto penale**, s. 185; SANTORO, **Manuale di diritto penale**, s. 452; POZZOLINI, s. 95; PAOLI, s. 671-672; ROMANO-DI FALCO, s. 148; MORSELLI, **Note in tema di delitto**, s. 79; SOYASLAN, s. 28; CONTENTO, s. 410.

¹⁰⁴ SANTORO, **Manuale di diritto penale**, s. 452; SOYASLAN, s. 28.

¹⁰⁵ SINISCALCO, Marco, “Delitto tentato e limite iniziale della punibilità”, *La Scuola Positiva* 1962, s. 136 (**Limite iniziale della punibilità**).

¹⁰⁶ SÖZÜER, s. 61.

belirsiz ve keyfi uygulamalara yol açan tahmine dayalı bir şekilde ortaya konmaktadır¹⁰⁷.

ANTOLISEI, teşebbüsün cezalandırılmasının temelini, suç tiplerinin araştırılması sonucunda ortaya çıkabileceğini düşünmektedir. Yazara göre, bu araştırma göstermektedir ki, failin hareketi sonucunda beklediği amacın elde edilmesi hemen hemen hiç gerekmemektedir. Söz konusu görüş, teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında cezalandırılabilme nedeni açısından gerçek bir farklılığın var olmadığını ortaya koymaktadır. Zira, ANTOLISEI, teşebbüs derecesinde kalan bir suçun cezalandırılmasının temelini, tamamlanmış bir suçun cezalandırılma nedeniyle aynı olduğunu savunmaktadır. Şöyle ki, failin suç işleme kararı, taşıdığı antisosyal niteliği gereği Devlet tarafından hoşgörü ile karşılanamayan fiilerde somutlaşmakta ve bu nedenle cezalandırılmaktadır¹⁰⁸. Antisosyal fiiler, sosyal düzeni bozmakta ve zarar vermektedir. İşte bu fiiler, normla korunan menfaat üzerinde tamamlanmış suçlarda zarar; teşebbüs derecesinde kalan suçlarda zarar potansiyeli oluşturduklarından dolayı cezalandırılmalıdır.

MANZINI de, teşebbüsün cezalandırılmasının nedeninin hukukî konunun tehlikeye düşürülmesi görüşüne farklı bir açıdan yaklaşmıştır. Ancak ortaya koyduğu anlayış, yine temelini objektif görüşten almaktadır. Yazar, teşebbüsün korunan hukukî konuyu tehlikeye düşürdüğü hususunda, “*tehlike*” kavramını, normun önceden var olan kurucu bir unsuru olarak değil, yalnızca kanun koyucu tarafından dikkate alınan bir cezalandırma gerekçesi şeklinde kabul etmektedir. Bu bağlamda,

¹⁰⁷ SÖZÜER, s. 69; İÇEL ve diğerleri, s. 303-304.

¹⁰⁸ ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 418; DELPINO, s. 383.

MANZINI'ye göre, teşebbüsün cezalandırılmasının esas nedeni, ceza kanununun iradi olarak ihlal edilmesidir¹⁰⁹.

Somut tehlike görüşünün kabul edilmesi, teşebbüs durumunda cezada mutlak indirim sisteminin benimsenmesi sonucunu doğurur¹¹⁰. Buna göre, failin cezaî sorumluluğu, sözü geçen icra hareketlerinin ilerlediği dereceye ve gerçekleştirdiği zarar veya tehlikeye oranla tespit edilmesi gereklidir¹¹¹. Ayrıca objektif görüş başlığı altında fiilin yapılış derecesinden kaynaklanan bir başka fark da, gönüllü vazgeçme ve aktif pişmanlıkta ortaya çıkmaktadır. İcra hareketinden gönüllü vazgeçme durumunda, henüz korunan değer, makûl görülemeyecek derecede bir zarara veya tehlikeye maruz bırakılmamıştır. Vazgeçme halinde ceza verilmeyecektir, ancak aktif pişmanlık halinde ceza verilmesi gerekmektedir. Her iki halde de failin suçu işleme kararından vazgeçme söz konusu ise de, gerçekleştirilen hareket ve meydana getirilen zarar ya da yaratılan tehlike bakımından derece farkı vardır¹¹².

Türk doktrininde teşebbüsün cezalandırılma nedenini, somut tehlikeye dayandıran yazarlar vardır. Bunlara göre, korunan hukukî menfaat açısından yaratılan zarar veya tehlike, cezalandırılabilir teşebbüsün nedenidir. Yazarlar bu görüşlerini, YTCK.'nın 35/2. maddesine dayandırmaktadırlar. Madde 35/2'de failin teşebbüs halinde, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bunun anlamı, ancak somut tehlike görüşünün kabul edilmesiyle cezalandırmada bir derecelendirme yapılmasının mümkün olmasıdır. Ayrıca bu

¹⁰⁹ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 474; DELPINO, s. 383.

¹¹⁰ ÖNDER, s. 385-386; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 456.

¹¹¹ PALAZZO, s. 455; TANER, s. 261; İÇEL ve diğerleri, s. 304.

¹¹² SOYASLAN, s. 29.

yazarlara göre, maddede teşebbüsün cezalandırılması için elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlanılmasının öngörülmesi, kanun koyucunun görüşünün de somut tehlike teorisi doğrultusunda olduğunun kanıtıdır¹¹³.

2. Sübjektif Görüş

Almanya’da objektif görüşe karşı ileri sürülen bir görüş olup, öncüsü VON BURI’dir. Bu anlayış, suç işleme iradesinin ortaya çıkmasını esas almaktadır¹¹⁴.

Bu bağlamda, teşebbüs halinin cezalandırılması gerektiğini, sübjektif görüş başlığı altında en ileri gitmiş şekli ile savunanlar, Pozitivistlerdir. Bu okul, suçu, toplum için zararlı ve tehlikeli olan kişilerin meydana çıkmasına yarayan bir araç olarak görmektedir. Failin tehlikeliliğinin dış göstergesi olan herhangi bir hareket - ister hazırlık ister icra hareketi olsun- cezalandırılmalıdır¹¹⁵. Gerçekten de, kanunî tipte yer alan sonuç meydana gelmediği için, failin hareketinin neye yönelik olduğunu tespit etmek çok güçtür. Bu bağlamda failin iradesi önem kazanmaktadır¹¹⁶. İşte bu nedenle sübjektif görüş, suçun tamamlanması ya da teşebbüs derecesinde kalması arasında bir fark öngörmemekte ve her iki hali de cezalandırmaktadır¹¹⁷.

¹¹³ TANER, s. 278-279; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 457.

¹¹⁴ CAVALLO, Vincenzo, *Il Delitto Tentato*, Napoli 1934, s. 31 (**Il delitto tentato**); FLORIAN, **Procedura penale**, s. 449-450; FLORIAN, **Diritto penale**, s. 649; LEONE F., s. 335; SOYASLAN, s. 30.

¹¹⁵ RIZ, s. 343; FLORIAN, **Diritto penale**, s. 654 vd.; POZZOLINI, s. 95-96; ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara 2002, s. 763; TANER, s. 261-262; Pozitivist okulun temel özellikleri ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz. TOROSLU, Nevzat, “Ceza Hukukunda Okullar”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s. 367-376 (**Ceza Hukukunda Okullar**).

¹¹⁶ İÇEL ve diğerleri, s. 304-305.

¹¹⁷ MANTOVANI, s. 409; FLORIAN, **Diritto penale**, s. 654; GRAMATICA, Filippo, *Principi di Diritto Penale Soggettivo*, Torino 1934, s. 471; POMPEI, Raffaele, “Dell’inidoneità nel tentativo”, *Riv. Pen.* 1902, s. 19.

Sübjektif görüşü savunan yazarlar, özellikle de pozitivistler, suça teşebbüsün cezalandırılma nedenini, failin suç işleme iradesini dışa yansıtan bir belirti olarak açıklamaktadırlar¹¹⁸. Teşebbüs hali, failin tehlikelilik durumunu ortaya koymaktadır. Bu yazarlara göre, adam öldürmeye teşebbüs eden fail, söz konusu suçun tamamlanmış şekline nazaran daha tehlikeli olabilir. Örneğin, fail tarafından balkondan aşağıya itilen mağdurun elektrik tellerine çarpması nedeniyle ölmemesi halinde, failin aynı suçun tamamlanmış şekline göre daha tehlikeli olabileceği ifade edilmektedir¹¹⁹. Hatta bazı yazarlar tarafından sübjektif görüşe, “failin tehlikeliliği teorisi” adı da verilmektedir¹²⁰. Bu nedenle, toplumun düzenini ve huzurunu bozan tehlikelilik halinin de cezalandırılması gerekmektedir¹²¹.

Bu görüş, her türlü nedensel etkinliği, hareketin menfaat üzerinde yarattığı tehlikeyi bir kenara itmektedir. Bu teoride önemli olan, suçlu iradenin ortaya çıkmasıdır¹²². Fiil tamamlanmadığı halde, hukuk düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle suçlu irade cezalandırılmaktadır. İşte bu nedenle, işlenemez suç ipotezinde kullanılan araç elverişsiz olsa veya suç konusu bulunmasa bile, fail cezalandırılmalıdır¹²³.

¹¹⁸ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 32; SCARANO, s. 69-70; ÖNDER, s. 386.

¹¹⁹ GIANNITI, Francesco, *Prospettive Criminologiche e Processo Penale*, Milano 1984, s. 141-142.

¹²⁰ Bkz. ÖNDER, s. 386.

¹²¹ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 457.

¹²² CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 31.

¹²³ RANIERI, s. 348; FIORE, *Parte generale*, s. 43-44; CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 32; SOYASLAN, s. 31; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 456.

Sonuç olarak, suçlu iradenin dışı yansımaları esas alan bu görüş kapsamında, hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması gerekmektedir¹²⁴. Sübjektif görüşün karakteri itibarıyla, cezalandırma sahasını hazırlık hareketlerine doğru genişlettiğini söylemek mümkündür¹²⁵. Gerçekten de bu görüşte, failin suç işleme iradesini herhangi bir şekilde ortaya koyması cezalandırılması için yeterlidir. İfade edelim ki, sübjektif görüşün uygulanması teşebbüs ile cezalandırılmayan hareketler arasında bir sınır koymayı zorlaştırmaktadır¹²⁶.

Sübjektif görüşün kabul edilmesi, teşebbüs aşamasında kalan bir suça ceza verirken mutlak bir indirim yerine takdire bağlı “ihtiyari indirim sistemi”nin benimsenmesi sonucunu doğurur¹²⁷.

Bir başka önemli sonucu ise, gönüllü vazgeçme ile aktif pişmanlık arasında bir farkın gözetilmemesidir. Her iki durumda da, fail suçun icrasına başladıktan sonra iradesiyle vazgeçmektedir¹²⁸. Ancak cezalandırılabilir bir teşebbüs için önemli olan, suçlu iradenin açığa çıkmasıdır.

Sonuç olarak söz konusu görüş, suçlu iradeyi kriter kabul ederek elverişli hareketle icraya başlamayı bertaraf etmektedir. Bu nedenle, günümüz ceza kanunları ile uygunluk göstermemektedir¹²⁹.

¹²⁴ RIZ, s. 343; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 456.

¹²⁵ ÖNDER, s. 386.

¹²⁶ İÇEL ve diğerleri, s. 306.

¹²⁷ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 456; ÖNDER, s. 386.

¹²⁸ SOYASLAN, s. 31.

¹²⁹ RANIERI, s. 349.

3. Karma Görüşler

Objektif ve sübjektif görüşlerin bağdaştırılmasıyla ortaya yeni görüşler çıkmıştır. Sübjektif görüşler, cezalandırılma alanını çok genişlettiğinden, objektif görüşlerle desteklenerek bu aşırılık ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Bu görüşlerin esasını, failin iradesi oluşturmaktadır. Ancak bu esas objektif görüşlerle tamamlanmaktadır¹³⁰.

Bunlardan etki teorisine göre, suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, failin suç işleme iradesinin açığa çıkmasının yanında, hareketin toplum düzeni açısından yarattığı tehlikeye de dayanmaktadır. Etki teorisi, failin iradesini temel almakla sübjektif görüşten hareket etmekte, ancak iradenin hukuk düzeni üzerinde bıraktığı zedeleyici etkisini de dikkate alarak objektif görüşü de gerekli görmektedir. Bu yönlerden söz konusu teori de eleştirilmiştir. Çünkü bu teoride, özellikle failin iradesinin dış dünyaya yansımaları olan hareketin, toplum üzerinde sosyal – psikolojik etki bırakması gibi belirlenmesi güç bir ölçüt esas alınmaktadır¹³¹.

Karma görüşlerden bir diğeri, fail teorisidir. Bu teori, teşebbüsün cezalandırılma nedenini, hem failin hareketinin korunan menfaat üzerinde gösterdiği somut tehlikeye, hem de failin suç işleme iradesinin ortaya çıkmasına dayandırmaktadır¹³². Ancak aynı teşebbüs durumu için birbirinden farklı iki cezalandırma nedeni öngörülmesi, bir tutarsızlık olarak değerlendirilmiş, ayrıca failin iradesinin esas alınmasının fiil ceza hukukuyla çeliştiği ileri sürülmüştür. Zira,

¹³⁰ SÖZÜER, s. 107; İÇEL ve diğeri, s. 307.

¹³¹ İÇEL ve diğeri, s. 307.

¹³² CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 457.

fiil ceza hukuku, failin nasıl bir kişiliğe sahip olduğu ile değil, nasıl bir davranışta bulunduğuyla ilgilenir¹³³.

Gerçekten de karma görüşleri ileri süren yazarlar, hem failin açığa çıkan suçlu iradesini, hem de toplum açısından korunan değerlere karşı yaratılan tehlikeyi teşebbüsün cezalandırılma nedeni olarak ortaya koymaktadırlar¹³⁴.

Doktrinde bir kısım yazarlar, İtalyan ceza hukuku sisteminin karma yapıda olduğunu ileri sürmektedirler. Bunlara göre, ne suçlu irade bir kenara bırakılabilir, ne de korunan menfaatin tehlikeye düşürülmesi dikkate alınmayabilir¹³⁵. Ayrıca, İCK., bir yandan faili, gerçekleştirdiği faaliyeti ile meydana getirdiği tehlikeli sonuçlardan dolayı cezalandırırken, diğer yandan da failin tehlikeliliğini dikkate alarak emniyet tedbirleri öngörmektedir¹³⁶.

4. Değerlendirme

Teşebbüsün cezalandırılmasının nedenini, hukukî niteliğinden bağımsız düşünmek mümkün değildir. Teşebbüs, suçu tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır yani esas normu genişletici bir işleve sahiptir. Ancak, teşebbüs, tamamlanmış suçtan tamamen ayrı bir niteliğe sahip değildir¹³⁷.

Objektif anlayış paydasında toplanabilen görüşlerden somut tehlike teorisini benimseyen yazarlar, teşebbüsün cezalandırma nedenini, hukukî menfaat bakımından

¹³³ İÇEL ve diğerleri, s. 308.

¹³⁴ PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 509; PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale*, PG., Milano 1998, s. 505 (**Parte generale 1998**); ÖNDER, s. 387; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 457.

¹³⁵ MANTOVANI, s. 414-415.

¹³⁶ CAVALLO, **Parte generale**, s. 730-731.

¹³⁷ DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 415-416; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1990**, s. 231; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 409.

yaratılan tehlikeye; nedensel etkisi bakımından değerlendirenler, failin iradi olarak ceza kanununu ihlal etmesine; ANTOLISEI de fiilin antisosyal karakterine dayandırmaktadır. Her üç görüşün de ortak yanı, objektif nitelik taşımasıdır. Kanaatimizce, bu üç görüş birbirine bağlantılıdır. Şöyle ki, Devlet aynen tamamlanmış suçlarda olduğu gibi, dış dünyada somutlaşan fiilin antisosyal niteliğini esas alarak teşebbüs derecesinde kalan hareketleri de hoş karşılamamaktadır. Kanun koyucu bir fiilin sosyal düzeni bozucu nitelik taşıdığına, onun korunan hak veya menfaate verdiği zararı veya tehlikeyi değerlendirmekle karar verebilir. Esas olarak ceza kanununun ortaya çıkış sebeplerinden biri de, toplumdaki sosyal düzeni, bireyler arasındaki sosyal barışı sağlamak ve korumaktır. Fail tarafından iradi olarak yapılan ve sosyal düzeni bozan fiil, korunan menfaat bakımından bir zarar veya tehlike taşımakta ise, kanun koyucu tarafından ceza kanununda suç olarak düzenlenmekte ve fail de bu nedenle de cezalandırılmaktadır.

Nitekim ceza kanunlarında yer alan kanuni tipler, belli hukukî değerlerin korunması amacı ile düzenlenmektedirler. Söz konusu kanuni tiplerin ihlali, bir takım yaptırımları beraberinde getirir. Bu nedenle teşebbüsün cezalandırılma nedeni açıkça görülmektedir. Failin yaptıkları, bir yandan sosyal düzeni ihlal ederken, diğer yandan da tehlikelilik halini ortaya koymaktadır¹³⁸. O halde, tamamlanmış suç hangi amaçla cezalandırılıyor ise, teşebbüs de aynı nedenle cezalandırılmaktadır¹³⁹. Tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalan suç, suç işleme kararının taşıdığı antisosyal karakter uyarınca Devlet tarafından hoşgörü ile karşılanamayan fiillerde

¹³⁸ PETROCELLI, s. 43-44; ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 60; İÇEL ve diğerleri, s. 309.

¹³⁹ NAPPI, s. 441.

somutlaşmaktadır¹⁴⁰. Suçun her iki halinde de, sosyal barış ve düzen bozulmakta ve korunan hak veya menfaat zarara uğratılmakta veya tehlikeye düşürülmektedir. Bu nedenle, kanun koyucu antisosyal karakterli fiilleri, ceza kanununda suç olarak düzenlemiştir. Bu nedenle, biz de teşebbüsün cezalandırılma nedeni olarak, hareketin menfaat üzerinde yarattığı somut tehlike görüşünün benimsenmesi gerektiğini düşünmekteyiz¹⁴¹.

Doktrinde, failin hareketlerinden suçlu iradeye sahip olduğu anlaşılmasına rağmen, tehlike doğmayan hallerde ceza verilmemesi, objektif görüşün sosyal savunmayı yeterince sağlayamadığı eleştirilerini beraberinde getirmiştir. CAVALLO'ya göre, bir kimsenin bomba yapımında kullanılacak tüm malzemeleri almasına, bombayı kronolojik olarak patlamaya hazır hale getirmesine ve onu düşmanın bahçesine bırakmasına rağmen, içindeki karışımın hiçbir zaman patlamaya uygun olmaması durumunda, herhangi bir suça teşebbüs söz konusu değildir. Ancak yazar failin tamamen cezasız kalmasının doğru olmadığını, bu hareketin sosyal huzuru bozma tehlikesi yarattığını ileri sürmektedir¹⁴².

¹⁴⁰ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 418; PANNAIN, Remo, *Manuale di Diritto Penale*, PG., Vol. I, Torino 1950, s. 453; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 254; EREM, s. 322; EREM – DANIŞMAN – ARTUK, s. 294; DÖNMEZER, s. 120; ERSOY, Yüksel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s. 117; ÖZTÜRK – ERDEM – ÖZBEK, s. 161.

¹⁴¹ NAPPI, s. 441; SANTORO, **Manuale di diritto penale**, s. 453; POZZOLINI, s. 97; İÇEL ve diğerleri, s. 309.

¹⁴² CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 34-35.

İKİNCİ BÖLÜM

TEŞEBBÜSÜN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK

Somut olayın suç tipine uygun olup olmadığının anlaşılabilmesi ve dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için, teşebbüsün de unsurlarının ortaya konulması gerekmektedir¹⁴³. İşte bu bağlamda, teşebbüsün kurucu unsurları ele alınacaktır. Talî (arızî) unsurlardan bahsedilmemesinin nedeni, bu unsurların esas suçun varlığını ve yokluğunu değil, cezanın ağırlaşmasını etkilemesidir. Dolayısıyla, talî unsurlar, teşebbüs derecesinde kalan suçun yapısındaki esas normun cezasının ağırlaşmasına veya hafifletilmesine neden olmaktadır. Bu bakımdan, teşebbüsün talî unsurlarından bahsetmek anlamsızdır.

Yeni TCK.'nın 35. maddesine göre; *“Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise, teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”*.

Her suç gibi, teşebbüs derecesinde kalan suçun da kurucu unsurları vardır. Bunlar da, maddî ve manevî unsur olmak üzere ikiye ayrılır¹⁴⁴. Teşebbüs derecesinde kalan bir suç için, failin kasıtlı olarak asgari ölçüde gerekli ve yeterli olan icra hareketlerini gerçekleştirmesi gerekir. O halde, teşebbüs derecesinde kalan suçun

¹⁴³ Suçun incelenmesi, analitik ve sentetik olmak üzere iki yöntemle yapılabilir. Analitik yöntem, suçun unsurlarına ayırarak, sentetik yöntem de bir bütün olarak incelemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 181 vd.; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 103 vd.; KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 131 vd. (**Hukuka Aykırılık**); ERSOY, s. 72-73.

¹⁴⁴ MANTOVANI, s. 415; FLORA – TONINI, s. 125.

maddî unsur, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama ancak suçü tamamlayamama; manevî unsur ise suç işleme kastıdır¹⁴⁵.

Her suç gibi, teşebbüs edilen suçun da maddî ve manevî kurucu unsurları mevcuttur. Herhangi bir suçta teşebbüs edilebilmesi için, mutlaka kurucu unsurların tümünün var olması gerekir. Diğer yandan, failin ancak dış dünyaya yansıyan hareketlerinden kasıtlı bir suç işleyip işlemediği anlaşılır. Bir başka ifadeyle, irade gözle görülebilir bir hareketin gerçekleştirilmesi ile dış dünyada somutlaşır. Bu nedenle, cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığı için, failin suç işleme kastının dışa yansımaları olan maddî unsurun incelenmesi gerekmektedir¹⁴⁶.

II. TEŞEBBÜSÜN MADDÎ UNSURU

Kanunun tanımından hareketle, teşebbüs edilen suçun maddî unsurlarını belirlemek mümkündür. Teşebbüsün varlığı için, fail tarafından icraya başlanması ve hareketlerin elverişli olması, ancak suçun tamamlanamaması gereklidir¹⁴⁷. Bu nedenle, doğrudan suçun işlenmesine yönelik elverişli hareket(ler)in yapılmaması durumunda, fiilin maddî unsurı mevcut değildir.

Teşebbüsün maddî unsur, diğer suçlarda da olduğu gibi pozitif ve negatif unsurlara ayrılmaktadır. Kanunun ilgili maddesinden çıkardığımız unsurlar; failin, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması, ancak kanuni tipte

¹⁴⁵ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 39.

¹⁴⁶ MANZINI, *Parte generale*, s. 138; MANTOVANI, s. 417; RANIERI, s. 355; BETTIOL, *Parte generale 1976*, s. 535; BETTIOL, *Parte generale 1982*, s. 563-564; BETTIOL – MANTOVANI, s. 622-623; COSTANZO, Giovanni Zuppello, “Le circostanze relative all’entità del danno e il tentativo”, *Ann. di dir. e proc. pen.* 1940, s. 682.

¹⁴⁷ LEONE F., s. 347; RAMACCI, s. 465.

öngörülen sonucu iradesi dışındaki bir nedenle gerçekleştirememesidir¹⁴⁸. İşte, elverişli hareketlerle icraya başlama teşebbüsün pozitif; suçun tamamlanamaması ise negatif unsurunu oluşturmaktadır¹⁴⁹.

Teşebbüsün varlığı için, suçu gerçekleştirmede şüpheye yer vermeyen elverişli hareketlerin varlığı yeterlidir. Ancak kanunun tanımında yer alan bu unsurların kaleme alınış sırası doğru değildir. Hareket, önce şüpheye yer bırakmaksızın belli bir suçu oluşturmaya, bir başka ifadeyle doğrudan doğruya icraya yönelik olmalı, bu belirlendikten sonra bu hareketin sonucu doğurmaya elverişliliği üzerinde durulmalıdır¹⁵⁰. Nitekim, elverişliliğin tipik fiilin gerektirdiği bir nitelik olması, bu sıranın doğruluğunu ortaya koymaktadır. Suça yönelik bir hareketin başlaması gerekmektedir ki, fiilin gerektirdiği bir özelliğin olup olmadığı belirlenebilsin.

İCK.'daki teşebbüsle ilgili maddede yer alan iki koşul, hareketin şüpheye yer vermeyecek biçimde doğrudan doğruya icraya yönelik ve elverişli olmasıdır¹⁵¹. Hareket, failin suçu gerçekleştirme niyetini veya iradesini, şüpheye yer vermeyecek şekilde zararlı sonucu gerçekleştirme potansiyeline sahip olduğunu ortaya

¹⁴⁸ SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 508-509; Doktrinde hareketin elverişliliğini, teşebbüsün bir unsuru olarak kabul etmeyen yazarlar vardır. Bunlara göre, suç işlemeye yönelmiş olan hareketler elverişsiz olsa dahi, faile yine yaptırım uygulanmalıdır. Ancak bu yaptırımın ceza değil, emniyet tedbiri olabileceği belirtilmiştir. Bkz. ALACAKAPTAN, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara (tarihsiz), s. 98 (**İşlenemez Suç**).

¹⁴⁹ SANTORO, **Tentativo**, s. 1145 vd.

¹⁵⁰ CAVALLO, **Parte generale**, s. 742.

¹⁵¹ BATTAGLINI, Giulio, “Sul concetto del tentativo”, Ann. di dir. e proc. pen. 1935, s. 417 (**Tentativo**); GUARNERI, Giuseppe, “Limiti della punibilità del tentativo”, Giuris. it., Vol. II, 1959, s. 107-108 (**Limiti della punibilità**); ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 416.

koymalıdır¹⁵². Ancak, burada hareketin geldiği noktadan bu sonucun çıkarılması önemlidir. Tek başına niyeti belirlemek, teşebbüs için yeterli olmamaktadır.

A. POZİTİF UNSUR

1. İcra Hareketlerine Başlama

a. Genel Olarak Hareket

İcra aşaması, suçun hareket unsurunu oluşturmaktadır. Genel ve felsefik açıdan bakıldığında hareket, hem dış dünyada somut olarak görülebilen, hem de düşünce, arzu ve istek gibi bilinç alanında gerçekleşen davranışları içermektedir. Ancak ceza hukuku açısından anlam ifade eden, dış dünyada ortaya çıkan hareketlerdir¹⁵³.

Hareket, herhangi bir hareket değildir, onun bir takım özelliklere sahip olması gerekmektedir. Herşeyden önce bir insan davranışı olmalıdır. Bu insan davranışı, suç işleme kararına dayalı cürmî bir düşünceye ilişkin olarak ortaya konulmalıdır¹⁵⁴.

Hareketin varlığı için önemli olan, açığa vurulan dış bir olayın veya olgunun gerçekleşmesidir¹⁵⁵. İrade iki şekilde dış dünyada somutlaştırılabilir. Bir başka ifadeyle, hareketin dış dünyada somutlaşma şekline göre bir ayırım yapılmaktadır. Bu anlamda, hareket icraî ve ihmalî olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir¹⁵⁶.

¹⁵² GUARNERI, **Limiti della punibilità**, s. 109.

¹⁵³ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 192.

¹⁵⁴ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 192; VANNINI, Ottorino, *Il Problema Giuridica del Tentativo* (Art. 56 del Codice Penale), Milano 1952, s. 13 (**Il problema giuridico**); CAVALLO, **Il delitto tentativo**, s. 46.

¹⁵⁵ CAVALLO, **Il delitto tentativo**, s. 46-47; CAVALLO, **Parte generale**, s. 733.

¹⁵⁶ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 192; CAVALLO, **Il delitto tentativo**, s. 46-47; CAVALLO, **Parte generale**, s. 733.

İcraî hareket, genel olarak iradenin sinir sistemi aracılığıyla kaslara ve organlara yaptırdığı faaliyetlerin bütünü olarak tanımlanmaktadır. Bu faaliyetler, bir söz veya yazı ile somutlaşabileceği gibi, vücudun yer değiştirmesi hatta bir bakış ile de ortaya konabilir¹⁵⁷.

İcraî hareketle işlenebilen suçlar, failin, normla yapılması yasaklanmış sonucu doğurabilecek nitelikteki hareketleri gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkmaktadır. İhmalî hareketle işlenebilen suçlar (ihmal suçları), normatif anlamda failin yapması gereken bir hareketi yapmamasından ibarettir. Örneğin, YTCK. md. 98’de düzenlenen “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi”, ihmalî hareketle işlenen suçlara örnek verilebilir. Bir de, ihmal suretiyle icra suçları vardır ki, icraî hareketle işlenebilen suçların ihmalî bir hareketle işlenmesi halinde söz konusu olurlar. Örneğin, hastabakıcının hastaya kasıtlı olarak ilaçlarını vermemesi ihmal suretiyle işlenen bir icra suçudur¹⁵⁸. Bu bölümde, hareketin ortaya çıkış şekli, sayısı ve normda harekete verilen önem incelenmektedir. İhmalî hareketle işlenebilen suçlar, teşebbüs bakımından gösterdikleri farklılık nedeniyle, üçüncü bölümde ayrıntılarıyla ele alınacaktır¹⁵⁹.

Kanun koyucu, bazen hareketin önemine veya sayısına göre, suçları bazı ayırımlara tabi tutmaktadır. Kanun koyucu, hareketin önemini dikkate alarak, suçları “serbest hareketli” ve “bağlı hareketli” suçlar olarak ayırmaktadır. Kanunda bazı suç tiplerinde, sadece sonuç öngörülür ancak bu sonucu doğuracak hareketlere herhangi

¹⁵⁷ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 194; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 114-115.

¹⁵⁸ DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 376-377; ERSOY, s. 78; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara 2003, s. 107 vd (**Ceza Hukukunda İhmal**); HAKERİ, Hakan, **Kasten Öldürme Suçları**, TCK 81-82-83, Ankara 2006, s. 70 vd. (**Kasten Öldürme Suçları**)

¹⁵⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, **İhmal Suçları**, s. 281.

bir önem verilmez. Bazen de, suç tipinde sonuçla birlikte, bu sonucun hangi hareketlerle işlenebileceği de düzenlenir. Hareketin açıkça düzenlenmesine göre yapılan bu ayırmada, ilk suçlara “serbest hareketli”, diğerlerine de “bağlı hareketli” suçlar denilmektedir¹⁶⁰. Serbest hareketli suçlara örnek olarak, adam öldürme suçu (YTCK. md. 81); bağlı hareketli suçlara örnek olarak da eziyet çektirerek adam öldürme suçu (YTCK. md. 82/1-b) verilebilir.

Hareketin sayısına göre de, suçları ayırmak mümkündür. Bu bağlamda seçimlik, tek ve birden çok hareketli suçlar gündeme gelmektedir. Seçimlik hareketli suçlar, kanunun suçun oluşması için birden çok hareket öngördüğü suç tipleridir. Bu hareketlerden birinin yapılması, suçun oluşması için yeterlidir. Örneğin güveni kötüye kullanma suçu (YTCK. md. 155), seçimlik hareketli bir suçtur. Diğer yandan, tek hareketli suçlar, sonucun tek bir hareketle meydana gelmesi halinde söz konusu olur. Ancak bazen kanun, suçun oluşumu için tek bir hareketin değil, birden çok hareketin yapılmasını gerekli görmektedir. Bu durumda da, birden çok hareketli suçların varlığından söz edilir¹⁶¹. Örneğin, özel belgede sahtecilik suçunun oluşması için, hem sahtecilik yapılması, hem de bu belgenin kullanılması gerekmektedir.

Hareketin sayısına göre yapılan ayırmada, teşebbüs açısından önem taşıyan suçlar, tek hareketli olanlardır. Hareket, bir ya da birden çok davranıştan oluşabilir. Birden çok davranış bir seri içinde gerçekleştirilebilir, bu davranışlar birbirini izleyebileceği gibi, aralarında zaman aralığı da olabilir. Tek bir davranıştan oluşan

¹⁶⁰ ADORNATO, s. 42; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 372-373.

¹⁶¹ KUNTER, *Maddî Unsurlar*, s. 15-16; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 373-374.

hareketle, birden çok davranıştan oluşan hareket arasında teşebbüs bakımından farklılık vardır¹⁶². Bu konu çalışmamızın üçüncü bölümünde incelenecektir¹⁶³.

b. Hazırlık Hareketleri

Hazırlık hareketleri, bir suçu işlemek konusunda gerekli hazırlıkların yapılmasını ifade eder¹⁶⁴. Bu hareketler, suç işleme kararına bağlı olarak dış dünyada nesnelleşmektedirler. Ancak söz konusu hareketler, suça hazırlık yapma iradesi ile somutlaştırılmaktadır. Fikir, tasarlama ve suç işleme kararı, kısacası düşünce ve karar verme henüz suçlu bir iradeyi ortaya koymamaktadır. Fail, bu aşamada çoğu zaman suçu işlemek için gerekli araçları sağlar, mağdur hakkında gerekli bilgileri toplar veya suçu işlemek için en uygun zamanı ve yeri belirler¹⁶⁵. Örneğin, bir kimse hırsızlık suçunu işlemek için kapıyı açmayı sağlayan aletler alabilir, merdiven temin edebilir. Düşmanını öldürmek için silah satın alabilir, mağdurun geçiş yolu üzerinde pusuya yatabilir, hatta silahı arabasında saklayabilir. Ancak bu hareketler, birer hazırlık hareketi olarak nitelendirilmektedir. Bu hareketlerin hiçbiri, işlenmek istenen suçu kesin olarak ortaya koyamamaktadır¹⁶⁶.

¹⁶² CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 47.

¹⁶³ Bkz. Üçüncü Bölüm, Sırf Hareket Suçları, s. 276 vd.

¹⁶⁴ DÖNMEZER – ERMAN, *C. I.*, s. 421.

¹⁶⁵ RANIERI, s. 347; ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 419; MANTOVANI, s. 411-412; FLORIAN, *Procedura penale*, s. 433-434; FLORIAN, *Diritto penale*, s. 635; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 502; VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 21; SELÇUK, s. 804; TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 256.

¹⁶⁶ PULITANÒ, s. 474; Örnekler için bkz. ALLEGRA, Giuliano, “Sul tentativo”, Riv. Pen., Vol. CVI, Roma 1927, s. 105; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 503.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun pusu yerinde yakalanan sanığın bu hareketinin hazırlık niteliğinde olduğu ve henüz işlemek istediği suçun icrasına başlamadığına dair kararları mevcuttur. Bkz. (C.G.K., 16.04.1984, 1-14/149) SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. I, Ankara 1999, s. 1185-1187 (C. I); ÇAĞLAYAN, Muhtar, Türk Ceza Kanunu, Açıklamalı-İçtihatlı-Gerekçeli, Ankara 1984, s. 660-663.

Hazırlık hareketleri, zamansal olarak icra faaliyetlerinden önce meydana getirilirler. Bunlar, söz konusu suçun tipik hareketi değildirler, ancak o suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadırlar¹⁶⁷.

Suçun cezalandırılma nedeninin objektif görüş olarak kabul edilmesi ile hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı sonucuna varılmaktadır. Tipik hareketin öncesinde ortaya çıkmış bir suç yoktur. Henüz hiçbir hükmü ihlal eden hareket ortaya çıkmamıştır¹⁶⁸. Suçun gerçekçi (realistik) anlayışına göre, korunan menfaati ihlal eden hareket yoksa, suç da oluşmamıştır¹⁶⁹. Bu nedenle hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Suçun cezalandırılma nedeni, suçlu iradenin ortaya çıkmasına, yani sübjektif görüşe dayanmış olsaydı, hazırlık hareketleri de cezalandırılma kapsamında kabul edilecekti. Çünkü görüşün esası, failin suç işleme iradesini dışa yansıtan bir belirtiye dayandırılmaktadır. Hazırlık hareketleri, her ne kadar failin iradesini kesin

Yargıtay 8. CD., 06.04.1994 tarihli ve 1227/3479 sayılı kararında, yıkıcı – bölücü unsurlar içeren pankartların, kapalı ve dürülmüş halde ve okunamayacak şekilde oldukları gerekçesiyle, faillerin terör örgütüne ilişkin propaganda yapma fiilinin icrasına başlamadıklarını, bunların suçun işlenmesini kolaylaştıracak elverişli araçları temin ve taşımadan ibaret birer hazırlık hareketi gerçekleştirdiklerini ifade etmiştir. Bkz. (8. CD., T. 06.04.1994, 1227/3479) C. I, s. 1194.

1. CD., T. 01.02.1994, 102/136: “Müşteki müdahil Mahmut Çalışkan’ın sanıklardan Mustafa Aydoğan ile akraba olduğu, adı geçen bu sanığın daha önceden adam öldürme suçundan uzun süre cezaevinde yattığı, tahliyesinden sonra bir süre işsiz dolaştığı ve olay tarihinden önce müdahilden para istediği fakat müdahilin vermediği, sanığın daha sonra Eskişehir’den tanıştığı sanık Ali Dinç’e dayısı müdahili öldürüp parasını almayı teklif ettiği ve bu amaçla plan yapıp olay günü Emirdağ’a geldikleri, sanık Mustafa’nın plan gereği ekme bacağı alıp evin bodrum katında beklemeye başladığı, sanık Ali’nin de mağdurun dükkanına giderek ona mutlaka eve gitmesini söylediği, durumdan şüphelenen mağdur müdahil Mahmut’un polise haber vermesi üzerine sanık Mustafa’nın evin bodrum katında bıçaklı vaziyette güvenlik kuvvetlerince yakalandığı iddia ve kabulden anlaşılmıştır.

Sanığın eylemi öldürmeye kalkışma suçunun icraî hareketi boyutuna ulaşmadığından öldürmeye eksik kalkışmaktan mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırıdır.” C. I, s. 1194-1195; MALKOÇ, İsmail – GÜLER, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler 1, Ankara 1996, s. 440-441.

¹⁶⁷ RANIERI, s. 347; POMPEI, s. 40.

¹⁶⁸ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 16; POZZOLINI, s. 98; RIZ, s. 343; FLORIAN, *Diritto penale*, s. 654 vd.

¹⁶⁹ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 16.

olarak ortaya koymamakta ise de, tehlike sınırına varmayan söz konusu suç işleme kararının izlerini taşımaktadır¹⁷⁰. Ancak, cezalandırılma nedeni başlığı altında bu konuları tartışıp bir sonuca bağladığımızdan, burada sadece suçların cezalandırılma nedenini objektif görüşe dayandırdığımızı belirtmekle ve o bölüme atıf yapmakla yetineceğiz¹⁷¹.

Hazırlık hareketleri, failin suç işleme iradesini kesin olarak ortaya koymazlar. Suç işleme kararının kesin olmayışı, failin suç işleme düşüncesinden her an vazgeçmesi sonucunu doğurabilmektedir. Yine, fail suç işleme kararı olmaksızın tamamen farklı düşüncelerle, bir suçun hazırlığı olarak nitelendirilen hareketleri gerçekleştirebilir. Örneğin, kişinin bir silah satın almasının sayısız nedeni olabilir. Kişi, yalnız yaşadığı için kendisini korumak amacıyla silah alabileceği gibi, adam öldürmek amacıyla da almış olabilir¹⁷². Diğer yandan, failin bir suç işleme amacı taşıdığı anlaşılabilir, hazırlık hareketlerinin bir tehlike başlangıcı göstermediği kabul edilir. Tehlikesizlik teorisi altında ileri sürülen bu fikir uyarınca, bu hareketlerin cezalandırılmaması, toplumun korunması açısından bir eksiklik sayılmamaktadır. Örneğin, silahlı bir şekilde mağdurun geçeceği yolda pusuya yatan kişinin bu hareketi, henüz bir tehlike arzemediği için, hazırlık hareketi olarak nitelendirilmektedir. Fail, henüz icraî olarak fiili işlemeye başlamamıştır, hareketinden vazgeçme olasılığı mevcut olduğu gibi, sosyal düzen açısından da tehlikeli bir duruma neden olmamıştır. Yine, basit bir şüpheyle hazırlık hareketlerini de cezalandırma kurumu kapsamına almak, kişi özgürlüklerinin zedelenmesine yol

¹⁷⁰ POZZOLINI, s. 98; RIZ, s. 343; FLORIAN, **Diritto penale**, s. 654 vd.

¹⁷¹ Bkz. Birinci Bölüm, Teşebbüsün Cezalandırılma Nedeni, s. 38 vd.

¹⁷² ALEO, s. 122.

açabilir. Çünkü bu hareketler, sonucu gerçekleştirmeye uzaktırlar. Bu nedenle, hangi suçu işleme kastıyla yaptıklarını belirlemek çok güçtür¹⁷³. Örneğin, adam öldürmek için silah satın alınabileceği gibi, yaralamak veya tehdit etmek için de silah temin edilebilir¹⁷⁴. Son bir gerekçe olarak, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının kanunîlik ilkesine ters düşeceği ileri sürülmüştür. Şöyle ki, soyut ipotezde tanımlanan suçun maddî unsurunda gösterilen hareketler ile hazırlık hareketleri aynı değildir. Örneğin hırsızlık suçu için aranan “almak” hareketi, bu suça hazırlık niteliğinde olan kapının önüne gelinmesi veya merdiven temin edilmesinden çok farklıdır. O halde hazırlık hareketlerini cezalandırmak, kanunîlik ilkesiyle çelişmek anlamına gelir¹⁷⁵. Ancak kanaatimizce bu gerekçe yerinde değildir. Daha doğru bir ifadeyle, tüm suç türleri için uygulanabilir nitelikte değildir. Nitekim serbest hareketli suçlarda, kanun koyucu yalnız sonucu göstermekle yetinir. Bu tür suç normlarında, sonucu doğuracak hareketlerin nitelik ve içerikleri belirtilmez. Bu suçlar bakımından sonucu doğurmaya elverişli herhangi bir hareketin yapılması ve sonuçla yapılan hareket arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir¹⁷⁶. Bu durumda, normda icra hareketleri belirtilmediğinden, hazırlık hareketlerini tespit etmek ve cezalandırma kapsamı dışında bırakmak mümkün değildir.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasını, sübjektif bir bakış açısıyla açıklayan yazarlar vardır. Bu yazarlar, teşebbüs açısından hazırlık hareketleri ile icra

¹⁷³ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 419; MANTOVANI, s. 412; POZZOLINI, s. 93, s. 96; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 421; ÖNDER, s. 389-390; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 257; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 460-461; DEMİRBAŞ, s. 388; SELÇUK, s. 804; ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 63; ÖNER, Hamdi, “Kalkışmada Kasdi Belirten Hareketler”, AD., 1945, s. 470-471; EREM, s. 325-326; EREM – DANIŞMAN – ARTUK, s. 297.

¹⁷⁴ ALLEGRA, s. 110.

¹⁷⁵ TOSUN, s. 229.

¹⁷⁶ ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 33.

hareketleri arasında ayırım yapılmasına karşı çıkmaktadırlar. Bu görüşü benimseyenlere göre, hareket başlı başına bir anlam ifade etmez, önemli olan failin kişiliğidir. Fail toplum bakımından tehlikeli bir kişilik gösteriyorsa, sonuca ne kadar uzak olursa olsun cezalandırılmalıdır. Daha açık ifadeyle, tehlikelilik hali gösteren bir kişiliği ortaya koyan hareketler -hazırlık hareketi olsa dahi- cezalandırılmalıdır. Bu nedenle bu görüş, hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımını reddetmekte ve tehlikelilik hali gösteren bir hareketi cezalandırmak için, hareketin daha ileri bir aşamaya taşınmasını beklemenin yersiz ve yararsız olacağını savunmaktadır¹⁷⁷.

Diğer yandan, hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayırımının terkedilmesinden yana olan, ancak hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını ileri süren görüşler de mevcuttur. Bu yazarlar, devletin müdahale alanının genişletilmesi fikrini esas alarak, hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedirler¹⁷⁸.

Yeni TCK., teşebbüs derecesindeki suçun cezalandırılması için, “*doğrudan doğruya icra hareketlerine başlama*”yı öngörmektedir. O halde, doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmayan, ancak suça hazırlık amacıyla gerçekleştirilen hareketler, hazırlık hareketidirler ve teşebbüsün sınırları dışında kalmaktadırlar. Daha önce belirttiğimiz sakıncalar nedeniyle, kanunumuz hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması esasını benimsemiştir.

¹⁷⁷ SINISCALCO, *Limiti iniziale della punibilità*, s. 140; Bkz. DÖNMEZER – ERMAN, C. I , s. 423.

¹⁷⁸ DÖNMEZER – ERMAN, C. I , s. 423-424.

Ancak kanun istisnai olarak bazı suçlarda hazırlık hareketlerini, tamamlanmış suçun cezasının verilmesi suretiyle cezalandırmıştır¹⁷⁹. Örneğin “*fuhuş*” kenar başlığı altında düzenlenmiş maddede, çocuğu fuhuşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhuşuna aracılık eden kişi, cezalandırılır. Ayrıca, bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri yapan kişilere de, aynen tamamlanmış suç gibi ceza verilir (YTCK. md. 227/1).

Kanun koyucu, izlediği suç siyaseti uyarınca bazı hazırlık hareketlerini bağımsız suç olarak düzenlemiş ve cezalandırmıştır¹⁸⁰. Bu bağlamda, bazen hareketin tipik özelliği gereği failin fiilinin veya kullandığı aracın, toplum üzerinde yarattığı tehlike ve huzursuzluk nedenleriyle, bazı hazırlık hareketleri cezalandırılma kapsamına alınmıştır¹⁸¹. Örneğin patlayıcı maddelere ilişkin hazırlıklar (YTCK. md. 315), suç işlemeye alenen tahrik (YTCK. md. 214), suç işlemek için örgüt oluşturma (YTCK. md. 220), vatana ihanet suçları (YTCK. md. 302) bu nedenlerle cezalandırılan hazırlık hareketlerinden bir kısmıdır. O halde, hazırlık hareketlerini, korunan menfaati tehlikeye maruz bırakıp bırakmamaları açısından bir ayırıma tabi tutmak mümkündür. Hazırlık hareketi olarak nitelendirilen hareketler, failin sosyal tehlikeliliğini ortaya koysa bile, korunan menfaat açısından objektif bir tehlike taşımadıklarından, kanun koyucu tarafından suç olarak öngörülmemektedir. Nitekim, kanun koyucu hazırlık hareketinin objektif bir tehlike taşıdığı kanaatine varırsa, bu hareketi ya tamamlanmış suç gibi cezalandırmakta, ya da ayrı bir suç olarak

¹⁷⁹ DEMİRBAŞ, s. 389.

¹⁸⁰ ALIMENA, Francesco, “L’attività esecutiva nel tentativo”, Il Foro It. 1936, s. 115-116 (**Attività esecutiva**); GULLO, s. 489; DEMİRBAŞ, s. 389.

¹⁸¹ POZZOLINI, s. 98; CONTENTO, s. 413; ÖNDER, s. 390.

düzenlemektedir. Kısacası, hazırlık hareketlerinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesinde kanun koyucunun dikkate aldığı kriter, failin sosyal tehlikeliliği değil, bu hareketlerin objektif yönden gösterdiği tehlikedir¹⁸². Ayrıca, suç olarak düzenlenen bu hazırlık hareketleri de, elverişli ve doğrudan doğruya gerçekleştirilmek istenen suçun icrasına yönelik olmalıdır¹⁸³.

Yine bazen hazırlık hareketleri bir suçun ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmiştir. Örneğin taklit anahtarla binaya girme suçunda, taklit anahtarın kullanılması ağırlatıcı bir nedendir (YTCK. md. 142/2.d).

1930 tarihli İCK.'da da, hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımı dolaylı olarak korunmaktadır. İlgili madde uyarınca, “*hareketlerin şüpheye yer vermeyecek*” şekilde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. O halde, hareketler arasında bir ayırım yapılmakta; icraya başlanması konusunda “*şüpheye yer verebilecek*” şekilde yapılan hareketler, hazırlık hareketi sayılmakta ve cezalandırılmamaktadır¹⁸⁴.

c. Hazırlık Hareketi – İcra Hareketi Ayırımına İlişkin Görüşler

Kanun koyucu, mülga TCK.'nın 61. maddesinde¹⁸⁵ yer alan düzenlemeyi değiştirerek, bu ayırımı ve beraberinde getirdiği sorunları bertaraf etmek istemiştir. YTCK.'nın 35. maddesindeki yeni düzenlemeye göre; “*Kişi işlemeyi kastettiği bir*

¹⁸² CONTENTO, s. 413.

¹⁸³ GULLO, s. 490.

¹⁸⁴ DE MARSICO, Alfredo, Diritto Penale, PG., Napoli 1937 (XV), s. 217-218; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 424.

¹⁸⁵ 765 sayılı mülga TCK.'nın 61. maddesine göre; bir kimse işlemeği kastettiği bir cürmün icrasına elverişli araçlarla başlayıp da, elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise, suça eksik teşebbüs etmiş sayılır.

suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu olur”.

Ancak kanun koyucunun, bu konuda başarılı olduğu söylenemez. Nitekim 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun mehzasını teşkil eden 1889 Zanardelli Kanunu'nda da aynı yönde bir değişiklik yapılmıştır. Ancak İtalyan doktrininde bir çok yazar, eski kanundaki hazırlık ve icra hareketi ayırımının, yeni kanunda da varlığını sürdürdüğünü ifade etmişlerdir. İtalyan ceza hukuku açısından yapılan bu değerlendirmeler, kuşkusuz bizim ceza kanunumuz için de geçerlidir. Şöyle ki, 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nda yer alan “*elverişli araçlarla icraya başlama*” ile 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda yer alan “*suç işlemek için şüpheye yer vermeyecek şekilde doğrudan elverişli hareketlerle icraya başlama*” ibareleri arasında hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayırımı açısından bir fark yoktur¹⁸⁶. Bu itibarla, eski Türk Ceza Kanunu'nda yer alan “*elverişli araçla icraya başlama*” yerine, yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer alan “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ibareleri öngörülmüştür. Ancak, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin olarak yapılan değişikliğe rağmen, hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımındaki zorluk varlığını devam ettirmektedir.

Her iki kanundaki düzenlemede de hareketin elverişli nitelikte olması ve belli bir suçu gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerektiği belirtilmekte; hatta yeni düzenlemenin eskiye nazaran daha geniş olduğu ifade edilmektedir. Ancak hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımında karşılaşılan zorluk, bir sorun olarak varlığını hala korumaktadır¹⁸⁷.

¹⁸⁶ DE MARSICO, s. 217-218.

¹⁸⁷ DE MARSICO, s. 217-218.

Hazırlık ve icra hareketleri, suçun oluşum sürecinde farklı iki aşamayı ortaya koymaktadır. Hazırlık hareketleri, suçun icrasına geçmeden önceki safhadır. Ancak, öyle somut olaylar vardır ki, hareketlerin niteliğini belirlemek oldukça güçtür. Zira, hazırlık niteliğinde olan bir hareket, somut olaydaki nedensel değeri araştırılınca suçun maddî unsuru içinde sayılabilmektedir. Hareketlerin hazırlık ve icraî nitelikte olup olmadıklarının belirlenmesi, teşebbüsün başlama sınırının bilinmesi bakımından önem taşımaktadır¹⁸⁸.

Kanun koyucu, teşebbüsün olumsuz unsurları arasında sayılan tamamlanmayan hareketten söz ederken, henüz yapılmaya başlanmayan hareketi kastetmek istememiştir. Burada da, cezalandırılabilir teşebbüsün başlangıcını, kuşkusuz ki icra hareketleri oluşturmaktadır. İcra hareketleri öncesinde yapılan hareketler aşamasında “suçun icrasına” henüz başlanılmamıştır¹⁸⁹. Bunlar düşünce aşamasında kalan hareketlerdir¹⁹⁰. Ancak, suçun icrasına hangi andan itibaren başlanılmış sayılacaktır? Hangi hareketler suçun icrasına başlanıldığının işaretidir? Örneğin, zehir satın almak veya mağduru öldürmek için silahla beklemek, suçun icrasına başlanıldığını mı göstermektedir? Diğer yandan, zehirli bir içecek hazırlayıp mağdura ikram etmek veya mağduru öldürmek için silahla hedef alıp elini tetiğe götürmek ya da hırsızlık yapmak amacıyla geceleyin bir kimsenin evinin kapısını zorlamak, suçların icraî hareketleri midir? İşte bu noktada, hazırlık hareketleriyle – icra hareketlerini birbirinden ayırmanın önemi ortaya çıkmaktadır¹⁹¹.

¹⁸⁸ PULITANÒ, s. 473.

¹⁸⁹ BATTAGLINI, **Tentativo**, s. 418-419; BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 428; COSTANZO, s. 682.

¹⁹⁰ COSTANZO, s. 682.

¹⁹¹ FIORE, **Parte generale**, s. 47-48.

Hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayırımı konusunda, doktrinde çok çeşitli görüşler ve kriterler ileri sürülmüştür. Soyut olarak hazırlık ve icra hareketlerini tanımlamak kolaydır. Ancak, somut olarak hangi hareketin hazırlık, hangisinin icra hareketi olduğunu tespit etmek oldukça güçtür¹⁹². Şimdi bu ayırımı ortaya koyabilmek için, doktrinde ileri sürülen görüşleri değerlendireceğiz.

aa. Objektif Görüşler ve Ölçütler

Objektif görüşler, failin iradesini değil, yaptığı hareketin niteliğini esas alırlar¹⁹³. Aşağıda inceleyeceğimiz her bir görüş objektif ölçütleri temel alarak, hazırlık hareketleri – icra hareketleri arasındaki farkı açıklamaya çalışmışlardır.

aaa. Kronolojik Görüş

Kronolojik görüşte, hareketler, uzak, yakın ve çok yakın olarak ayrılmaktadır. Bu görüşü ileri süren yazarlar, kronolojik esası benimseyerek tamamlama anına uzak olan hareketleri hazırlık, yakın ve çok yakın olan hareketleri ise icra hareketi olarak kabul etmektedirler. Ayrıca bu görüşte teşebbüs, uzak teşebbüs ve yakın teşebbüs diye de ikiye ayrılmıştır¹⁹⁴.

Doktrinde kronolojik görüş eleştirilmiş ve bu görüşün tek başına hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayırımında ölçüt olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir. Hareketlerin sonuca uzak veya yakın olması, onun hazırlık veya icraî niteliğini ortaya koymamaktadır. Zaman, bazen hareketin sonucu gerçekleştirme etkisini

¹⁹² BOSCARRELLI, Marco, Compendio di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 1994, s. 142.

¹⁹³ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 462.

¹⁹⁴ CAVALLO, **Parte generale**, s. 734; PETROCELLI, s. 99; MASSARI, **Le dottrine generale del diritto penale**, s. 168; MASSARI, Eduardo, **Il Momento Esecutivo del Reato**, Napoli 1934, s. 113 (**II momento esecutivo**); SCARANO, s. 15; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 425; TANER, s. 269.

azaltırken, bazen de aynı sonucun çok uzun bir sürede elde edilmesini sağlayabilir¹⁹⁵. Örneğin, düşmanını zehirlemeye çalışan kişi, bu düşüncesini iki gün veya iki ay sonra icra edebilir. Bu nedenle hareketin uzaklığı veya yakınlığı hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımında sağlıklı bir sonuç vermemektedir. Ancak bu görüş, esaslı bir ölçüt olmasa da, diğer ölçütleri tamamlayıcı bir nitelik taşıması bakımından önemlidir¹⁹⁶.

bbb. Şüpheye Yer Vermeme Görüşü (İltibasa Yer Vermeme veya Tek Anlamlı Hareket Görüşü)

Dış dünyada ortaya çıkan suçu oluşturmaya yönelik hareketlerin, öncelikle belirlenmesi gereken niteliği şüpheye yer vermeyecek şekilde somutlaşmalarıdır. CARRARA tarafından ileri sürülen bu görüşe göre; hareket failin bir suça yöneldiğini şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya koyabiliyorsa icra hareketi, buna karşılık failin gerçekleştirdiği hareketin, hangi suça yönelik olduğu kesin olarak belirlenemiyorsa, hazırlık hareketi olarak değerlendirilir. Bu görüşte önemli olan, hareketin tek anlama gelip gelmediğinin tespitidir. Tek anlama gelen hareket icra, birden çok anlama gelen hareket ise hazırlık hareketi olarak nitelendirilir. Fail, icra hareketlerini gerçekleştirdikten sonra artık suç işleme iradesini inkar edemez. İcra hareketleri, suç işleme konusunda artık hiçbir şüpheye yer vermeyecek niteliktedir¹⁹⁷. Örneğin, failin öldürmek için bir silah alması ve mağdura karşı silahı

¹⁹⁵ YÜCE, Turhan Tufan, Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İlet Teorisinin Bu Probleme Tatbiki Denemesi, Erzurum 1968, s. 16; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 425; CAVALLO, **Parte generale**, s. 734.

¹⁹⁶ PETROCELLI, s. 100; YÜCE, s. 16; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 425.

¹⁹⁷ CARRARA, **Grado nella forza fisica**, s. 433; CARRARA, **Programma**, s. 323-324; BOScarelli, s. 142; MASSARI, **Le dottrine generale del diritto penale**, s. 169; ANTONINI, Anna Maria, “Gli “atti preparatori” nel codice e nella legislazione speciale”, La Giust. Pen. 1982, s. 238; SANTORO, **Tentativo**, s. 1145; POMPEI, s. 23.

doğrultması olayında, ortaya konulan hareketler yaralama ya da adam öldürme suçunu işleme konusunda herhangi bir şüpheye yer bırakmamaktadır¹⁹⁸. Oysa ki, hazırlık hareketlerini gerçekleştiren fail, söz konusu hareketler üzerinde geniş bir iktidara sahiptir ve henüz suç işleme iradesi dış dünyada somutlaşmadan, bu kararından dönme imkânı vardır. Örneğin, hırsızlık yapmak isteyen kimse, bir merdiven temin eder, merdiveni pencere altına götürürse, bu faaliyetler failin hazırlık hareketi olarak nitelendirilir. Çünkü failin bu hareketinden hangi suça yöneldiğini belirlemek mümkün değildir. Zira fail, sevgilisiyle konuşmak, hırsızlık yapmak, tecavüz etmek veya öldürmek amacıyla merdiveni pencere altına getirebilir. Ancak, failin evin içine girmesi ve değerli eşyaları alması, hırsızlık suçu bakımından şüpheye yer bırakmayacak nitelikteki hareketlerdir¹⁹⁹.

Bir hareketin şüpheye yer vermemesi, onun oluşum derecesini göstermekte ve hangi suça yönelik işlendiğinin somut olarak ortaya çıkmasını sağlamaktadır²⁰⁰. Bir hareketin şüpheye yer vermeyecek şekilde suça yöneldiğinin tespiti için, öncelikle failin kastının ortaya çıkardığı bir fiil gereklidir. Fiil suç işlendiğine dair şüpheli bir iradeyi yansıtıyorsa, faili cezalandırmak mümkün değildir²⁰¹. O halde, suçu oluşturacak olan hareketin tek anlamlılığı, failin iradesi ile açığa kavuşturulabilir. Ancak sadece bu iradenin açığa vurulması yeterli değildir, başka

¹⁹⁸ MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 169.

¹⁹⁹ CARRARA, *Grado nella forza fisica*, s. 432-434; CARRARA, *Programma*, s. 324-325; CAVALLO, *Parte generale*, s. 51-52; MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 169; DE MARSICO, s. 218.

²⁰⁰ GAMBERINI, s. 313.

²⁰¹ GUARNERI, Giuseppe, "Tentativo di delitto, vecchia e nuova maniera di intenderlo", *Giuris. Pen.*, Vol. II, 1955, s. 47-48 (**Tentativo**); IMPALLOMENI, s. 346; SOYASLAN, s. 87.

unsurların varlığına da ihtiyaç vardır. Hareket ve suçlu iradenin yanında, suçun üzerinde işlenebileceği bir maddî konunun da bulunması gerekir²⁰².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, hazırlık hareketleriyle – icraî hareketleri arasındaki tartışmayı ortadan kaldırmak amacıyla yeni bir düzenleme getirmiştir. Kanunun 35. maddesinde, teşebbüsün varlığı için “*doğrudan doğruya*” cezaî sonuca neden olacak hareketi yapmaya başlama şartı aranmaktadır.

Yeni TCK., her ne kadar “*doğrudan doğruya icraya başlama*” kriterine yer vermişse de, bu konuda belirgin bir ölçü getirememiştir. “*Doğrudan doğruya*”, sözlük anlamı itibariyle “dolaysız, araçsız, araya başka birşey girmeden, re’sen” anlamlarını taşır. Kanunun bu ibaresini, daha anlaşılır hale getirebilmek için aynı yönde düzenleme getiren İCK.’ya bakmak gerekir. Hazırlık ve icra hareketleri ayırımı konusunda, İCK. “*şüpheye yer bırakmama – itibasa yer vermeme*” kriterini esas almaktadır. “*Doğrudan doğruya icraya başlama*” ibaresine anlam itibariyle, en yakın kriter olarak “*şüpheye yer bırakmama*” kriterinin temel alınması ve bu ibarenin bu ölçüte göre yorumlanması gerektiği kanaatine biz de katılmaktayız²⁰³.

Yargıtay, 765 sayılı TCK.’nın yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu bir kararında şüpheye yer vermeme kriterinden söz etmiştir. “*Yerleşmiş Yargıtay İçtihatları itibariyle bir hareketin icra hareketi sayılabilmesi için; günlük hayat tecrübelerine göre işlenmeye karar verilen suça yönelmeyi itibasa yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketlerdir. Şayet; falin hareketi, işlenmesi kararlaştırılan fiilin kanuni unsurunu oluşturacak boyuta henüz ulaşmadığı anlaşılırsa ortada işlenmesi kararlaştırılan suçun tecziyesi mümkün olmayan hazırlık hareketi*

²⁰² CAVALLO, **Parte generale**, s. 739, s. 741.

²⁰³ Görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI, s. 315.

bulunmakta fakat yapılan hareket mevcut aşaması itibariyle başka bir suç oluşturmaktaysa failin o suçtan sorumlu tutulması (TCK.'nun 61/son maddesi) gerekir”²⁰⁴.

“Doğrudan doğruya” cürmî harekete başlamak, özünde belli bir suçü tamamlamak amacıyla şüpheye mahal vermeyecek, icraî faaliyetleri gerçekleştirmeye başlamak anlamına gelmektedir. Failin hareketleri, işlenmek istenen suçü ilişkin olarak şüphesiz, açık ve kesin bir yargı ortaya koymalıdır²⁰⁵.

Doğrudan doğruya icraya yönelik olan hareketler, doktrinde sübjektif ve objektif olmak üzere iki açıdan değerlendirilmektedir. Sübjektif yönden icraî veya ihmâlî (ihmal suretiyle işlenen icra suçları da dahil) hareketin doğrudan doğruyalığı, failin suçü iradesinin, şüpheye yer bırakmaksızın dış dünyada somutlaşmasıdır. Örneğin, bir tabanca satın almak failin adam öldürme niyeti taşıdığını göstermemektedir, ancak öldürmek için nişan alınması ve ateş edilmesi failin işlemek istediğı suç iradesini açıkça belirtmektedir. Sübjektif anlayış, failin iradesine önem verdiğinden, doğrudan doğruya suçü yönelik hareketler de, bu iradeyi ortaya koymalıdır. Bu görüşte, iradeden fiili ortaya çıkarma çabası vardır. Diğer yandan, hareketin doğrudan doğruya icraya yönelik olması, objektif açıdan failin, iradesi doğrultusunda tipik fiili şüpheye yer vermeksizin gerçekleştirmesini gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle, failin suç işleme iradesinin tipik fiil üzerinde somutlaşması gerekmektedir. Objektif görüşte de, fiilden iradeyi ortaya çıkarma gayreti söz konusudur. Sübjektif açıdan failin iradesi, objektif bakımdan da bu

²⁰⁴ (1. CD., T. 01.02.1994, 102/136) C. I, s. 1194-1195.

²⁰⁵ GRANDE, Elisabetta, “Gli articoli 49 2° comma e 56 C.P. rivisitati”, Riv. it. di dir. e proc. pen., 1991, s. 1258; CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 57.

iradenin dış dünyaya yansıması olan fiil tereddütsüz bir şekilde ortaya konmalıdır²⁰⁶. Gerçekten de söz konusu hareketler, hukukî konuya zarar verebilecek ya da hukukî konuyu en azından tehlikeye maruz bırakabilecek nitelikte olmalıdır²⁰⁷. Doğrudan icraî olmayan hareketler, bu nitelikte olup olmadıkları hususunda şüphe duyulan hareketlerdir.

O halde, teşebbüsün cezalandırılması için, failin elverişli hareketlerle şüpheye mahal vermeyecek şekilde icraya başlaması gereklidir. Hareketlerin tek anlamlılığı, başka bir ifadeyle şüpheye mahal vermezlikleri yalnızca maddî unsurun belirlenmesine bağlı değildir. İcraî faaliyetler, söz konusu olan her bir suçun kanunî tarifinden anlaşılmaktadır. Ancak bu faaliyetlerin kesin olarak tespit edilebilmesi, aynı zamanda manevî unsurun oluşturan suçlu iradenin veya kastın yoğunluğunun da araştırılmasını gerektirir. Bir başka anlatımla, doğrudan doğruya yani şüpheye mahal vermeyen hareketlerin hangileri olduğunu belirleyebilmek için, maddî unsur yanında manevî unsurun da tespit edilmesine ihtiyaç vardır²⁰⁸. Fakat bu iki unsurun saptanması da, hazırlık hareketleriyle – icra hareketlerini ayırmaya yeterli olamamaktadır. Çünkü maddî unsurun tamamlayan manevî unsur, yani suçlu irade hazırlık hareketlerinde de mevcuttur. Bu nedenle, söz konusu kriter, hazırlık ve icra hareketlerini ayırmada esas olarak benimsenemez. Şüpheye yer vermeme kriteri, temelde maddî unsur üzerinden yola çıkılarak hareketlerin niteliğini

²⁰⁶ RIZ, s. 346; SINISCALCO, **La struttura del delitto tentato**, s. 113; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 509-510.

²⁰⁷ DE SANTIS, Anna Maria, “Sulla compatibilità tra dolo eventuale e delitto tentato”, Cass. Pen., Vol. II, 1988, s. 2069.

²⁰⁸ RANIERI, s. 346-347; MANZINI, Vincenzo, “Il tentativo nel delitto di minaccia”, Ann. di dir. e proc. pen. 1939, s. 938 (**Il tentativo**); PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 519-520; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 515; GAMBERINI, s. 312.

belirlemektedir²⁰⁹. SCARANO, icra hareketlerinin doğrudan doğruya niteliğinin, sübjektif açıdan değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, failin bir suçu işlemeye yönelik hareketlerini ortaya koyması, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda düzenlenen “şüpheyeye yer vermeme” niteliği açısından yeterlidir²¹⁰. ANTONINI ise, hareketin doğrudan doğruyalığının, hem sübjektif hem de objektif unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirterek karma bir görüş ortaya koymuştur. Buna göre, doğrudan doğruya icraya yönelik hareketler, sübjektif yönden ele alınırsa işlenmek istenen suçu ortaya koyan irade olarak; objektif yönden değerlendirilirse işlenmesi kastedilen suçun somutlaştığı fiil şeklinde tanımlanabilir²¹¹.

1930 tarihli İCK., hareketlerin bir suça yönelmiş olmalarının şüpheyeye yer vermemesini, teşebbüsün bir unsuru kabul etmiştir. Bu şekilde hazırlık hareketi ve icra hareketi arasındaki farkı ortaya koymaya çalışmıştır.

Bu görüş de kendi içinde bir takım sakıncalar içermektedir. Hareketlerin şüpheyeye yer vermedikleri, ya hareketin kendisinden anlaşılabilir ya da hareketin dışında kalan etkenlerden yola çıkılarak belirlenebilir. Örneğin, geceleyin eve giren failin, adam öldürmeye teşebbüs edip etmediğini ya hareketine bakarak, ya da hareketinin dışındaki diğer delilleri esas alarak belirlemek gerekecektir²¹².

²⁰⁹ RANIERI, s. 347; MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 170.

²¹⁰ SCARANO, s. 108-110, s. 126-127.

²¹¹ ANTONINI, s. 245.

²¹² PETROCELLI, s. 66; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I.*, s. 428.

İlk ölçüt esas alınır, suçun kurucu unsuru olmayan bir hareket, örneğin merdiven kurmak, tek başına ele alındığında, suç teşkil etmeyen herhangi bir fiile de yönelmiş olabilir. Bunun dışında suç teşkil eden bir fiile yönelmiş de olsa, failin hangi sonucu elde etmek istediğini kesin olarak ortaya koymaktan uzaktır. İkinci kriter kabul edilecek olsa, yani diğer unsurlarla hareketin şüpheye yer vermezliği belirlenecek olsa, hazırlık ile icra hareketleri arasında bir ispat sorunu yaratılmış olur²¹³.

Diğer yandan, bu kriterin kabul edilmesi ile hareketler, ister hazırlık isterse icraî olsun, bu kez de şüpheye mahal veren ve vermeyen hareketler olarak nitelendirilmektedir. Ancak, kanaatimizce tek anlamlı ve birden çok anlamlı hareket ayırımının, hazırlık ve icraî hareket ayırımı ile bağdaştığı görüşü doğru değildir. Çünkü, bu kriter, gerek hazırlık gerekse icraî olarak nitelendirilen hareketler için, bir suçu gerçekleştirme iradesinin şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konulmasını gerektirmektedir²¹⁴. İşte içine düşülen bu çıkmaz nedeniyle, CARRARA fikir değiştirerek “mağdurun faaliyet alanına taşma” görüşünü esas almıştır²¹⁵.

ccc. Mağdurun Faaliyet Alanına Taşma Görüşü

CARRARA şüpheye yer vermeyecek hareketleri ayırma konusunda içine düştüğü çıkmaz nedeniyle, ortaya attığı kriterden vazgeçerek, mağdurun faaliyet alanına taşma kriterini esas almıştır. Bu bağlamda, failin faaliyet alanında kalan

²¹³ PETROCELLI, s. 66.

²¹⁴ Aynı görüş için bkz. SALTELLI – ROMANO-DI FALCO, s. 380; LEONE F., s. 342.

²¹⁵ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 420.

hareketler hazırlık hareketleri, buna karşılık mağdurun faaliyet alanına giren hareketler ise icra hareketleridir²¹⁶.

Bu görüşü savunan diğer yazarlar, çeşitli ayırımlarla teoriyi açıklamaya çalışmışlardır. Bir kısmı, “başkasının hak alanına girilmeyi belirten” hareketleri icra, bu nitelikte olmayan hareketleri ise hazırlık hareketi, diğer bir kısmı “başkasının hakkının ihlal edilmesinin başlangıcını ifade eden hareketleri” ve bazıları da “üçüncü şahısların hukuken korunan yararları alanına giren hareketleri” icra hareketi olarak kabul etmişlerdir²¹⁷. Fakat, bu kriterin özünde, hazırlık ve icra hareketlerini ayırmak için, hareketin failin faaliyet alanından çıkıp mağdurun faaliyet alanına girmesi gerekmektedir.

Hazırlık hareketlerinden icra hareketlerine geçiş anı, bir hukuk normunun ihlal edilmesi ile başlamaktadır. Hukuk normları, üçüncü kişilere ait hak ve menfaatleri korumaktadır²¹⁸. Bunların ihlali ile mağdurun faaliyet alanına girilmiş demektir.

Bu görüş de eleştirilmiştir. Denilmiştir ki, mağdurun faaliyet alanı son derece belirsiz bir kavramdır ve bu anlayış, bizi kabul edilemez sonuçlara götürür. Örneğin, bombanın veya zehirli bir paketin gönderildikten sonra gideceği yere ulaşmaması halinde faili cezalandırmak mümkün değildir²¹⁹. Bu görüş, ancak maddî konusu olan örneğin mülkiyete veya kişilere karşı işlenen suçlarda bir anlam ifade etmektedir.

²¹⁶ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 52; BATTAGLINI, *Parte generale*, s. 428-429; ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 420; ANTONINI, s. 238; SANTORO, *Tentativo*, s. 1145; POMPEI, s. 23; TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 258-259.

²¹⁷ PETROCELLI, s. 101; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I*, s. 426.

²¹⁸ DÖNMEZER, s. 443.

²¹⁹ Örnek için bkz. IMPALLOMENI, s. 347.

Bunun yanında, doğrudan bireysel değerleri korumayan suçlarda, örneğin firar suçlarında, mağdurun faaliyet alanının belirlenmesi oldukça güçtür²²⁰.

Sonuç olarak denilebilir ki, bu teori kapsamında ileri sürülen görüşlerin ortak paydasını oluşturan husus, hazırlık hareketlerinin yapılmasıyla henüz norm tarafından korunan hukukî menfaatin herhangi bir zarara veya tehlikeye uğramaması, dolayısıyla bu hareketlerin ceza hukukunun uygulama alanı dışında kalması gerektiğidir²²¹.

ddd. Suçun Kanunî Tipi Görüşü (Şekli Objektif Görüş)

Almanya'da ortaya çıkan ve İtalya'da da bir kısım yazarlarca²²² savunulan görüş, sorunun çözümünü kanunî tipte bulmuştur. Kanunî tanıma giren suçun kurucu unsurunu veya suçun ağırlaştırıcı nedenini oluşturan hareketler icra hareketi, kanunî tipteki tanımlama dışında kalan veya suçu hafifleten hareketler hazırlık hareketi olarak nitelendirilmektedir²²³. Bunlara göre, tipik hareketin yapılmaya başlanması ile icra hareketleri de başlamaktadır. Bir başka deyişle, fail tarafından yapılan hareketler, failin gerçekleştirmek istediği suça yönelikse, teşebbüse ait bir icranın başlangıcının var olduğu kabul edilmektedir²²⁴. Açıktır ki, teşebbüs, tipik norma bağlı olarak hareketin gerçekleştirilmeye başlanması ile ortaya çıkabilir. Bu görüşte,

²²⁰ CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 52; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 420; MASSARI, **Le dottrine generale del diritto penale**, s. 170-171; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 515.

²²¹ DÖNMEZER, s. 443.

²²² BATTAGLINI, Giulio, "L'incompiutezza dell'azione nel tentativo", A. XIII, Roma 1935, s. 142 vd. (**L'incompiutezza dell'azione**); PANNAIN, s. 440 vd.; ALIMENA, **Attività esecutiva**, s. 107 vd.; BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 429; BATTAGLINI, **Tentativo**, s. 418.

²²³ MANTOVANI, s. 412; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 420; LEONE F., s. 339-340; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 425; SÖZÜER, s. 194.

²²⁴ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 420-421; LEONE F., s. 343-345; DELOGU, s. 556; DÖNMEZER, s. 440; YÜCE, s. 17.

icra hareketleri her bir suçun kanuni tipinde yer alan unsurlarından çıkarılacaktır, bu değerlendirmenin dışında kalanlar ise hazırlık hareketi olarak nitelendirilecektir. Bu görüşe “şekli objektif görüş” adı da verilmektedir²²⁵.

Esasen bu görüşe bağlı kalmakla, farklı bir formül öngören PETROCELLI’ye göre, icraî nitelikte bir hareket yalnızca araç ya da amacı gerektirmemektedir. Bu amacı elde etme doğrultusunda nedensel enerjiye de sahip olmalıdır. Hareket, iki koşulun varlığı halinde mümkündür; ancak bu koşulların ne amaç kriteri ne de nedensellik kriteri dışında değerlendirilmesi mümkündür. Aksi takdirde, işlenmemiş ve bilinçsiz bir hareket olarak nitelendirilir, kuşkusuz söz konusu hareket de icraî özellikte kabul edilmez. Araçsız amaç, amaçsız araç olamaz. Ancak, araç kelimesi ile yalnızca failin dışındaki herhangi bir eşya ifade edilmek istenmemiştir, bilâkis amacı gerçekleştirmeye yönelik kullanılan dış dünyada veya kişide bulunan herhangi bir enerji de bu kapsama dahil edilmektedir. Bu bağlamda, suçtaki ihlali gerçekleştirmeye yönelik enerji, amaca uygun harekete geçirildiğinde icraî niteliktedir. Hareketin içindeki enerji (araç), icraî hareketi oluşturan her bir davranışta olmasına rağmen, henüz herhangi bir fonksiyona sahip değildir. Bu anlamda, araç vardır ancak özündeki enerji, çaba, henüz harekete geçmemiştir. O halde, araç durmaktadır, henüz kullanılmamıştır; nedensel enerji açıklanmaya başlanmamışsa henüz hareket gerçekleştirilmemiştir. PETROCELLI, araç, cürmi amacı elde etmek için kullanıldığı, daha doğrusu suçtaki bir ihlali gerçekleştirebilmeye yönelik enerji amacına uygun olarak harekete geçirildiği zaman, icraî nitelikte bir hareketten söz edilebileceğini ifade etmektedir. Yargıç,

²²⁵ ALIMENA, *Attività esecutiva*, s. 117-118; MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 172-173; BATTAGLINI, *L’incompiutezza dell’azione*, s. 145; FIANDACA – MUSCO, *Parte generale 1999*, s. 411; DEMİRBAŞ, s. 391; SÖZÜER, s. 194-195.

tecrübelerini de kullanarak hareketin ne zaman başladığını, nedensel enerjinin fiilen açıklandığı anı, her bir suç için öngörülen kanuni tipten çıkarmalıdır²²⁶.

Doktrinde bir kısım yazar, bu görüşün çok soyut kaldığını, kanuni tipe giren hareketlerin değişkenliği dolayısıyla, bu hareketleri kesin olarak tespit etmenin imkânsız olduğunu ileri sürmüşlerdir²²⁷. Bu tespit, özellikle serbest hareketli suçlar bakımından sorun yaratmaktadır. Bu suçlarda, örneğin adam öldürme suçunda icra hareketleri nişan alınması ile mi, tetiğin çekilmesi ile mi yoksa tüfeğin ateşlenmesi ile mi başlamaktadır? Görülüyor ki, bu kriterle icra hareketlerinin belirlenmesi bir sıkıntıya yol açmaktadır²²⁸.

Bu görüş, ilk bakışta kabul edilebilir bir kriter getirmektedir. Haklı olarak, sadece bağlı hareketli suçlar bakımından bir geçerlilik taşıdığı eleştirisi yapılmıştır. Bağlı hareketli suçlarda, kanun koyucu sonucu meydana getirmeye elverişli olan hareketleri suç ipotezinde belirlemiştir. Buna karşılık, serbest hareketli suçlarda, kanun koyucu suç ipotezinde hareketi belirlememiştir, sadece sonucu belirtmiştir. Bu nedenle, bu tür suçlarda tipik hareketin ne zaman başladığını tespit etmek oldukça güçtür. Ancak, serbest hareketli suçlarda da sonucu doğuracak olan elverişli hareketler, icraî hareket olarak nitelendirilir. Bir başka ifadeyle, elverişli hareketler cezalandırılabilen bir teşebbüse vücut verebilirler. Kanunî tariflerle birlikte sonucu doğurmaya elverişli hareket kriteri, serbest hareketli suçlar açısından bir takım eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bu doğrultuda, serbest hareketli suçların,

²²⁶ PETROCELLI, s. 128-129, s. 132.

²²⁷ MASSARI, *Il momento esecutivo*, s. 135; SCARANO, s. 6; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I.*, s. 425.

²²⁸ SCARANO, s. 6-7.

teşebbüsün cezalandırılma alanını çok genişlettiği, bağlı hareketli suçların ise daralttığını ve bu nedenle sosyal düzeni sağlayamadığı ileri sürülmüştür²²⁹.

Sözü edilen gerekçelerle, bu görüş de hazırlık ve icra hareketlerini ayırmada yetersiz kalmıştır²³⁰.

eee. Maddî Objektif Görüş

Şekli objektif görüşe göre, daha geniş olan bu anlayış esasen iki ana görüş altında ele alınmaktadır.

aaaa. Frank Görüşü

Suçun kanuni tarifi görüşünün yetersizliği karşısında, özellikle MASSARI ve VANNINI tarafından nedensellik teorisi geliştirilmiştir. Yazarlara göre, icra hareketleri yalnızca kanuni tipte öngörülen değil, öncesinde yapılan ve suçun icra hareketlerine bağlı olanları da içermektedir²³¹. Alman ceza hukukçusu Frank tarafından ortaya atılan bu görüş, İtalyan doktrininde de etkili olmuştur. Bu nedenle özünde maddî objektif teoriye dayanan bu görüş, “Frank görüşü (teorisi)” olarak bilinmektedir²³². Türk doktrininde de ÖNDER, Frank teorisini benimseyen yazarlardandır²³³.

²²⁹ BETTIOL, *Parte generale* 1976, s. 537-538; BETTIOL, *Parte generale* 1982, s. 566; BETTIOL-MANTOVANI, s. 625; MANTOVANI, s. 413; ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 421; PAGLIARO, *Parte generale* 2000, s. 516; PAGLIARO, *Parte generale* 1998, s. 512; PULITANÒ, s. 475; ANTONINI, s. 239.

²³⁰ MANTOVANI, s. 413; ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 421; PAGLIARO, *Parte generale* 2000, s. 516; PAGLIARO, *Parte generale* 1998, s. 512; PULITANÒ, s. 475; VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 22-23; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 464.

²³¹ MASSARI, *Il momento esecutivo*, s. 132-133; SCARANO, s. 10; VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 13-14.

²³² SÖZÜER, s. 197; Görüşü savunanlar için bkz. VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 13-14; MASSARI, *Il momento esecutivo*, s. 132-133; ÖNDER, s. 394-395.

²³³ ÖNDER, s. 394-395.

Bu görüş, suç normunda tanımlanan hareketlerin yapılmasını yeterli bulmamaktadır, ayrıca bu hareketlerle bağlantılı olan diğer hareketlerin de yapılması durumunda icraya başlandığı kabul etmektedir²³⁴. Failin hareketi, içerik itibarıyla değerlendirilip, suç tipi ile maddî – anlamsal bağlantısı esas alınmaktadır²³⁵. Bu görüş “zorunlu bağlılık” kavramını ortaya atmıştır. Zorunlu bağlılık kavramı ile tipik hareketin ayrılmaz bir parçası sayılabilen her faaliyet icraî nitelikte kabul edilmektedir²³⁶.

Bu anlayış, şekli objektif görüşe göre daha geniştir. Bunun nedeni, Frank teorisinin bir hareketin icra hareketi olarak nitelendirilebilmesi için, kastedilen suçla doğrudan doğruya bağlantısı olan bir fiilin işlenmesini yeterli görmesidir²³⁷.

Görüşün genişletici karakteri sosyal savunmayı sağlamaya daha elverişlidir. Gerçekten de, icra başlangıcı yalnızca öngörülen kanunî tipin bir kısmının gerçekleştirilmesiyle başlamamakta, aynı zamanda bu hareketin oluşmasında gerekli görülen önceki hareketleri de içine almaktadır²³⁸.

Ancak bu görüşün eleştirilen yönü, icra hareketlerine zorunlu olarak bağlı ve bu hareketlerle doğal bir bütünlük oluşturan hareketleri belirlemede belli ve sağlam bir kriterin olmayışıdır. Dolayısıyla bu durum, bir takım hazırlık hareketlerinin, suç tipinde belirlenen hareketlerle ilişkilendirilmesini mümkün kılmaktadır. İşte bu nedenle, cezalandırma kapsamı dışında kalan kimi hazırlık hareketlerinin de

²³⁴ MANTOVANI, s. 413; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 411; YÜCE, s. 18.

²³⁵ SÖZÜER, s. 197; İÇEL ve diğerleri, s. 325.

²³⁶ SÖZÜER, s. 197.

²³⁷ BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 431; ÖNDER, s. 395.

²³⁸ SCARANO, s. 8.

cezalandırılması sonucu ortaya çıkmaktadır²³⁹. Ayrıca icra hareketine zorunlu bağıllık içinde olan hareketlerin tespitinde önerilen “doğal anlayış” ölçütü belirsizdir. Daha açık ifadeyle, harekete zorunlu bağıllık olan diğer hareketlerin belirlenmesinde üçüncü kişilerin mi, yoksa failin anlayışının mı esas alınacağı hususu eleştirilmektedir²⁴⁰. Tipik fiile bağıllık icra hareketleri çok geniş bir kavramdır, bu nedenle de icra hareketlerinin başlangıcının belirlenmesi, kişi hak ve özgürlükleri açısından sınırlayıcı sonuçlar doğurabilir²⁴¹.

Bu anlayış, suçun kanunî tarifi görüşünün eleştirilen yönlerini bertaraf etmiştir. Ancak, ifade ettiğimiz gerekçelerle, bu görüş de genel bir çözüm olmaktan öteye gidememiştir. Bu nedenle, bu görüşü savunan yazarlar, icra hareketlerini tespit edebilmek amacıyla farklı ölçütlere yönelmişlerdir.

bbbb. Hukukî Konuyu İhlal Etme Görüşü

Maddî objektif görüşün taraftarları, yapılan eleştirileri dikkate almış ve Frank anlayışını genişleterek daha belirleyici bir ölçüt ortaya koymuşlardır²⁴².

Söz konusu görüş²⁴³, normla korunan hukukî yararı ihlal eden hareketleri icra, bundan önceki hareketleri hazırlık hareketi olarak kabul etmektedir. Hazırlık hareketleri, normla korunan yararın bir kısmını dahi ihlal etmemektedir. Bu tür hareketler, yalnızca failin ihlal etme amacını taşıdığını göstermekte, ancak bu

²³⁹ YÜCE, s. 18; SÖZÜER, s. 197-198.

²⁴⁰ SÖZÜER, s. 197-198; İÇEL ve diğerleri, s. 326.

²⁴¹ SOYASLAN, s. 74.

²⁴² YÜCE, s. 15.

²⁴³ Görüşün savunucuları için bkz. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 483 vd.; VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 19-20, s. 23-24; MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 171-172; MASSARI, *Il momento esecutivo*, s. 132-133; ROSSI, Antonio, *Natura Giuridica e Struttura della Desistenza Volontario*, Cosenza 1968, s. 63-64.

kararını kesin bir şekilde ortaya koymasına yeterli olmamaktadır. Bu görüşün özünde, suç ipotezinde korunan hukukî yararın ihlal edilmesi yer almaktadır²⁴⁴. Örneğin, düşmanını öldürmek amacıyla silahını alıp çitin gerisine saklanan kişi, henüz yaşam hakkını ihlal etmemektedir. Ne zaman mağdura doğru ateş eder, korunan menfaatin ihlali başlar²⁴⁵.

Bu görüşte olanlar, suçun icrasına başlanıldığının kabulü için, hukuken korunan menfaatin “doğrudan veya somut” olarak tehlikeye maruz bırakılması gerektiğini savunmaktadırlar. Tehlikenin varlığı ise, ortalama bir insanın sahip olduğu genel hayat tecrübelerine göre, ex ante bir şekilde değerlendirilecektir. *Ex ante* değerlendirme, geçmişe, suçun işlendiği ana bir yolculuk olarak ifade edebilir. Değerlendirmede, olağan hayat tecrübelerine göre fiilin yapıldığı anda bilinebilen olaylar esas alınacaktır²⁴⁶. Bu ihlalin belirlenmesi ile, icra hareketlerinin başladığı kabul edilmelidir. O halde, failin harekete geçirdiği nedensellik serisi, ortalama bir insanın hayat tecrübelerine göre, korunan menfaat açısından somut bir tehlike oluşturmakta ise, ancak icra hareketlerinin başladığından söz edilebilir²⁴⁷.

Görüşlerini bu teori ışığında açıklamaya çalışan MANZINI, icra hareketlerinin “bir ceza kuralının bilfiil ihlali” ile başladığını, o ana kadar yapılan hareketlerin hazırlık hareketi olduğunu belirtmiştir. Cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığı için, failin ceza kanunundaki belli bir suçu ihlale başlamış olması gerekir²⁴⁸.

²⁴⁴ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 53; LEONE F., s. 339; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT , s. 463.

²⁴⁵ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 53-54.

²⁴⁶ MARINUCCI – DOLCINI, s. 298-299.

²⁴⁷ SÖZÜER, s. 198-199; YÜCE, s. 33.

²⁴⁸ MANZINI, *Parte generale*, s. 138; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 484.

VANNINI de ceza kuralı ile korunan hak veya menfaati ihlal eden hareketleri icra, bu niteliği taşımayanları ise hazırlık hareketi olarak değerlendirerek bu fikri kabul etmiştir²⁴⁹.

Doktrinde bu görüşü eleştiren yazarlar olmuştur. Bunlar, icra hareketlerinin ihlalle başladığını ancak bu ihlalin de icra hareketleri ile başladığını söyleyerek sorunu çözmekten çok, çözümsüzlük sonucunu doğuran bir kısır döngü içerisine soktuklarını ifade etmişlerdir²⁵⁰.

fff. Hareketin Nedensel Etkinliği Ölçütü

Bu ölçüt ilk kez Almanya'da BIRKMAYER tarafından ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, cezaî sonuç bakımından nedensel süreçte etkisiz olan hareketler hazırlık, cezaî sonuca ulaşmada etkili olanlar ise icra hareketleri olarak nitelendirilmektedir²⁵¹. Bir başka ifadeyle, hareket suçun bir şartı ise hazırlık, suçun bir etkeni ise icraî niteliktedir. İcra hareketi, tehlikeli bir durumu ortaya koyarken, hazırlık hareketinde bu tehlikeliliğin eksikliği önem arzetmemektedir²⁵².

BINDING de hareketin nedensel etkinliği kriterini esas almakta, ancak BIRKMAYER'in ileri sürdüğü en etkin şart nitelendirilmesi yönüyle, ondan ayrılmaktadır. BINDING'e göre; hareket suç tipinin oluşumuna kesin olarak neden olmakta ise icra; suç tipine neden oluşturucu hareketi mümkün kılan şartlardan ise

²⁴⁹ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 21; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I*, s. 427.

²⁵⁰ PETROCELLI, s. 101-102; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I*, s. 427.

²⁵¹ SCARANO, s. 18; IMPALLOMENE, s. 348; LEONE F., s. 336; MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 171; ROMANO-DI FALCO, s. 147; ANTONINI, s. 239; SANTORO, *Tentativo*, s. 1145; CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 52.

²⁵² SCARANO, s. 18-19; PETROCELLI, s. 121-122; MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 171; ROMANO-DI FALCO, s. 147; CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 52.

hazırlık hareketidir. BINDING, hareketin niteliksel, BIRKMAYER niceliksel özelliğini dikkate almaktadır²⁵³.

Ancak doktrinde bu görüş eleştirilmiştir. Denilmiştir ki, hareketlerin niteliğini belirlemede esas alınan şart – etken ve tabii ki hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağı, teknik açıdan bu ayırım için yeterli bir kriter olamamaktadır. Hazırlık hareketleri – icra hareketleri arasındaki farkı ortaya koyan tehlikelilik kriterinin güvenilir olduğu düşünülebilir, ancak ex post şekilde yani suç sonrası yapılan değerlendirmede, bazı hazırlık hareketlerinin de tehlikeli niteliğe sahip olduğu tespit edilmiştir²⁵⁴.

ggg. Hareketlerin Tekrarlanması Ölçütü

Bu görüşe göre, icra hareketleri, tekrarlanıp devam ettirildikleri zaman suç meydana getirmeleri mümkün olan hareketler olarak tanımlanmaktadır. Hazırlık hareketleri ise ne kadar tekrarlanırsa tekrarlansın böyle bir sonuç meydana getirme özelliğine sahip değildirler²⁵⁵. Örneğin, adam öldürmek için silah satın almak, hazırlık hareketi olarak nitelendirilmektedir. Çünkü ne kadar silah alınır alınsın, bu hareketler bir suç oluşturmamaktadır. Silahın ateşlenmesi ise bir icra hareketidir. Bunun nedeni ise, ister bir kez isterse birden çok kez tekrarlanarak ateş edilsin, bu hareketler suç oluşturma kabiliyetini haizdirler²⁵⁶.

²⁵³ SÖZÜER, s. 195-196.

²⁵⁴ MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 171; CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 52-53.

²⁵⁵ ÖZGEN, Eralp, *Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi*, Eskişehir 1988, s. 68; EREM, s. 326-327.

²⁵⁶ ÖZGEN, s. 68; MALKOÇ, s. 623.

bb. Sübjektif Görüşler ve Ölçütler

Objektif kriterlerle hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayırımına, kişi özgürlükleri ile sosyal korunma arasında dengeli bir çözüm bulunamayınca, doktrinde sübjektif nitelikte olan görüşler ileri sürülmüştür²⁵⁷.

Sübjektif görüşlere göre; teşebbüste tipik sonuç gerçekleşmediğinden, teşebbüse ruh ve anlam kazandıran, failin suç işlemeye yönelik kastıdır. Bu görüşler arasında farklar olmasına rağmen, temelde üzerinde fikir birliğine varılan husus, teşebbüste cezalandırılan hareketin, suçlu iradeyi şüpheyeye yer vermeyecek şekilde ortaya koymasıdır. Bir görüş, icra hareketlerinin tehlikeli bir durumu ortaya koymalarına karşın, hazırlık hareketlerinin böyle bir nitelik taşımadıklarını ifade etmiştir²⁵⁸. Teşebbüs konusunda, sübjektif ölçütleri en aşırı biçimde uygulama isteği ile hareket eden bu görüştekiler, failin suçlu iradesini ortaya koyan herhangi bir hareketi, icraî nitelikte kabul etmektedirler²⁵⁹. Bu bağlamda, FERRI'nin verdiği örnek dikkat çekicidir. Sübjektif görüşlerin tartışıldığı sırada, FERRI, bir şahsın Paris'te bulunan bir kimseyi öldürmek amacıyla, Varşova garında Paris için tren bileti satın almasını, dış dünyada somutlaşan bir hareket saymış ve bunun da suç işleme kastıyla yapıldığının kanıtlanması halinde, failin cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir²⁶⁰. Bir başka görüş, icra hareketlerinin somutlaşan bir irade içerdiğini,

²⁵⁷ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 429.

²⁵⁸ Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, MASSARI bu görüşe karşı çıkmış ve hazırlık hareketleri – icra hareketleri arasındaki farkı ortaya koyan tehlikelilik kriterinin, güvenilir olduğu düşünülebilirse de, ex post şekilde yani suç sonrası yapılan değerlendirmede, bazı hazırlık hareketlerinin de tehlikeli niteliğe sahip olduğunun tespit edildiğini belirtmiştir. Bkz. MASSARI, **Le dottrine generale del diritto penale**, s. 171; CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 52-53.

²⁵⁹ SÖZÜER, s. 203.

²⁶⁰ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 430.

hazırlık hareketlerinin ise ihtimal dahilinde olan bir iradeyi ortaya koyduklarını belirtmiştir. Diğer bir görüşe göre ise, icra hareketleri kararlı bir iradenin, hazırlık hareketleri ise tereddütlü, kararsız bir iradenin yansımasıdır²⁶¹. Son iki görüşü savunanlar, bir hareketin faildeki suç işleme iradesinin açık ve kesin olarak tipik sonucu gerçekleştirmeye yönelik olması halinde icra hareketlerinin başladığını kabul etmektedirler²⁶².

Sübjektif görüşler, hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımını, fiilden bağımsız olarak istenilen veya karar verilmeyen bir hareket üzerinden değil, yalnızca failin niyetini dikkate alan ve bunun üzerinde yapılan bir araştırmaya dönüştürmüştür. Ancak, hareket dış dünyada somutlaştığı zaman, irade edilmemiş veya istenilmemiş olsa dahi kararlı bir harekettir²⁶³.

O halde, suçlu iradesini açığa vuran kimsenin tehlikelilik halini veya suç işleme iradesini kesin olarak gösteren hareketlerin yapılmasıyla, icranın başladığı kabul edilir. Bu anı belirleme, psikolojik nitelik taşımaktadır ve geri alınması imkânsız bir suç iradesinin ortaya çıkarılmasını gerekli kılmaktadır. Daha açık ifadeyle, failin suç işleme kastından şüphe duyulmayacak biçimde, sonuca yaklaştığını ifade eden hareketlerin yapılması, icra hareketlerinin başladığını göstermektedir²⁶⁴. Ancak, üzerinde önemle durulması gereken bir nokta vardır. Şöyle ki, bir suçun icrasına başlamak ile bir suç işleme kararının icrasına başlamak farklı kavramlardır. Teşebbüs derecesinde kalan suçlar için bir suç işleme kararını

²⁶¹ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 53.

²⁶² SÖZÜER, s. 204.

²⁶³ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 53.

²⁶⁴ DÖNMEZER – ERMAN, *C. I.*, s. 429-430; DÖNMEZER, s. 446.

gerçekleştirmeye başlamak önemlidir. Her yapılmış hareket, bir suç gerçekleştirmeye ilişkin bir icra hareketidir, ancak teşebbüsün varlığı için söz konusu icra hareketleri yeterli değildir. İcra hareketlerinin öncesinde bir karar olması, failin bilerek ve isteyerek suçun icrasına başlaması gerekmektedir. Daha açık ifadeyle icrasına başlanan hareketler bir suç işleme kararının ürünü olmalıdır. O halde bu görüşe göre, bir suç işleme kararının gerçekleştirilmesine ilişkin ve tamamlandıklarında suç oluşturabilecek hareketler icra; bunun dışında kalanlar hazırlık hareketidir. İşte bu nedenle, silah satın almak adam öldürme suçu bakımından hazırlık hareketi olarak değerlendirilmektedir ve cezalandırılmamaktadır. Ancak, adam öldürme suçunu işleme kararını gerçekleştirmek üzere yapılacak ilk hareketten itibaren icra hareketleri başlamış kabul edilecektir. Örneğin, öldürmek istediği düşmanına karşı satın aldığı silahı ateşleyen ancak isabet ettiremeyen kişi artık söz konusu suça ilişkin icra hareketlerine başlamış ve hatta tamamlamış ancak sonuç gerçekleşmemiştir²⁶⁵.

Doktrinde subjektif görüşler adı altında ileri sürülen kriterlerin teşebbüs kavramını ve bunun etki alanını çok genişlettiği eleştirisi yapılmıştır. Çünkü yapılan hareketlerin, failin belirli bir suç işleme iradesini ortaya koyması icranın başladığının kabulü için yeterlidir. Subjektif kriterler esas alınarak yapılan değerlendirmelerde, aslında hazırlık hareketi niteliğinde olan bir çok hareket, icra hareketi sayılmaktadır. Bu durum da, kişi hak ve özgürlükleri açısından sakıncalı

²⁶⁵ EREM, s. 329-330; TANER, s. 275; EREM – DANIŞMAN – ARTUK, s. 300; SÖZÜER, s. 204-205.

Kanaatimizce, suç işleme kararının icrasına başlamakla, işlenmesine karar verilen suçun icrasına başlamak birbirinden farklıdır. Hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasındaki ayırım da, işlenmesine karar verilen suçun icrasına başlamakla ortaya çıkmaktadır. Suç işleme kararının icrasına başladığında, fail suça hazırlık niteliğinde olan hareketleri de yapar. Buna karşın, işlenmesine karar verilen suçun icrasına başlamakla, teşebbüsün cezalandırılma alanına girilmiş olur. Aynı görüş için bkz. TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 266.

durumlar doğurabilir²⁶⁶. Diğer yandan, failin tehlikelilik halinin dışa yansması psikolojik bir süreçte oluşur, bu durum ise her failin kişilik yapısına göre farklılık göstermektedir. Yine suç işleme iradesinin “geri alınamaz biçimde” ortaya çıkması, gönüllü vazgeçme kurumu ile bağdaşmamaktadır. Çünkü bir suç işleme iradesi ile icra hareketlerine başlayan failin, bu kararından kendi iradesiyle dönme imkânı bulunmalıdır²⁶⁷.

cc. Karma Görüşler

Hem kişisel özgürlüğü korumak, hem de sosyal savunmayı sağlamak amacıyla, karma görüş kabul eden yazarlar vardır. Bu yazarlara göre, ilk olarak kullanılması gereken sübjektif görüşlerdir. Öncelikle failin kastı belirlenmelidir. Failin yaptığı hareketten yola çıkılarak kastı saptanmalıdır. Bununla birlikte, failin bir suçu işleme hususundaki kastının şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması sadece bir temel oluşturmaktadır. Bu durumun objektif ölçüt ile desteklenmesi gerekir. Failin sübjektif planı, icra hareketlerinin başlangıcının değerlendirilme konusunu oluşturmasına rağmen yeterli olmamaktadır, icranın başlangıcı kabul edilen hareketlerin mutlaka objektif bir ölçütü de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle objektif değerlendirilme bakımından öncelikle, failin yaptığı hareket esas alınmalı, sonra bu hareketin sonuca yakınlığı araştırılmalıdır. Bu şekilde hareketlerin sonuca yakınlığı belirlenirken, objektif görüşlerin esasını oluşturan “tehlike”, “saldırı”, “mağdurun faaliyet alanına taşma” ve “kanunî tipe

²⁶⁶ DÖNMEZER, s. 445-446; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT , s. 464.

²⁶⁷ SÖZÜER, s. 205; İÇEL ve diğerleri, s. 330.

ilişkin olma” gibi kavramlar dikkate alınmalı ve failin planı çerçevesinde değerlendirilmelidir²⁶⁸.

Bazı karma görüşü savunan yazarlara göre, ilk olarak kullanılması gereken objektif ölçütlerdir. Yapılan hareket, kanuni tanımda yazılı hareketlerden ise, şüphesiz icra hareketidir. Ancak, objektif kritere göre icra hareketleri tespit edilemiyorsa, subjektif ölçütlere, yani failin kastına başvurmak gerekmektedir. Görüldüğü gibi, subjektif ve objektif kriterler birlikte kullanılarak sonuç elde edilmeye çalışılmaktadır²⁶⁹.

Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda karma görüş vurgulanmıştır. Bu karara göre; *“Hazırlık hareketinin nerede bittiği, icra hareketinin nerede başladığı, subjektif kıstastan hareketle bunu objektif kıstasla bütünleştirerek bulunur. Bu itibarla, failin belirli bir suçu işlemek kastını kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketler icra hareketi olup, hareketlerin dışında kalan hususlarda örneğin failin ikrarı, geçmişi, kişisel durumu, takındığı tavır da nazara alınarak, hangi suça yöneldiğinin saptanması gerekir”*²⁷⁰.

dd. TCK.’nın Değerlendirilmesi

TCK.’nın 35. maddesinde hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımında *“doğrudan doğruya icraya başlama”* esası kabul edilmiştir. Bu ibarenin anlamının belirsizliği, hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayırımı konusunda, kesin bir yargıya varılabilmesinde kullanılabilir bir kriter olamamıştır. Ancak daha önce de

²⁶⁸ SÖZÜER, s. 208.

²⁶⁹ DÖNMEZER, s. 124; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 782-783.

²⁷⁰ (C.G.K., T. 04.06.1990, 5-10/156) Bkz. C. I, s. 1173; (C.G.K., 12.11.1984, 5-098/378) Bkz. C. I, s. 1185.

belirttiğimiz gibi, bu ibarenin, İCK.'daki “şüpheyeye yer vermeme” kriteri ile anlamlandırılabilceğini ve işe yararayan bir kriter ortaya konulabilceğini ifade etmiştik. Bu bağlamda, kanun koyucunun “doğrudan doğruya icraya başlama” ibaresi, şüpheyeye yer vermeme kriteri ile desteklenmelidir²⁷¹. O halde, 5237 sayılı Kanunda, şüpheyeye yer vermeme kriterinin benimsendiğini söylemek mümkündür.

Diğer yandan, doktrinde maddî objektif görüşün benimsenmesi gerektiğini ileri süren yazarlar da vardır²⁷². Bu görüşe göre, doğrudan doğruya icraya başlama, yalnızca normda öngörülen tipik hareketlerin yapılmasını değil, bu hareketlerle bağlantılı diğer hareketleri de içine alacak şekilde geniş olarak anlaşılmalıdır. Aslında tüm sorun, failin doğrudan doğruya suçun maddî unsurunu oluşturan icra hareketleri dışında, gerçekleştirmiş olduğu diğer hareketlerin niteliğini belirlemektir. Fail bazen öyle hareketler icra eder ki, bunları hazırlık hareketi saymak ve cezalandırmamak mümkün değildir. Örneğin hırsızlık suçunda evin penceresini açmaya çalışan kişinin, suçun icrasına başladığını kabul etmek gerekir²⁷³. Bu nedenle, fail tarafından yapılan hareket, olağan hayatın tecrübelerine göre, suç tipinde belirtilen veya sonucu meydana getirmeye elverişli fiille doğrudan bir bağlantı ve doğal bir bütünlük içinde işlenmek istenen suçu şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketler, icraî nitelikte kabul edilmelidir.²⁷⁴

Sonuç olarak söyleyebiliriz ki, “doğrudan doğruya icraya başlama” ibaresi, yalnızca suç normunda tanımlanan hareketlerin değil, ayrıca bu hareketlerle

²⁷¹ HAFIZOĞULLARI, s. 315.

²⁷² ÖNDER, s. 394-395; İÇEL ve diğerleri, s. 335-336.

²⁷³ TANER, s. 269-270.

²⁷⁴ PULITANÒ, s. 475.

bağlantılı olan diğer hareketlerin de şüpheye yer vermeyecek şekilde yapılması şartıyla, maddî objektif görüşü de içine alacak şekilde geniş yorumlanabilir.

Yargıtay'ın, icra hareketlerinin başlangıcı ile ilgili olarak verdiği kararlarda bir istikrar bulunmamaktadır. Nitekim bazı kararlarında şüpheye yer vermeme kriterine, bazı kararlarında şekli objektif anlayışa, bazılarında maddî objektif anlayışa, hatta bazılarında da karma görüşe dayanarak, hareketlerin hazırlık ve icraî nitelikte olduklarına karar vermiştir²⁷⁵.

²⁷⁵ Yargıtay'ın şüpheye yer vermeme kriterini esas alarak verdiği karara örnek;

1. CD., T. 1.2.1994, 102/136: “Yerleşmiş Yargıtay İçtihatları itibariyle bir hareketin icra hareketi sayılabilmesi için; günlük hayat tecrübelerine göre işlenmeye karar verilen suçta yönelmeyi iltibasa yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketlerdir. Şayet; falin hareketi, işlenmesi kararlaştırılan fiilin kanuni unsurunu oluşturacak boyuta henüz ulaşmadığı anlaşılırsa ortada işlenmesi kararlaştırılan suçun tecziyesi mümkün olmayan hazırlık hareketi bulunmakta fakat yapılan hareket mevcut aşaması itibariyle başka bir suç oluşturmaktaysa failin o suçtan sorumlu tutulması (TCK.'nun 61/son maddesi) gerekir.” C. I, s. 1194-1195; MALKOÇ – GÜLER, s. 440-441.

Yargıtay'ın şekli objektif teoriyi esas alarak verdiği kararlara örnek;

1.CD., T. 22.6.1935, E. 3671, K. 1733: “Suçlu ırza geçmek için eve girmek suçunu işlemiş ve bu esnada kararlıkta uyumakta olan çocuğun üstüne basmış ve evdekilerin uyanması üzerine ırza geçmek için hiç bir fiili teşebbüse girişemeyerek kaçmış olması hususunda ne gibi icraî hareketlerde bulunduğu sübut delilleri ile izah olunmaksızın bu suçlunun ırza geçmeye nakısan teşebbüs ettiği anlaşıldığından bahisle yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuzdur.” DÖNMEZER, s. 451, dn. 29.

5. CD., T. 25.1.1984, 4725/151: “Sanıklar mağdureyi kaçırmak suçuna ait onu sürüklemek, kovalamak ve tutmak gibi, kaçırma suçunun icraî hareketlerine başlamadan eyleme son vermiş bulunmasına göre, ortada kaçırma suçu bulunmadığı gözetilmeden TCK'nun 430/1, 61, 433. maddeleri ile hükmüendirilmesi yasaya aykırıdır.” ÖNDER, s. 394.

Y.C.G.K., T. 12.6.1995-6/179-206: “Otonun mülkiyetine yönelik hırsızlıktan, ancak çalıştırılıp hareket ettirilmesi yönündeki herhangi icraî hareketten sonra söz etmek mümkündür. Halbuki sanıklar direksiyonun kilitli, lastiğin de patlamış olduğunu görerek otoyu çalmaktan vazgeçtiklerini söylemişler, bilirkişi anlatımları ile bu savunma doğrulanmıştır.” MALKOÇ – GÜLER, s. 448.

Yargıtay'ın maddî objektif teoriyi esas alarak verdiği kararlara örnek;

6. CD., T. 6.12.1983, 5516/9269: “Sanıkların müştekinin evinden hırsızlık yapmayı kararlaştırdıktan sonra, Danişment Dilaver'in gözcü kaldığı sanık Muammer'in ise, bahçe duvarından atlayarak içeri girip kapı üzerindeki asma kilidi söküp, lambayı gevşettiği sırada, müştekinin karısı Münevver'in gelmesi üzerine olay yerinden kaçtıklarının, dosya münderecatından anlaşılmasına göre: eylemlerinin eksik teşebbüs deecesinde kaldığı sübuta erdiği gözetilmeden beraatlerine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir”. ÇAĞLAYAN, s. 672.

2. CD., T. 14.5.1976, E. 4353/4623: “Sanığın, mağduru yaralamak maksadıyla, bıçağını cebinden çıkardığı, ancak Binnaz Şen tarafından kolundan tutulmak suretiyle, vurmasına mani olduğu oluşa uygun biçimde kabul edildiği ve bu suretle fiilin nakıs teşebbüs derecesinde kaldığı anlaşılmış bulunmasına rağmen, hakkında TCK'nun 61. maddesi yerine, 62. maddesinin uygulanması kanun aykırıdır”. ÇAĞLAYAN, s. 687-688.

2. Hareketin Elverişli Olması

Failin, belli bir suç oluşturmak için şüpheye yer vermeyecek hareketi tamamlaması yeterli değildir, bunun yanında gerçekleştirilen hareketin elverişli olması da gerekir²⁷⁶. Modern ceza kanunları, aracın elverişliliğini terkederek daha geniş bir anlam içeren hareketin elverişliliğini kabul etmişlerdir. Nitekim, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da, bu anlayışı esas alarak yalnızca aracın değil, hareketin de elverişliliğini aramaktadır. Bu bağlamda, TCK. md. 35'te “elverişli hareket” kavramı kullanılmıştır. “*Elverişli hareket*”, hem kullanılan aracın, hem de suçun maddi konusu, pasif süjesi de dahil olmak üzere, fiilin bütünü bakımından sonucu doğurmaya elverişli olmasını ifade etmektedir²⁷⁷.

Failin suç ipotezinde tanımlanan sonucu gerçekleştirmek için, uygun bir şekilde harekete geçmesini sağlayacak unsurlardan biri elverişli aracın

5. CD., T. 16.2.1981, 3854/3911: “Kaçtırmak üzere mağdureyi yakalamak için peşinden koşmak icra başlangıcıdır” ÖNDER, s. 394.

2. CD., T. 6.10.1981, 6365/6559: “Balta ve bıçakla müştekiyi kovalamaktan ibaret eylemin yaralamaya eksik teşebbüs niteliğinde olduğu nazara alınmadan TCK'nun 61. maddesi yerine 62.madde ile indirim yapılması yasaya aykırıdır”. ÇAĞLAYAN, s. 684.

5. CD., T. 15.9.1980, 2396/2808: “Mahkemece sanıkların servis aracından inen mağdureyi, hazır ettikleri taksiye bindirerek kaçtırmak için, tutup sürüklemeye başladıkları, mağdurenin dürenmesi ve tanıkların müdahalesi üzerine henüz mücadele safhasında iken ve tabii güvenlik çevresinden uzaklaştıramadan, bırakıp kaçtıkları oluşa uygun bir şekilde kabul edildiği halde, mücadele sırasında mağdurenin 75-100 metre sürüklendiğinden bahisle, TCK'nun 61. maddesi yerine 62. maddesinin uygulanması yasaya aykırıdır”. ÇAĞLAYAN, s. 684.

C.G.K., T. 04.06.1990, 5-10/156: “Hazırlık hareketinin nerede bittiği, icra hareketinin nerede başladığı, sübjektif kıstastan hareketle bunu objektif kıstasla bütünleştirerek bulunur. Bu itibarla, failin belirli bir suç işlemek kastını kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketler icra hareketi olup, hareketlerin dışında kalan hususlarda örneğin failin ikrarı, geçmişi, kişisel durumu, takındığı tavır da nazara alınarak, hangi suça yöneldiğinin saptanması gerekir”. C. I, s. 1173; Örnek karar için bkz. (C.G.K., T. 12.11.1984, 5-098/378), C. I, s. 1185.

²⁷⁶ MANZINI, *Parte generale*, s. 139; ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 427.

²⁷⁷ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 465.

kullanılmasıdır²⁷⁸. “Elverişli hareket” kavramı geniş bir kavram olup²⁷⁹, elverişli aracı da içine almaktadır.

5237 sayılı Kanunla yapılan bu terminolojik değişiklik çok isabetli olmuştur. Elverişlilik, fail tarafından girişilen faaliyetlerin tümüne ilişkindir, bir başka ifadeyle hareket ve mevcut tüm şartlar dikkate alınarak elverişlilik belirlenmelidir²⁸⁰.

Elverişlilik oldukça nisbî bir kavramdır. Ceza kanunları, suçun oluşumu için kanuni tiplerde öngörülen sonucun doğmasını ararlar. Bu anlamda, elverişliliğin özünde taşıdığı nisbîlik, hareketle gerçekleştirilmek istenen sonuç bakımından ortaya çıkmaktadır²⁸¹. Bu nedenle, aracın kime karşı, nasıl ve ne şekilde kullanıldığı araştırılmalıdır. Doktrinde, bu konuda çok ileri gidilerek, bu araştırmanın soyut değil somut yapılması gerektiği ve hareketten sonra ortaya çıkan şartların da dikkate alınmasının zorunluluğu belirtilmiştir. Hatta bu görüş, hareketin elverişliliği konusunda verilecek kararda, maddî konunun varlığının veya yokluğunun, temel unsur olarak kabul edilmesini ileri sürmektedir²⁸².

²⁷⁸ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 465.

²⁷⁹ CADOPPI, Alberto – VENEZIANI, Paolo, Elementi di Diritto Penale, PG., Cedam, Padova 2002, s. 367.

²⁸⁰ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 61-62.

²⁸¹ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 62.

²⁸² SINISCALCO, **La struttura del delitto tentato**, s. 174-175.

a. Elverişliliğin Belirlenmesi

Elverişlilik, sözlük anlamı itibariyle uygun olma durumudur. Elverişli hareket ise, uygun, işe yarayan hareket anlamındadır²⁸³. Ancak, elverişli hareket kavramının niteliğinin ne olacağı konusu tartışmalıdır.

Elverişlilik, tek başına ele alındığında soyut bir kavram olmakla beraber, mutlaka bir amaç, bir sonuç için kullanılmaktadır. İşte bu nedenle, elverişlilik somut olayla ilişkilendirilmeden değerlendirilebilecek bir kavram değildir, mutlaka olayda kullanılan araçla birlikte, diğer tüm şartların dikkate alınması zaruridir²⁸⁴.

Bu bağlamda, elverişlilik kavramı, teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan görüşlerin bakış açılarına göre değerlendirilmiş, hatta bu bakış açıları da kendi içinde farklı görüşlere dayanarak kavramı açıklamaya çalışmışlardır.

aa. Objektif Görüşler

aaa. Klasik Objektif Görüş

Klasik objektif görüşe göre, elverişlilik, kanuna aykırı hareketin, suçu yani suç ipotezinde belirlenen zararlı veya tehlikeli sonucu meydana getirebilmeye elverişli olmasıdır²⁸⁵. Elverişlilik, hareketin ihlal edici özelliğini ortaya koyar²⁸⁶. Bu bağlamda, elverişlilik hareketin sonucu meydana getirebilmedeki nedensel iktidarını

²⁸³ Türkçe Sözlük, C. I, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1988, s. 452-453.

²⁸⁴ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 62.

²⁸⁵ VELOTTI, s. 130-131; MANZINI, **Parte generale**, s. 139; VASSALLI, s. 645.

²⁸⁶ BOSCARRELLI, s. 141.

ifade etmektedir²⁸⁷. Açıkça ki, söz konusu nedensel iktidar, hem yapılan hareketle kullanılan aracı, hem de maddî konunun varlığını içeren bir kavramdır²⁸⁸.

Nitekim, tek bir davranışın veya birden çok davranışın oluşturduğu sırf hareket suçlarında, elverişlilik suçun tamamlanması için kanunda öngörülen gerekli hareketleri gerçekleştirebilme; sonuçlu suçlarda ise sonucu gerçekleştirebilme iktidarındır²⁸⁹. Doktrinde bu fikrin aksi de ileri sürülmüştür. Bu görüşte olanlara göre, hareket, ceza hukukunun değer atfettiği ve dış dünyada meydana gelen bir değişikliği meydana getirmeye elverişli bir hareket olmalıdır. Bu konuda yapılan eleştirilerden biri, sırf hareket suçlarında doğal bir sonucun olmaması nedeniyle, bu anlamda elverişliliğin yalnızca sonuçlu suçlar bakımından geçerli olması fikridir. Biz “sonuç” unsurunu doğalcı anlayış doğrultusunda kabul etmekteyiz. Bu doğrultuda, bu unsurun her suçta mutlaka bulunması gerekmemektedir. Kanun, bazı suçların gerçekleşmesi için belirli bir hareketin yapılmasını yeterli görmekte, ayrıca dış dünyada bir değişiklik meydana getirilmesini aramamaktadır. Bu görüşe karşılık, doktrinde her suçun bir sonucu olduğu, ancak bunun bazen hareketten ayrı, bazen de harekete bitişik olarak gerçekleştiğini düşünen yazarlar vardır²⁹⁰.

Klasik objektif görüşün esasını oluşturan, hareketin, istenilen sonucu oluşturabilme konusunda nedensel etkinliğe sahip olmasıdır. Bir başka ifadeyle, failin hareketi işlenmek istenen suç bütünüyle gerçekleştirebilmeye elverişli

²⁸⁷ CAVALLO, **Parte generale**, s. 741; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 47; PULITANÒ, s. 478; SANTORO, **Manuale di diritto penale**, s. 457.

²⁸⁸ GUADAGNO, s. 303.

²⁸⁹ MARINUCCI – DOLCINI, s. 298.

²⁹⁰ Bkz. KUNTER, **Maddî Unsurlar**, s. 104; SINISCALCO, **La struttura del delitto tentato**, s. 158; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 63-64.

olmalıdır²⁹¹. Bu durum, kullanılan araçlar ve maddî konu bakımından bizi mutlak – nisbî elverişsizlik ayırımına götürmektedir²⁹².

Bu bağlamda, elverişliliği tespit edebilmek için, ilk olarak araçları ve suçun maddî konusunu birbirinden ayırmak, daha sonra da mutlak ve nisbî olarak bir ayırma tabi tutmak gerekir. Suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, sonucu gerçekleştirmek bakımından mutlak olarak elverişsiz olabilir. Mutlak elverişsizlikte, pasif süjeye yönelen her hareket, hiçbir zaman normda korunan menfaati ihlal edici niteliğe sahip değildir. Bu durumda, araçta mutlak veya kesin bir elverişsizlik söz konusudur. Klasik objektif kriter, elverişliliği, fail tarafından yapılan hareketin suçu gerçekleştirmeye genel olarak elverişli olması şeklinde kabul ettiğinden, mutlak elverişsizlik durumunda cezalandırma mümkün olmamaktadır. Çünkü, hukukî değer açısından herhangi bir tehlike söz konusu değildir. Örneğin, dolu olduğuna inandığınız ancak boş olan bir tabancayla ateş etmek suretiyle adam öldürme suçunu veya aspirin ile çocuk düşürme suçunu işlemek de mutlak olarak imkânsızdır. Kullanılan araç, sonucu gerçekleştirme bakımından mutlak olarak elverişsizdir. Failin hareketleri veya kullandığı araçlar, gerçekte kanunda sayılan sonucu gerçekleştirme iktidarına sahip ve dolayısıyla elverişli iken, somut olayda sonucu gerçekleştirmeye elverişsiz olabilirler. Bu durumda nisbî elverişsizlikten söz edilir. Nisbî elverişsizlikte, korunan hukukî değer bakımından objektif bir tehlike söz konusu olmaktadır; çünkü kullanılan araçlar olaya özgü nitelik ve şartlar gereği, sonucu doğurma bakımından nedensel etkinliğini kaybetmiş olabilirler. Bahsedilen tehlikelilik halinin, nisbî elverişlilik şeklinde mevcut olma ihtimali, cezalandırılabilir

²⁹¹ RANIERI, s. 349; VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 67.

²⁹² MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 491.

bir teşebbüsün varlığını da ortaya koymaktadır. Gerçekten de, aracın kullanılış biçimi, suçun maddî konusu veya pasif süjesine ilişkin nedenlerden ötürü, sonucu oluşturma açısından bir nisbîlik söz konusu olabilir²⁹³. Örneğin, çok uzak bir mesafeden öldürmek için ateş açılması durumunda, kullanılan aracın nisbî elverişsizliğinden bahsedilir. Silah, soyut olarak ele alındığında adam öldürme suçu bakımından elverişli iken, olayın şartları değerlendirildiğinde sonucu gerçekleştirmede elverişsiz olabilir²⁹⁴. Aynı şekilde, az miktarda zehirle bir kimseyi zehirlenmek ya da çelik yelekle korunan kimseyi bıçaklamak suretiyle adam öldürme suçunu işlemek, kullanılan araçların nisbîliği bakımından sonucu elde etmede elverişsizdirler²⁹⁵.

Doktrinde, objektif görüşü savunan yazarların bir kısmı, mutlak – nisbî elverişsizlik ayırımına karşı çıkmışlardır. Bunlara göre, mutlak ve nisbî elverişsiz araç ayırımı yapmak hatalıdır. Her iki halde de, elverişsizlik tamdır. Failin elverişli olduğunu düşünerek kullandığı aracın elverişsiz olması ile hataen elverişli olduğuna inandığı elverişsiz bir aracı kullanması arasında fark yoktur. Bunun nedeni, her iki durumda da suç işleme niyetinin ve hareketin şeklinin aynı olmasıdır. Örneğin, magnezyumun zehirleyici etkisi olduğuna inanarak, bir kimseyi zehirlenmeye çalışmakla, hataen arsenik yerine magnezyum kullanarak zehirlenmeye çabalamak arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Gerek elverişsizlik mutlak olsun,

²⁹³ FIORE, *Reato impossibile*, s. 96; SCARANO, s. 147-148; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 67-68; MANTOVANI, s. 421-422; GUADAGNO, s. 309; ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 427; RANIERI, s. 349; İÇEL ve diğerleri, s. 301-303.

²⁹⁴ VANNINI, *Lineamenti di diritto penale*, s. 164.

²⁹⁵ POZZOLINI, s. 102; MARINI, *Trattato di diritto penale*, s. 692-693.

gerekse nisbî olsun, her iki halde de herhangi tehlikeli bir durum ortaya çıkmamaktadır²⁹⁶.

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda elverişliliği objektif bir şekilde mutlak – nisbî elverişsizlik ayırımından hareketle değerlendirdiğini görmekteyiz. Ancak, Yargıtay kullanılan aynı araçları değerlendirirken, bazı kararlarında nisbî elverişsizlikten, bazı kararlarında ise mutlak elverişsizlikten söz etmiştir. Yargıtay kararlarında sonucu gerçekleştirmeye elverişli olan bir aracın, fail tarafından sonucu oluşturmaya uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığının da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir²⁹⁷.

²⁹⁶ ALIMENA, Francesco, La Questione dei Mezzi Inidonei nel Tentativo, Roma 1930, s. 8 (**Mezzi inidonei**).

²⁹⁷ **C.G.K., T. 2.3.1987, 1-549/92:** “Sanık, 3.70-6 metre gibi çok yakın mesafeden ateş etmesine ve mağdurun yüzünü 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.” YKD., C. XIV, S. 2, Şubat 1988, s. 248-252; **C. I**, s. 1220-1221; Benzer karar için bkz. (**C.G.K., T. 2.3.1987, E. 1986/1-548, K. 1987/91**) YKD., C. XIII, S. 10, Ekim 1987, s 1550-1551.

C.G.K., T. 3.4.1984, 1-398/152: “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.” **C. I**, s. 1234-1236; ÇAĞLAYAN, s. 698.

1.CD., T. 14.11.1994, 2946/3871: “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 gözönünde tutulduğunda; suçta kullanılan av tüfeğine, öldürmeye elverişli olamayacak kadar küçük saçma taneleri veya gereğinden az miktarda barut konulduğunu gösterdiğinden, sanığın eyleminin yaralama olarak nitelendirilerek....” **C. I**, s. 1239-1240.

1. CD., T. 9.4.1990, 576/902: “Sanığın av tüfeği ile keşfen 10 metre gibi tüfeğin efektif tesir mesafesi dahilinden, mağdur A.Ö.’ın 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 anlaşılacakla nisbi imkânsızlıkla maliül olduğu anlaşılan bu silaha ait saçmaların adam öldürme fiilini

Klasik objektif görüşün, elverişlilik sorununu çözmek amacıyla getirdiği mutlak – nisbî ayırımı ve bunun sonuçları eleştirilmiştir. İlk olarak, elverişliliğin soyut olarak mutlak – nisbî diye ayrılamayacağı, imkânsızlığın derecelendirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Kullanılan aracın somut olayda sonucu gerçekleştirilmede etkisiz kalması, yalnızca söz konusu olay bakımından mutlak olarak elverişsizliğini gösterir. Bir başka ifadeyle, hareketin veya kullanılan aracın, elverişli olup olmadığı soyut olarak değerlendirilemez. Hareket somut olayda amaca göre dikkate alınmalıdır²⁹⁸. Soyut değerlendirmede, failin kullandığı aracın elverişliliği, diğer koşullar dikkate alınmaksızın araştırılmaktadır. Bu şekilde bir değerlendirmede, kabul edilemez sonuçlar elde etmek mümkündür. Örneğin tuz, adam öldürmeye elverişli bir araç değildir, ancak vücudunda kalomel olan birine verilirse elverişli araca dönüşebilir. Elverişli bir aracın, somut olayda elverişsiz hale dönüşmesine ilişkin olarak bir başka örnek vermek gerekirse, dördüncü kattaki bir

irtikap için müsait olmadığı açığa çıkmakla, sanığın tatili uzuv tevlit edecek derecede yaralama seviyesinde kalan eylemi nedeniyle.....” C. I, s. 1240.

1. CD., T. 26.4.1989, 871/1393: “*Sanığın av tüfeğiyle 30 metre kadar uzaklıktan ateş ederek davaya katılana (müdahile) 25-26 adet saçma tanesi isabet etmiş ise de, saçmaların yüzeysel yara meydana getirmesi, derine nüfuz etmemesi, vasıtada öldürme bakımından mutlak imkânsızlık bulunduğunu gösterdiğine göre sanığın eylemi öldürmeye tam kalkışma olmayıp, yaralama suçunu oluşturur.” YKD., C. XV, S. 11, Kasım 1989, s.1636-1637; C. I, s. 1240.*

1. CD., T. 20.12.1988, 4463/4581: “*Sanığın, Rıza’ya 4-5 metre gibi klinik olarak av silahlarının efektif tesir mesafesi dahilinde silahını ateşlediği, bu hareketin öldürme kastıyla vaki olduğu kabul edilse bile, mağdurun sağ kol dirsek ve yüzünden çok sayıda saçma isabeti almasına rağmen bu saçmaların hiçbirisinin derine nüfuz ve hayati tehlike tevlit edebilecek etkinlikte bulunmadığı, sadece bir saçmanın göze isabeti sonucu bu gözün kör olmasını intaç ettiği açığa çıkmış, bu maddî ve fenni verilere göre, silahın ve bu silaha ait fişeğin öldürmeye elverişli tahrip gücü ve kinetik enerjiyi haiz olmadığı tebellür etmekle; teşebbüs hükmünün tatbiki için evveleminde zaruri görülen elverişli vasıta kullanılmadığı anlaşılan sanığın hukukî varlığı sabit olunan eyleminin yaralama bazında.....” C. I, s. 1240.*

CUH, T. 2.2.1981, 1/424-18: “*Suçta kullanılan ve öldürmeğe elverişli bir alet niteliğinde olan bıçak uzaktan atılan taş gibi, hedef alınan yerlerden başka yerlere de isabet kaydedebilen bir cisim değil, istenilen nahiyeye tevcih edebilen bir silahtır”.* ÇAĞLAYAN, s. 707.

²⁹⁸ FIORE, **Reato impossibile**, s. 97; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 68; LEONE, Giovanni, *Elementi di Diritto e Procedura Penale*, 4. edizione, Napoli 1975, s. 66.

eve hırsızlık amacıyla girmek için temin edilen demir merdiven, yükseklik korkusu olan bir insan için elverişsiz bir araç haline gelebilir. Bu durumda tüm şartların birlikte değerlendirilip, aracın elverişliliğine karar vermek gerekir²⁹⁹.

Diğer yandan suçun işlendiği andaki koşullardan soyutlanarak yapılan tehlikelilik değerlendirilmesinde, sonuç meydana gelmediği için her suça teşebbüs elverişsiz ve objektif olarak tehlikesiz sayılacaktır. Söz konusu değerlendirmenin, mutlak – nisbî elverişlilik konusunda tutarlı bir kriter olmadığı da ileri sürülmüştür. Örneğin şeker, adam öldürme suçu bakımından genel olarak ve olayın şartları dikkate alınmaksızın değerlendirildiğinden elverişsiz bir araç iken, şeker hastası birine verildiğinde ölüm sonucunu gerçekleştirme bakımından elverişli bir nitelik kazanabilir³⁰⁰.

İfade ettiğimiz sakıncalar nedeniyle objektif tehlikenin tespiti, ortaya çıkan sorunlara adaletli bir çözüm getirmekten uzaktır³⁰¹.

bbb. Aracın Yetersizliği Görüşü

MANZINI aracın mutlak – nisbî elverişsizliği ayırımının cezalandırılabilir bir teşebbüsün esasını ortaya koyamadığını ileri sürmüş ve karışıklığa yer vermeyecek yeni bir kriterin gerekliliğini ortaya koymuştur. Yazar, sözü edilen kriterin,

²⁹⁹ SCARANO, s. 148-149; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 491-492; ALIMENA, *Mezzi idonei*, s. 70-72.

³⁰⁰ VELOTTI, s. 133; VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 71-72; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 148; SÖZÜER, s. 59-60; İÇEL ve diğerleri, s. 302-303; Örnek için bkz. FIORE, *Parte generale*, s. 53.

³⁰¹ İÇEL ve diğerleri, s. 303-304.

elverişlilik ve yetersizliğin birbirinden ayrılmasıyla elde edilebileceğini ifade etmiştir³⁰².

Bu görüşe göre; aracın elverişli olması ile yetersiz olmasını ayırmak gerekmektedir. MANZINI için, aracın elverişsiz olması ile yetersiz olması farklı kavramlardır. Bu bağlamda, yazar, aracın, sonucu gerçekleştirmedeki elverişsizliği ile suçu tamamlamadaki yetersizliği arasında bir ayırım yapmaktadır³⁰³.

MANZINI, hareketin elverişli olup olmadığını soyut olarak değil, somut olayın şartlarına göre değerlendirmek gerektiğini belirtmiştir. Aracın elverişliliği belirlendikten sonra, sonucu meydana getirmede yetersiz kalması mümkündür. Örneğin adam öldürmeye soyut olarak elverişli olan bir tabanca, uzak bir mesafeden kullanıldığında sonucu gerçekleştirmede yetersiz ve dolayısıyla etkisiz kalabilir³⁰⁴.

Yazar, elverişsiz aracı, failin herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde kullanmasına rağmen, somut olayda sonuca ulaşması mümkün olmayan ve failin de suç işleme iradesinin gerçekleşmesi bakımından tabii ve zorunlu bir engel teşkil eden araç olarak tanımlamaktadır. Elverişsizlik, failin hareketi meydana getiriş tarzına göre belirlenmelidir. Bunun sonucu olarak, failin yanılarak yanlış bir araç seçmesi durumunda aracın elverişsizliğinden bahsedilecek, buna karşılık aracın kullanılış şekline ilişkin bir yanılma söz konusu olduğunda, elverişliliğine etkisi olmadığı kabul edilecektir³⁰⁵. Örneğin, düşmanını büyü yaparak ya da batıl inançlar ile

³⁰² MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 492; FIORE, *Reato impossibile*, s. 98; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 70-71.

³⁰³ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 497; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 469; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I.*, s. 420.

³⁰⁴ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 498; ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 428; PANNAIN, s. 462.

³⁰⁵ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 492; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 71.

öldürmeye teşebbüs eden kişinin kullandığı araçlar elverişsiz olarak nitelendirilmektedir. Bir olayda aynı anda birden fazla araç kullanılmışsa, bunlardan birinin elverişsiz olması, diğerlerinin etkilerini ortadan kaldırmamaktadır. Ancak elverişsiz olan aracın, diğerlerinin etkisini bertaraf edecek güçte olmaması gerekmektedir³⁰⁶.

Aracın yetersizliği, nitelik, nicelik veya kullanım tarzından dolayı ortaya çıkabilir. Nitekim yetersizlik, aracın elverişli olduğu ancak miktarının az veya kalitesinin düşük ya da failin bunu gerektiği gibi kullanamadığı durumlarda söz konusu olur. Ancak bu durum teşebbüsün varlığını etkilemez. Daha açık bir ifadeyle, kullanılan araç elverişlidir ancak miktarın az veya kalitenin düşük olması ya da failin aracı gerektiği gibi kullanamaması dolayısıyla sonuç meydana gelmemektedir. Gerçekten de, yetersiz bir aracın kullanılması, yapılan hareketin zararlı veya tehlikeli bir sonuca neden olma ihtimalini tamamen bertaraf etmemektedir. Örneğin zehirin faile göre hafif kalması durumunda, elverişli ancak yetersiz bir araçtan söz edilir. İtalyan doktrinindeki görüşe göre, kanunun maddesinde “elverişli hareket” ibaresi kullanıldığından, aracın yetersizliği durumunda da teşebbüsten bahsetmek mümkündür³⁰⁷.

Kalite ve miktar yetersizliği objektif bir nedenden kaynaklanabilir. Örneğin mağdura verilen zehirin miktarı az veya ateşlenen barutun kalitesi kötü olabilir. Diğer yandan, yetersizlik subjektif bir nedenden de doğabilir. Örneğin, failin tehdit

³⁰⁶ ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 71.

³⁰⁷ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 498; MANZINI, *Parte generale*, s. 139; FIORE, *Reato impossibile*, s. 98-99; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 72; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I.*, s. 420; MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 178; MOLETI, s. 840; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 469.

ederken, mağdur üzerinde etkili olabilecek bir konu seçmemesi gibi sübjektif bir yetersizlik nedeni ortaya çıkabilir³⁰⁸.

Diğer yandan, yetersizlik kavramının aracın kalite, miktar ve kullanım tarzı yönünden bir azlık ifade etmesi yanında; fazlalık, zayıflık veya hiçlik ifade ettiği de ileri sürülmüştür³⁰⁹.

Örneklere bakarak, yetersizlik ile nisbî elverişsizliğin eş anlamda kullanıldığı düşünülmemelidir. Zira MANZINI tarafından ortaya atılan bu görüş, yalnızca elverişsizliği kabul etmiştir³¹⁰.

Buna karşılık, aracın elverişsiz olması halinde teşebbüs söz konusu olamaz. Zira hareketin elverişli olması, teşebbüs derecesinde kalan suçların maddî pozitif unsurudur. Aslî unsurlardan birinin yokluğu bir suça vücut vermeyeceğinden, teşebbüs şeklinin de oluşması mümkün değildir.

Doktrinde yetersizlik görüşünün de, tatmin edici bir çözüm bulamadığı ileri sürülmüştür. Madem ki, aracın elverişli olup olmaması somut fiilî verilere göre değerlendirilecektir, yetersiz olan aracın aynı zamanda elverişsiz kabul edilmesi sonucuna varılacaktır³¹¹. Örneğin unlu karışımla, az miktarda verilen zehir arasında ölüm sonucu doğurmada elverişsizlik bakımından fark yoktur³¹².

³⁰⁸ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 498; SOYASLAN, s. 104.

³⁰⁹ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 498-499; SOYASLAN, s. 104.

³¹⁰ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 497; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 146; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 72.

³¹¹ Yargıtay da, bazı kararlarında yetersiz olan aracın aynı zamanda elverişsiz kabul edileceği sonucuna varmıştır.

1.CD., T. 18.05.1992, 665/1194: “Olayımızda sanık Mustafa Ayaz’ın, müdahil Atalay Emirdağ’a 5-10 metre gibi etkili mesafeden ateş etmesine ve hayati nahiyeleri dahil olmak üzere pek çok yerine isabet kaydetmesine rağmen saçma taneleri derine nüfuz etmemiştir. Bu hal, suçta kullanılan av tüfeğine, olaydan önce öldürmeye elverişli olmayacak kadar küçük saçma taneleri veya gereğinden az

Sonucu doğurmaya yetersiz, dolayısıyla cezalandırılabilir kabul edilen bir hareketin, aynı zamanda elverişsiz sayılması mümkün olabilir. Bunun tersi durum da geçerlidir. Örneğin bir tüfeğin uzak mesafedeki bir kişiyi öldürmek için kullanılması halinde yetersiz olan araç elverişsiz sayılacaktır. Diğer yandan adam öldürmeye elverişsiz kabul edilen kürdanın, yeni doğmuş bebeğin başına batırılması olayında elverişli bir araç konumuna geçebilmektedir³¹³.

Eleştirilen hususlardan biri de, yetersiz – elverişsiz araç ayırımının cezalandırılabilir teşebbüsün alanını çok genişletmesidir. Bu eleştiriyi savunanlar, suçun maddî konusunun veya pasif süjesinin herhangi bir zarara maruz kalma imkânının olmadığı durumlarda dahi, teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekeceğini ifade etmişleridir. Çünkü araç elverişli addedildikten sonra, pasif süjenin zarar görmemesi çok önemli değildir. Ancak MANZINI, elverişsiz bir aracın somut olay içerisinde değerlendirildikten sonra, sonucu meydana getirmeye elverişli

miktarda barut konulduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle, sanığın suçta kullandığı av tüfeği, bu haliyle öldürmeye teşebbüs suçunun elverişli vasıtası değildir”. C. I, s. 1196.

Yargıtay bazı kararlarında ise, yukarıdaki görüşünün aksine, yetersiz bir aracın kullanılmasının teşebbüse neden olabileceğini ifade etmiştir.

1. CD., 799/1152: “*Hadise, sanığın öldürmek maksadıyla mağdurun içeceği suya koyduğu zehir miktarının azlığı ve mağdurun zehirli suyu az miktarda içmesi sebebiyle ölümün sanığın iradesi dışında meydana gelmemek suretiyle zehirleyerek öldürme cürmünün eksik teşebbüs derecesinde kalmasından ibarettir. Kullanılan zehir öldürmeğe elverişli olup ancak miktarının azlığından dolayı ölüm meydana gelmemiş ve böylece vasıtada nisbî imkânsızlık dolayısıyla cürmün TCK. 61. maddesinde yazılı eksik teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekli görülmüştür.” C. I, s. 1199.*

1. CD., 320/1134: “*Ancak miktarı mağduru öldürmeğe kafi gelmediği Adli Tıp Meclisi raporunda bildirilmesine göre vasıtada nisbi bir imkânsızlık hali mevcut bulunmaktadır. Vasıtada kat’i imkânsızlık “zehir yerine yanlışlıkla zararlı bir maddenin verilmesi gibi” halinde teşebbüsün cezalandırılması mümkün değilse de, hadisede olduğu nisbi imkânsızlık takdirinde nakıs teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekli bulunmuş ve dairemizin görüş ve uygulaması da bu merkezde bulunmuştur.” C. I, s. 1199.*

³¹² ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 73.

³¹³ PANNAIN, s. 458; VASSALLI, s. 632; VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 72; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 73.

olduğunu kabul etmektedir. Oysa görüşün temelinde, araç elverişsiz nitelendirildikten sonra cezalandırılabilir bir teşebbüsün kabul edilmesi gerekirdi³¹⁴.

MANZINI'nin sistemi de, mutlak – nisbî elverişsizlik ayırımına yeni bir katkı sağlayamamış, terminolojik değişiklikten öteye gidememiřtir³¹⁵.

ccc. Elverişliliği Korunan Menfaat Bakımından Yarattığı Zarar veya Tehlikeye Göre Değerlendiren Görüş (Somut Tehlike Görüşü)

Diğer görüşlerin, somut olayın koşullarını dikkate almaksızın elverişlilik sorununa çözüm bulma çabaları tatmin edici bir kriter ortaya koymakta çok yetersiz kalmıştır. Bu nedenle mutlak – nisbî ve elverişsiz – yetersiz ayırımlarını bir kenara bırakarak, sorunun asıl çözümünü araçta değil, yapılan hareketin bütününde aramak gerektiğinin daha isabetli olacağı fikri ileri srlmřtir³¹⁶.

Mutlak – nisbî ayırımın elverişlilik konusunda yetersiz kalması üzerine, “*gerçek tehlike*” görüşü ortaya atılmış ve bu bağlamda hareketin zarar ihtimali belirlenmeye çalışılarak yeni bir doktrinsel akım oluşturulmuştur. Bu akım da esas itibariyle objektif görüş temelleri üzerine yerleřtirilmektedir³¹⁷.

Teori, esasını, “*gerçek tehlike*” görüşünden almaktadır. Tehlikenin, gelecekte gerçekleşmesi değil, hareketin yapıldığı anda var olması gerekmektedir³¹⁸. Buna göre bir hareketin elverişliliğini dolayısıyla tehlikeli olup olmamasını tespit edebilmek

³¹⁴ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 74.

³¹⁵ SINISCALCO, **La struttura del delitto tentato**, s. 146; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 74.

³¹⁶ ROSSI, s. 9; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 74-75.

³¹⁷ MARMO, Mariano, “In tema di reato impossibile”, Ann. di dir. e proc. pen. 1940, s. 234; FIORE, **Reato impossibile**, s. 93.

³¹⁸ CARRARA, **Grado nella forza fisica**, s. 343-344.

için, olayla ilgili tüm şartların değerlendirilmesi gerekmektedir³¹⁹. Gerçekten de aracın elverişli olup olmadığı objektif ve soyut kurallara göre tespit edilemez. Her araç kullanıldığı somut olay içerisinde değerlendirilmelidir³²⁰.

Soyut ve somut ayırım temeline oturtulan bu farklı yöntem, tehlikenin iki şekilde anlaşılabilceğini kabul etmektedir³²¹.

Birinci anlayış, tehlikeyi, olayda bilfiil gerçekleşmiş durumları esas alarak ve bunların hukuken korunan değerlere verdikleri zarar ihtimalini araştırarak tespit eder. Diğer anlayış ise, hareketin başladığı anda var olan tüm somut şartları dikkate alarak, bunların zararlı veya tehlikeli sonucu meydana getirebilme ihtimalini değerlendirerek belirler. İlk anlayış, tehlikeliliği *ex post* şekilde yani, hareket işlendikten sonra gerçekleşmiş durumlara bakarak tayin etmektedir. Ancak bu anlayışla, hareketin hiçbir zaman bir tehlike arz etmeyeceği ve dolayısıyla elverişsiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Bunun nedeni, teşebbüs durumunda tipik sonuç gerçekleşmediğinden, her olay sonrası failin hareketinin sonucu meydana getirmeye elverişsiz ve hukukî değerler açısından da tehlikesiz kabul edilmesidir³²².

Örneğin, çok uzak bir mesafeden ateş eden kişinin, hiçbir kurşunu mağdura isabet ettirememesi durumunda tipik sonuç gerçekleşmediğinden, teşebbüsün

³¹⁹ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 75.

³²⁰ VELOTTI, s. 133.

³²¹ VANNINI, Ottorino, "Reato impossibile", Arch. Pen., Fasc. 11-12, 1949, s. 364 (**Reato**); ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 75; MANTOVANI, s. 422.

³²² FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1990**, s. 233-234; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 414; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 517; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 513; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 75; CADOPPI – VENEZIANI, s. 368; MANTOVANI, s. 422; CONTENTO, s. 420; FIORE, **Reato impossibile**, s. 93; NEPPI-MODONA, Guido, "Reato impossibile", In Noviss. Dig. Ital., Vol. XIV, 1967, s. 205 (**Reato impossibile 1967**).

varlığından da söz etmek mümkün değildir. Ayrıca, bir durumun aynı anda, hem zarar tehdidi taşıması, hem de tehlikesiz olması mümkün değildir³²³.

Görüşü savunan yazarların somut tehlike ile kastetmek istediği ikinci anlayıştır. Elverişliliği harekete ilişkin bir özellik olarak kabul eden görüş, elverişliliğin belirlenmesinde, hareketin korunan menfaate verdiği gerçek tehlikeyi esas almaktadır³²⁴. Buna göre, hareketin yapıldığı ana gidilmeli ve somut olayda mevcut tüm şartlara göre tehlikelilik değerlendirilmelidir. Bu araştırma yapılırken her türlü soyutlaştırılmadan kaçınılmalıdır. Gerçek tehlike, araçların soyut elverişliliğinin değil, somut bir hareketin ve diğer tüm şartların değerlendirilmesiyle belirlenebilir³²⁵. Bu şartlar, kullanılan araçların niteliği ve miktarı, hareketin işlendiği yer ve zaman ve pasif süjeye ilişkin şartlar olabilir. Söz konusu değerlendirme, *ex ante* şekilde yapılmaktadır, daha açık bir ifadeyle suçun işlendiği ana geri gidilerek olayın şartları incelenmekte ve yapılan hareketin korunan hak veya menfaat bakımından bir tehlike doğurup doğurmadığı araştırılmaktadır³²⁶. Örneğin, mağdurun çelik yelekle korunması ve dolayısıyla silahlı saldırıdan küçük bir yara dahi almadan kurtulması olayında, pasif süjeden kaynaklanan bu etkenin, ancak fiilin işlendiği andaki tüm koşullar dikkate alınarak, korunan menfaat için bir tehlike teşkil edip etmediği anlaşılabilir³²⁷.

³²³ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 75, s. 78; **İÇEL ve diğerleri**, s. 301-303.

³²⁴ FIORE, **Reato impossibile**, s. 41.

³²⁵ DELPINO, s. 387 vd.; BELTRANI, s. 20; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 76.

³²⁶ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 429; MANTOVANI, s. 422; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 518; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 514; VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 65; CADOPPI – VENEZIANI, s. 367; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 512 vd.; RAMACCI, s. 465; MARINUCCI – DOLCINI, s. 298-299.

³²⁷ FIORE, **Parte generale**, s. 54.

Doktrinde elverişliliğin, objektif somut tehlikeliliğe göre belirlenmesi görüşünü benimseyen yazarlar vardır. Bunlara göre, mutlak – nisbî elverişlilik ayırımı gereksizdir. Çünkü elverişli olan bir araç, somut olayda elverişsiz olabilir, bunun tam tersi durumun da ortaya çıkması mümkündür³²⁸. Örneğin, bir kürdan adam öldürme suçu için elverişsiz bir araçtır, ancak kürdan henüz kafatası oluşumunu tamamlamayan bir bebeğin beyin zarını parçalamak ve dolayısıyla adam öldürme suçunu oluşturmak bakımından elverişli olabilir. Bu nedenle, fiilin gerçekleştirildiği ve objektif gözlemcinin bilebileceği somut koşullar dikkate alınarak değerlendirme yapılması kanaatini taşımaktadırlar³²⁹.

Belirtilen tehlikelik, hareketin yapıldığı andaki koşulların, normal hayat tecrübelerine göre objektif bir gözlemcinin bilebileceği olaylar ışığında değerlendirilerek, kanuni tipte yer alan sonucu oluşturabileceği yönünde bir tahminle belirlenmektedir. Olağan hayat tecrübeleri, ortalama bir insanın sahip olduğu bilgi düzeyi çerçevesinde, çoğunlukla meydana gelen olaylar gözönünde tutularak (*id quod plerumque accidit*) değerlendirilmelidir³³⁰. Ayrıca yargıç, failin olaya ilişkin özel bilgisini de dikkate alarak sonuca varmalıdır. Örneğin, failin bir bilim adamı olması ve sadece kendisinin bildiği bir zehir icat etmesi veya mağdurun diabet hastası olduğunu bilmesi olaylarında, yargıcın karar verirken bu özel bilgileri de göz

³²⁸ MANTOVANI, s. 421; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 517; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 513.

³²⁹ BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 424; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 517; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 513.

³³⁰ SINISCALCO, **Limiti iniziale della punibilità**, s. 136; BELTRANI, s. 22; CADOPPI – VENEZIANI, s. 367; FIORE, **Parte generale**, s. 54; GRANDE, s. 1261.

önünde bulundurması gerekmektedir³³¹. Bu yaklaşım da, eleştirilerin hedefi olmuştur. Denilmiştir ki, objektif somut tehlikelilikte, suçun oluşumu esnasındaki tüm koşullar değil, bir kısmı değerlendirilmektedir. Yani, sadece objektif gözlemcilerin bilebileceği koşullar ve günlük hayat tecrübeleri gibi değişkenlik gösteren kriterler sonucu elde edilen bilgiler kullanılmakta, bu durum da belirsiz ve keyfi uygulamalara yol açan tahmine dayalı veriler ortaya koymaktadır³³². Ancak yargıç olayı değerlendirirken, normal bir gelişme gösteren insandaki nitelikleri ve onun bilgilerini de dikkate alarak ve yine hayatın insana verdiği tecrübelerden yararlanarak, hareketin istenilen sonucu meydana getirmeye elverişliliğini tespit edecektir. Hatta daha önce bahsettiğimiz gibi, failin somut olaydaki özel bilgisini de göz önünde bulunduracaktır³³³.

VANNINI, elverişliliği belirlerken, icra hareketleri sonucunda korunan menfaat açısından somut bir tehlikenin var olup olmadığını kriter almıştır. Hareketin tehlikeliliğinin, evrensel olarak geçerli, kesin ve uygun bir hükme bağlanması gerekmektedir. Bu nedenle, sezgisel açıklamalardan öte, objektif nitelikte bir değerlendirme yapılmalıdır. Tehlikeliliğin değerlendirilmesi için, öncelikle belli bir hareketi veya hareketler serisini ve bunların içinde olduğu koşulları tespit etmek zorunludur. Örneğin, bir insana ateş etme hareketinin, normal mesafe içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini belirlemek gerekir. Tespit edilen hareket veya hareketler serisinin, belli bir sonucu doğurabilme iktidarına sahip oldukları, objektif tecrübelerden elde edilen bilgilere göre değerlendirilmelidir. Daha sonra, somut

³³¹ ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 430; Örnekler için bkz. MORSELLI, *Il tentativo*, s. 135; MORSELLI, *Note in tema di delitto tentato*, s. 91; MORSELLI, *Condotta ed evento*, s. 53-54; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 180-181.

³³² İÇEL ve diğerleri, s. 303-304.

³³³ MANTOVANI, s. 422; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 93-94.

olayda söz konusu sonucun meydana gelmesini kesinlikle önleyici şart ve sebeplerin bulunmaması veya mevcut olmalarına rağmen bu hususun “*a priori*” bilinmesinin imkânsızlığı ortaya konulmalıdır. Tecrübelerle göre, belli bir doz arsenik (x) kuvvet verici niteliktedir. Aynı zehirin (x+1) veya (x+2) oranındaki dozu, adam öldürme için yeterli bir kapasitedir. Eğer, bir kimse adam öldürme kastıyla arsenik’in x dozunu verirse, bu failin suç işleme kapasitesini gösterir; bu olayda tehlikeli bir hareketin yapıldığı söylenemez. Nasıl ki, zararsız bir maddeyi zehirlemek amacıyla bir başkasına veren kişinin tehlikeli bir hareket yaptığı söylenemiyorsa, bu olayda da söylenemez. Mağdurun olaydan sonra bir tehlike hissi altında kalması da, bu sonucu değiştirmez. Bunun nedeni, hareketin tehlikeliliğinin, başkaları üzerinde meydana getirdiği etki sebebiyle değil; tecrübenin, belli şartlar ve sebeplerin birleşmesi halinde hareketin zararlı sonuca bağlanabileceğini ortaya koymasıdır. Örneğin, dolu bir silahla ateş etme tehlikeli bir harekettir. Ancak dolu olduğuna inandığı bir silahı karşısındakine doğru ateşleyen kimsenin hareketi tehlikeli değildir. Çünkü, silahın dolu olmadığı önceden *a priori* olarak öğrenilmesi mümkün bir koşuldur. Aynı şekilde, küçük saçmalarla dolu bir silahın, atış mesafesi dışındaki bir kimseye doğru ateşlenmesi halinde de, hareket tehlikesizdir. Çünkü, mesafenin çok uzak olduğu hareketten önce bilinmesi mümkün bir koşul olduğundan, hareketin somut bir tehlike oluşturabileceği söylenemez. Eğer, mermi önceden öğrenilmesi mümkün olmayan bir nedenden ötürü yön değiştirirse, somut bir tehlikenin varlığını kabul etmek gerekir³³⁴.

VANNINI’ye göre, tehlikeli olup olmadığı belirlenecek olan hareket, icra hareketi olmalıdır. İcra hareketleri tehlikesiz ise, hazırlık hareketlerinin tehlikeli

³³⁴ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 83-85.

olmaları önemli değildir. Bu bağlamda, düşmanın şarabına zehir karıştırdıktan sonra yanlışlıkla bardağın değiştirilmesi ya da üçüncü bir kişinin fail tarafından konulmuş zehiri zararsız bir tozla değiştirmesi veya fail tarafından düşmanını öldürmek amacıyla doldurulmuş bir tüfeğin, onun haberi olmaksızın boşaltılması olaylarında adam öldürmeye elverişli hareketler yapılmamıştır³³⁵.

Yazara göre; nedensel iktidarın hareketin tehlikeliliğine ilişkin olarak, fail tarafından öngörülen şekilde somutlaşması gerekmemektedir. Kullanılan aracın veya yapılan hareketin somut nedensel etkisi üzerindeki hata önemli değildir. Bir başka ifadeyle, kullanılan araç veya yapılan hareketin failin yanılması nedeniyle somut olayda etkili olması halinde, failin sorumluluğu söz konusu olur. Örneğin, çocuğunu düşürmek için hamile bir kadının karnına zararsız bir maddeyi birden çok kez ovuşturarak süren kişi, çocuğun düşmesine neden olursa, kuşkusuz failin cezalandırılması gerekir³³⁶.

VANNINI'ye göre; hareketteki tehlikeliliğinin, icra faaliyeti süresince devam etmesi gerekmemektedir. Hareket, gelişmesi sırasındaki herhangi bir anda, tek bir aşamada da tehlikeliliğini ortaya koyabilir, bu yeterlidir. İcra faaliyetlerinin gelişmesi, hareketin şeklen tamamlanmasını izleyen ve ona özgü olan nedensel olasılıkları da içine almaktadır. Örneğin, öldürmek amacıyla düşmanına kalomel veren kimsenin hareketi, bu doz tek başına öldürme kapasitesine sahip olmadığından herhangi bir tehlike taşımamaktadır. Ancak bu madde henüz vücuttan atılmadan, mağdurun kalomelle birleşerek zehirli bir madde yaratabilecek bir şeyler yemesi ve bu nedenle ölmesi halinde, failin hareketinin elverişli olduğu kabul edilir. Yine

³³⁵ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 87-88.

³³⁶ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 88-89.

başlangıçta tehlikeli olan bir hareketin daha sonra bu niteliğini kaybetmiş olması, elverişliliğini etkilemez. Örneğin apartmanda yaşayan bir kişi, duyduğu gürültü nedeniyle evine hırsız girdiğini anlar ve kıymetli eşyalarını saklarsa yine hareketin elverişliliğinden bahsetmek mümkündür. Failin sorumluluğu söz konusu olur³³⁷.

Elverişliliğin harekete ilişkin olduğunu belirten VANNINI, iştirak halinde işlenen suçlarda ortakların kullandıkları araçlardan birinin veya birkaçının elverişsiz olmasını dikkate almamakta, hareketin bir bütün olarak elverişli olmasını sorumluluk için yeterli kabul etmektedir³³⁸.

Elverişlilik, yalnızca teşebbüs halinde değil, tüm suçlarda bulunması gereken bir unsurdur. Gerçekten de elverişlilik, tipiklik için gerekli parçalardan yalnızca biridir. Şöyle ki, hareket elverişsizse fiil tipik değildir; tipik bir fiilin hareketi aynı zamanda elverişlidir. Bu nedenle elverişlilik, hareketin bir niteliği olup, tek başına cezalandırılabilir bir fiilin başlangıcını tespit edebilen bir unsur değildir³³⁹. Zira, daha önce bahsedildiği üzere, hareketin doğrudan doğruya icraya yönelik olması, cezalandırılabilir teşebbüsün başlangıcını göstermektedir³⁴⁰.

Bu konuda görüşlerini ortaya koyan FIORE, esasta somut tehlike teorisine dahil olmakta, ancak kendi tezinin aksine cezalandırılabilen teşebbüsün sınırlarını oldukça dar çizmektedir. Yazara göre, teşebbüsün cezalandırılması söz konusu ise, bu iki şekilde yapılabilir: Birinci yol, hareketlerin sonucu doğurabilme bakımından sahip

³³⁷ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 89-90.

³³⁸ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 95.

³³⁹ FIORE, Carlo, “L’idoneità dell’azione nella struttura del fatto tipico”, *Il Foro Pen.* 1963, s. 257-258 (*Idoneità dell’azione*); FIORE, *Reato impossibile*, s. 45; L’INNOCENTE, Giulio, “Considerazioni in tema di reato impossibile”, *Riv. it. di dir. e proc. pen.* 1961, s. 1088; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 137-138.

³⁴⁰ SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 509.

olmaları gereken nedensel iktidara önem verilmeyip, iradenin dış dünyada nesnelleşmesi dikkate alınarak cezalandırılabilir teşebbüsün kapsamı belirlenebilir. Bu durumda, açıktır ki, nedensel iktidarın bertaraf edilmesiyle, elverişliliğin tartışılmasına gerek kalmamaktadır. İkinci yol ise, ceza hukuku bir çizgi çizer, bu çizginin altında kalanlar cezalandırılmayan; üzerinde kalanlar ise sosyal ve hukukî düzen ile çatışma halinde olan ve cezalandırılabilen fiilleri oluştururlar. Bu yollardan ikincisi seçildiği takdirde, hareketlerin somut açıdan bir tehlike doğurup doğurmadıklarına göre ceza tespit edilecektir. Bu bağlamda, tipik hareketin başladığı ve devam ettiği andaki tüm somut koşullar dikkate alınacak, bir başka ifadeyle ex ante değerlendirme yapılacak ve hareketlerin elverişliliği belirlenecektir. Elverişli hareket, tipik sonucu doğurabilme iktidarına sahiptir; elverişsiz hareket ise tipik değildir, tipik olmayan hareket kanunî tanıma uygun bir fiilin icrasına başlayabilme niteliğine sahip değildir³⁴¹.

İşte tipik sonucu doğurmaya elverişli hareket, failin iradesi dışındaki herhangi bir nedenle tamamlanamaz veya tamamlanır sonucu gerçekleştirmezse teşebbüsten bahsedilir. Bir başka ifadeyle, gerçekleştirilen hareketlerle tehlikenin doğması mümkünse, teşebbüsün varlığı kabul edilir³⁴².

Sonuç olarak, elverişliliği tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalan suçlar için farklı değerlendirmek gereksizdir. Elverişlilik, aynen tamamlanmış suçlardaki gibi, tipik fiili belirlemeye ve bu fiilin zarar verici niteliğini ortaya koymaya hizmet eden bir unsurdur³⁴³.

³⁴¹ FIORE, **Reato impossibile**, s. 109-111; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 81-82.

³⁴² FIORE, **Reato impossibile**, s. 105; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 82.

³⁴³ L'INNOCENTE, s. 1097.

ddd. Elverişliliği Uygun Nedensellik İlişisine Dayandıran Görüş

Doktrinde bu görüşü savunan yazarlar, elverişliliği hareketin uygun nedenselliği (hareketin nedensel etkinliği) ile açıklamaya çalışmışlardır³⁴⁴. Bu görüşe göre, hareketin elverişliliği yalnızca teşebbüse ilişkin bir kavram değildir, bu kavram herhangi bir suç için de geçerlidir. Elverişlilik, nedensellik ilkesi uyarınca tüm suçlara sirayet ettirilebilen bir kavramdır³⁴⁵.

Bu görüş taraftarı olan SCARANO; klasik objektif görüşün, amaca ulaşmada aracın elverişliliği ile sonucu gerçekleştirmede hareketin uygunluğu sorunlarının, ortak bir paydada topladığını, ancak bunların birbirlerinden farklı kavramlar olduğunu belirtmektedir. SCARANO, aracın elverişliliği ile hareketin uygunluğu arasındaki farklılıkları daha geniş bir bakışla değerlendirmiştir. Örneğin, zehirleyerek öldürmek amacıyla düşmanına sadece su içiren bir kimse elverişsiz araç kullanmaktadır. Diğer yandan, zaten ölmüş olan bir kimseyi bıçaklayan kimse, elverişli araç kullanmasına rağmen, hareketi ölüm sonucunu gerçekleştirmeye uygun nitelikte değildir. Oysa ki, klasik objektif görüş, birbirinden farklı bu durumları ortak bir paydada, “hareketin elverişsizliği” adı altında toplamış ve yalnızca araç bakımından bir değerlendirme yapmıştır³⁴⁶.

SCARANO, klasik objektif görüşten sonra, somut tehlike görüşünü de eleştirmiştir. Yazara göre; doktrin her zaman, araçların elverişliliği ile hareketin zararlı

³⁴⁴ Doktrinde bazı yazarlar, bu anlayışı ifade etmek için “hareketin uygun nedenselliği” veya “hareketin nedensel etkinliği” kavramlarını kullanmaktadırlar. Bkz. SCARANO, s. 148 vd.; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 147 vd.

³⁴⁵ Görüşü savunanlar için bkz. NEPPI-MODONA, Guido, *Il Reato Impossibile*, Milano 1973, s. 148 (**Il reato impossibile 1973**); NEPPI-MODONA, Guido, “I concetti di “idoneità degli atti” e “inidoneità dell’azione”, struttura e accertamento”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1963, s.757-758 (**Idoneità degli atti**); SCARANO, s. 148 vd.; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 147 vd. ; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, s. 457-458; PANNAIN, s. 456-457.

³⁴⁶ SCARANO, s. 148.

veya tehlikeli sonucu doğurabilmedeki uygunluğunu karıştırmıştır. Bu nedenle SCARANO, farklı bir ayırma giderek, teşebbüs sorununun, birbirini takip eden iki ayrı sorunu ortaya koyduğunu belirtmektedir. İlk sorun araçların elverişliliğine, ikincisi ise zararlı veya tehlikeli sonucu doğurmada hareketin uygunluğuna ilişkindir. Bu bağlamda, SCARANO, kullanılan araçların elverişliliğini, fail tarafından izlenen sonuçla; uygunluk kararını ise hareketle bağlantılı olarak, hareketin somut bir tehlike veya zarar doğurabilme iktidarı çerçevesinde değerlendirmektedir. Birinci aşama, ikincinin ön şartıdır, ancak bunlar farklı kavramlardır. Nitekim, hareketin uygunluğunun araştırılması, cezalandırılmayı belirlemek için yapılmaktadır. O halde, ilk olarak kullanılan araçların elverişliliği tespit edilecek, elverişli bir araç söz konusu ise, hareketin sonucu meydana getirebilme potansiyeli araştırılacaktır. Zira, elverişsiz bir araç kullanılmışsa, ikinci değerlendirme yapılmayacaktır. Ancak elverişli bir araç kullanılmışsa, hareketin sonucu gerçekleştirebilmedeki uygunluğunun araştırılması şarttır. Elverişli bir araç olmasına rağmen, hareketler sonucu meydana getirmeye uygun olmayabilir³⁴⁷.

Bu bağlamda SCARANO, elverişlilik ile uygunluk sorunlarının çözüm şekillerini açıklamaya çalışmıştır. Yazar, sonucu isteyen kimse, onu bu sonuca götürecek araçları da ister görüşündedir. Bu nedenle, kullanılacak araçlar, failin ulaşmak istediği amaca ilişkindir. Harekete yönünü veren de, failin amacı ve dolayısıyla kullandığı araçtır. Bu noktadan hareketle çıkarılan sonuç, aracın elverişliliğinin, failin amacı doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiğidir³⁴⁸.

³⁴⁷ SCARANO, s. 167, s. 171; FIORE, **Reato impossibile**, s. 101.

³⁴⁸ SCARANO, s. 164-165.

Aracın elverişliliği, bir yandan, genel kabul gören verilere, diğer yandan da kullanılan aracın belli bir amacı gerçekleştirme iktidarına göre belirlenmelidir. Bu anlamda, elverişlilik nisbî bir kavramdır. Bu nedenle yapılacak değerlendirme, ortak tecrübelerle göre belli bir amacı gerçekleştirmek doğrultusunda aracın kullanılış biçimi, yer ve zaman şartları da dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu noktadan hareketle, SCARANO'ya göre; olayın oluşum sürecini bütünüyle kavrama imkânına sahip olmayan mağdurun değerlendirmesini değil, orta zekaya sahip bir insanın zamanın gerisine giderek olayı yaşaması ve vereceği kararı dikkate almak gerekmektedir. İşte, bu noktada eo tempore (ex ante) değerlendirme söz konusu olmaktadır³⁴⁹.

Araçların elverişliliği tespit edildikten sonra, hareketin zararlı veya tehlikeli sonucu meydana getirmeme nedeni, yani hareketin neden uygun olmadığı değerlendirmesi yapılır. Burada verilecek karar ex post niteliktedir. Araçların kullanılmasından sonra meydana gelen veya gelmesi mümkün olan, failin dışındaki bu husus, zararlı veya tehlikeli sonucun meydana gelmeme nedenini araştırmaktadır. Nitekim, araçların amaca göre elverişli olması ile hareketin zararlı veya tehlikeli bir sonuç doğurması farklı konulardır. Örneğin, adam öldürmeye elverişli olan bir tabanca, uzak bir menzilden ateş edildiğinde ölüm sonucunu doğurmaya uygun olmayabilir³⁵⁰.

SCARANO'ya göre; her hukuka aykırı faaliyetin varlığı ve birinci koşulu, uygunluk kriteri olmalıdır. Yazar, teşebbüste nedenselliğin temel ilkesinin uygulanmasının koşulu olarak, uygunluk kriterini görmektedir³⁵¹.

³⁴⁹ SCARANO, s. 166-167.

³⁵⁰ SCARANO, s. 167-168; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1990**, s. 233-234; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 413-414.

³⁵¹ SCARANO, s. 173; NEPPI-MODONA, **Idoneità degli atti**, s. 758.

Açıklamak gerekir ki, geleneksel bakış açısının aksine, elverişlilik konusundaki nedensellik kavramı yalnızca hareket ile doğal sonuç arasındaki bağı değil, aynı zamanda tamamlanmış suçların bazılarında görüldüğü gibi, hukukî anlamda sonucu da içermektedir³⁵². Diğer bir ifadeyle, uygun nedensellik kavramı teşebbüsün yapısı ile çelişkiye düşmemekte ve elverişliliği oluşturan tüm unsurların doğru değerlendirilmesine ulaşmayı engellememektedir³⁵³.

NEPPI-MODONA ve SINISCALCO da, elverişliliği nedensellik bağına düzenleyen ilkeler çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu bağlamda, elverişliliğin belirlenmesinde ex ante bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Suçun işlendiği ana geri gidilerek, failin ait olduğu sosyal gruptan, orta zekaya sahip bir insanın bakış açısına göre hareketin elverişliliği tespit edilecektir. Çünkü, nedensellik ilişkisine dayanarak ex post bir değerlendirme yapılması, ancak tamamlanmış suçlarda bir anlam ifade eder³⁵⁴.

NEPPI-MODONA elverişlilik kavramının, iki önemli işlevi olduğunu ifade etmektedir. İlk olarak, elverişlilik, teşebbüs açısından ele alındığında kanunîlik ilkesi gereği, özel kısımda yer alan her bir normla teşebbüs hükümlerinin kanunî tipini belirlemektedir. Kuşkusuz ki, elverişlilik tamamlanmış suçlar bakımından da kanunî tipin belirlenmesi amacına hizmet etmektedir. Kavramın ikinci işlevi ise, teşebbüs derecesinde kalan suçlar da dahil, tüm suçlardaki hareketin ihlal edici niteliğini ortaya koymasındır. Bu bağlamda elverişlilik, hukukî anlamda sonucun yeterli görüldüğü

³⁵² NEPPI-MODONA, *Idoneità degli atti*, s. 760.

³⁵³ NEPPI-MODONA, *Idoneità degli atti*, s. 760-761.

³⁵⁴ NEPPI-MODONA, *Il reato impossibile 1973*, s. 150-151, s. 187-188; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 147 vd., s. 156-157.

suçlarda da söz konusu olur³⁵⁵. Hukukî anlayışa göre sonuç, normun koruduğu menfaatin veya varlığın ihlalinden ibarettir, dış dünyada bir sonucun nesnel olarak gerçekleşmesi gerekmemektedir³⁵⁶.

Elverişlilik, yalnızca fiilin suç tipine uygunluğu için değil, aynı zamanda cezalandırabilme kurumu için de gereklidir. Zira, cezalandırılabilme için tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalan suçlarda, korunan menfaatin zarar görmesi veya tehlikeye maruz kalması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, elverişlilik, fiilin ihlal edici niteliğini gösterebilme iktidarına sahip olmalıdır. Nitekim, işlenemez suç ipotezinde, elverişli olmayan bir hareketten doğan hukukî sonucun imkânsızlığı, bu tezi ortaya koymaktadır³⁵⁷. Hareket, özel kısımdaki hükümle korunan menfaati tehlikeye koyduğu zaman nedensel bir değere sahiptir³⁵⁸.

Bu görüşe göre, elverişlilik varsayımsal bir nedensel iktidarı değil, hareketin fail tarafından işlenmek istenen sonucu meydana getirebilmedeki potansiyel iktidarını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, teşebbüste yapılan hareketlerle gerçekleştirilmek istenen amaç, bir başka ifadeyle failin gerçekleştirmek istediği sonuç arasında, elverişliliğin tespiti bakımından uygun nedenselliğin bulunması gerekmektedir. NEPPI-MODONA, suçun teşebbüs derecesinde kalmasının, hareketin elverişliliği üzerine yapılan değerlendirmeyi etkilemeyeceğini, çünkü failin iradesi dışındaki bir

³⁵⁵ NEPPI-MODONA, *Idoneità degli atti*, s. 786-787; NEPPI-MODONA, *Il reato impossibile 1973*, s. 169, s. 202.

³⁵⁶ TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 122.

³⁵⁷ NEPPI-MODONA, *Idoneità degli atti*, s. 764; NEPPI-MODONA, *Il reato impossibile 1973*, s. 170.

³⁵⁸ ROSSI, s. 7.

nedeninden ötürü hareketle sonuç arasındaki nedensel sürecin kesildiğini ifade etmektedir³⁵⁹.

bb. Sübjektif Görüş

Teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklarken de ifade ettiğimiz gibi, sübjektif görüş Almanya'da ortaya çıkmış ve bu görüşün öncülüğünü Alman hukukçu VON BURI yapmıştır. Sübjektif görüş açısından önemli olan, failin suçlu iradesinin dışa yansımasıdır. Bu anlamda, elverişsiz araçlarla da olsa, bu iradenin ortaya çıkması, teşebbüsün cezalandırılması için yeterlidir³⁶⁰.

Ancak sübjektif anlayış hareketin elverişliliğini hangi kriterlere göre değerlendirmektedir? Bu başlık altında esasen inceleyeceğimiz konu da, hareketin sübjektif anlayışa göre elverişliliğini tespit etmektir. Bu konuda görüşlerini ifade eden Pozitivist okul taraftarları, elverişliliği, failin suç işleme kapasitesine göre değerlendirmektedirler. Teşebbüsün cezalandırılmasını suç işleme iradesinin ortaya çıkmasına dayandıran sübjektif görüş taraftarları, failin cezalandırılması için de kullanılan araçların sübjektif uygunluğunu aramaktadırlar³⁶¹. Bu yönde, fail işleyeceği suçu düşünerek kullandığı aracı, o suç için yeterli ve uygun görmüşse, sonuca ulaşmasa bile yine cezalandırılmalıdır. Çünkü sübjektif görüşe göre elverişlilik, fail açısından yapılan değerlendirme sonucunda belirlenebilir. Bu

³⁵⁹ NEPPI-MODONA, **Il reato impossibile 1973**, s. 151, s. 154; NEPPI-MODONA, **Idoneità degli atti**, s. 760.

³⁶⁰ ALIMENA, **Mezzi inidonei**, s. 12 vd.

³⁶¹ ALIMENA, **Mezzi inidonei**, s. 12 vd.

anlamda, fail kullandığı araç ile tehlikelilik halini ortaya koymaktadır. Failin bu aracı sonuca ulaşmak için elverişli olarak nitelendirmesi yeterlidir³⁶².

Ancak bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü, suç işleme kastıyla icraya başlayan fail, kuşkusuz elverişli olduğunu düşündüğü araçları kullanacaktır. Bu bağlamda, fail açısından elverişliliği belirlemek, kullanılan bütün araçların elverişli olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Doktrinde, elverişliliği, sübjektif açıdan değerlendiren bir başka görüş, bu konuya farklı bir biçimde yaklaşmıştır. Bunlara göre, hareketin elverişliliği, failin kullandığı araç konusundaki becerisine, bilgisine ve aracı kullanabilmesine bağlanmaktadır. Bu görüşte önemli olan, aracın belli bir sonucu meydana getirmeye elverişli olmasının yanında, failin aracı kullanıp kullanmadığını da belirlemektir. Fail aracın nasıl kullanılacağını bilmiyorsa, araç elverişsiz olarak nitelendirilir³⁶³. Bunun yanında, aracı kullanan kişinin kişiliği ve aracı kullanma şekli elverişliliğin saptanmasında dikkate alınmalıdır³⁶⁴. Bu noktada ex ante bir değerlendirme yapıldığı düşünülebilir. Ex ante değerlendirmede, suçun işlendiği sırada kullanılan her araç fail açısından elverişli olarak nitelendirilme sonucunu doğuracaktır. Keza, fail suç işleme kararını gerçekleştirmek amacıyla elverişli olduğunu düşündüğü araçları seçmekte ve icra hareketlerine başlamaktadır. Bu bağlamda, yargıç, suçun işlendiği ana geri giderek, failin sübjektif kanaatine göre kullanılan araçların elverişliliğini değerlendireceğinden, her zaman aynı sonuca varacaktır.

³⁶² SOYASLAN, s. 97; ÖZBEK – BACAĞIZ – DOĞAN, s. 245.

³⁶³ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 467.

³⁶⁴ LEONE F., s. 344; ÖZGEN, s. 66.

Bu görüş yönünde fikirlerini açıklayan DÖNMEZER – ERMAN, 1930 tarihli İCK.'yla (ve tabii ki 5237 sayılı Kanunla) “elverişli araç” yerine “elverişli hareket” ibaresinin kabul edilmesinin, bu bağlamda subjektif bir değerlendirme eğilimini de beraberinde getirdiğini iddia etmiştir³⁶⁵.

Ancak DÖNMEZER – ERMAN'ın bu değerlendirmesini kabul etmek imkânsızdır. Elverişlilik harekete içkin bir niteliktir. Bu değişiklikle, elverişlilik değerlendirilirken, araçlarla birlikte harekete ilişkin tüm şartların dikkate alınması gerektiği vurgulanmak istenmektedir.

cc. Karma Görüş

Karma görüş, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, hem objektif hem de subjektif görüşün kullanılmasını öngörmektedir. Bu görüş taraftarları, elverişliliğin nisbî bir kavram olduğunu, dolayısıyla her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kanısında olduklarını vurgulamışlardır. O halde, elverişliliğin ne olduğu konusunda tüm olaylara uygulanabilecek genel bir çözüm bulunamamıştır. Nitekim, objektif görüşe göre elverişli olan bir araç, subjektif görüşe göre olmayabilir. Bunun tersi durumunun olması da mümkündür. Yani subjektif görüşe göre elverişli bir araç, objektif yönden değerlendirildiğinde elverişsiz bir araç olabilir. Örneğin, dolu bir tabanca adam öldürmeye objektif olarak elverişli bir araç iken, hayatında bir kez bile silah kullanmayan kişi için subjektif açıdan sonucu meydana getirmeye elverişsiz olabilir. Yine, su veya şeker objektif yönden adam

³⁶⁵ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 418.

öldürmeye elverişsizdirler, ancak yeni ameliyatlı birine su veya şeker hastası birine şeker verilirse, adam öldürme suçu bakımından elverişli araç kabul edilirler³⁶⁶.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere, elverişliliği belirlerken hem kullanılan aracın suç fiiline neden olabilecek nitelikte olması, hem de suçu oluşturabilecek biçimde kullanılması dikkate alınmalıdır. Ayrıca elverişliliği, işlenmek istenen suça göre de değerlendirmek gerekir.

dd. Değerlendirme

Elverişlilik konusunda, klasik objektif görüşün benimsediği anlayışı kabul etmemiz mümkün değildir. Öncelikle bu anlayışın getirdiği mutlak – nisbî ayırım, elverişliliği soyut olarak değerlendirmektedir. Ancak araç, somut olaydaki amaca veya olayın koşullarına göre değerlendirileceğinden, soyut olarak elverişli olan bir araç, somut olayda elverişsiz hale gelebilir. Aynı şekilde, elverişsiz olarak düşünülen bir araç, somut olayda elverişli bir niteliğe dönüşebilir³⁶⁷.

MANZINI'nin yetersizlik görüşünün de, tatmin edici bir çözüm getirdiği söylenemez. Aracın elverişli olup olmaması somut olayın verilerine göre değerlendirileceğinden, yetersiz olan aracın aynı zamanda elverişsiz kabul edilmesi sonucuna varmak mümkündür³⁶⁸. Örneğin, bir tüfeğin uzak mesafedeki bir kişiyi öldürmek için kullanılması halinde yetersiz olan araç, aynı zamanda elverişsiz olarak nitelendirilecektir. Diğer yandan, soyut olarak elverişsiz kabul edilen bir araç, elverişli hale dönüşebilir ve cezalandırılabilir bir teşebbüsü meydana getirebilir.

³⁶⁶ PADOVANI, s. 355; ÖZTÜRK – ERDEM – ÖZBEK, s. 163-164; VELOTTI, s. 133.

³⁶⁷ FIORE, *Reato impossibile*, s. 97; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 68; LEONE G., s. 66.

³⁶⁸ SCARANO, s. 154; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 73.

Örneğin, adam öldürmeye elverişsiz kabul edilen kürdanın, yeni doğmuş bebeğin başına batırılması olayında elverişli bir araç konumuna geçebilmesi gibi³⁶⁹.

Bununla birlikte, elverişliliği uygun nedensellik anlayışı içerisinde inceleyen görüşün de kabul edilmesi mümkün değildir. İlk olarak, elverişlilik kavramı uygun nedensellik teorisi çerçevesinde değerlendirilirken, var olan somut tehlike görüşüne bir farklılık katılamamıştır. Bu bağlamda, bu görüşün öncülerinden SCARANO'nun, aracın elverişliliği ile hareketin uygunluğu arasında yaptığı ayırım bir zorlamanın ürünüdür³⁷⁰. SCARANO, sonucu isteyen kimse, onu bu sonuca götürecek araçları da ister görüşündedir. O halde, kullanılacak araçlar, failin ulaşmak istediği amaca ilişkindir. Harekete yönünü veren de, failin amacı ve dolayısıyla kullandığı araçtır. Bu noktadan hareketle çıkarılan sonuç, aracın elverişliliğinin, failin amacı doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiğidir³⁷¹. Durum böyle olunca, elverişlilik hakkında verilecek kararın, harekete ilişkin unsurlardan ayrı değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, aracın elverişliliği ile hareketin uygunluğunu iki ayrı sorun olarak ortaya koymak ve değerlendirmek, bu konudaki sorunlara yeni bir çözüm getirememiştir.

Kanaatimizce, elverişlilik, korunan menfaat bakımından yarattığı zarar veya tehlikeye göre değerlendirilmelidir. Elverişlilik, cürmî faaliyetin genel bir şartı olarak düşünülmelidir. Elverişli olan hareket, hukuka aykırı veya ihlal edici niteliğe sahiptir³⁷². İşte, tamamlanmış suçlarda zarara, teşebbüste tehlikeye yol açan

³⁶⁹ PANNAIN, s. 458; VASSALLI, s. 632; VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 72; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 73.

³⁷⁰ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 89-90.

³⁷¹ SCARANO, s. 164-165.

³⁷² NEPPI-MODONA, **Idoneità degli atti**, s. 764.

hareketin, elverişliliğinin tespit edilmesi gerekir. Bu değerlendirme yapılırken, hareketin korunan menfaati ihlal etmesi açısından “gerçek tehlike” görüşünden hareket etmek gerekmektedir³⁷³. Yargıç, hareketin işlendiği ana geri giderek, somut tüm şartları ortalama zekaya sahip bir insanın bakış açısıyla değerlendirecek, ayrıca failin özel bilgisini de dikkate alacaktır³⁷⁴.

b. Elverişli Araç – Elverişli Hareket

5237 sayılı Kanunla, “*vesaiti mahsusa - elverişli araç*” kavramı yerine “*elverişli hareket*” kavramı getirilmiştir. Mevzuat kanunda yer alan “vesaiti mahsusa” ibaresi doğru değildir. Çünkü elverişlilik, yalnızca aracın elverişli olmasından ibaret değildir. Aynı zamanda aracın kullanılış tarzı da, sonucu gerçekleştirmede önemli bir etkidir. Araç, onu kullanan enerjinin gücüne bağlıdır. O halde failin faaliyetinden söz etmek gerekmektedir³⁷⁵.

Doktrinde “*araç*” kelimesinin iki anlamda kullanıldığı ifade edilmiştir. Dar anlamda araç, failin öngörülen sonucu gerçekleştirmek için kendisi dışında var olan nesnedir. Bu anlamı ile araç, failin suçu gerçekleştirmek üzere seçtiği, örneğin silah, zehir gibi eşyaları belirtmektedir. Diğer yandan, geniş anlamıyla araç, yalnızca suçu gerçekleştirmek üzere seçilen eşyayı değil, failin suça ilişkin her türlü çabasını, her türlü hareketini içermektedir. O halde araç, sonucu gerçekleştirmek için, hem yapılan hareketi, hem de kullanılan maddî eşyayı ifade etmektedir. Hareket, amaca ulaşmak

³⁷³ FIORE, **Reato impossibile**, s. 91-92.

³⁷⁴ MARINUCCI – DOLCINI, s. 298-299; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 429; MANTOVANI, s. 422; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 518; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 514; VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 65; CADOPPI – VENEZIANI, s. 367; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 512 vd.; RAMACCI, s. 465.

³⁷⁵ SOYASLAN, s. 108-109.

için her zaman bir araçtır, ancak araç bir hareket değildir³⁷⁶. Örneğin, bir kimsenin düşmanını öldürmek için silah kullanması olayında, silah ölüm sonucunu doğurmak için elverişli bir araç olarak nitelendirilir. Ancak bu sonucu elde etmek için bir araç kullanmamıza gerek yoktur. Düşmanının kalp yetmezliği hastalığı olduğunu bilen bir kimse, aniden onu korkutarak ölümüne sebep olabilir³⁷⁷. İşte doktrinin geniş anlamda araç kavramıyla belirtmek istediği anlamı, bugün kanunlar “elverişli hareket” ibaresi ile ifade etmişlerdir³⁷⁸.

“Elverişli hareket”, elverişli aracı da içine alan geniş bir kavramdır³⁷⁹. Bu nedenle, 5237 sayılı Kanunla “elverişli hareket” ibaresinin kullanılması çok isabetli olmuştur. Nitekim 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun mehzazı olan 1889 Zanardelli Kanunu’ndaki “elverişli araç” kavramı, 1930 tarihli Rocco Kanunu’yla “elverişli hareket” olarak değiştirilmiştir.

O halde, elverişliliği hem araç bakımından, hem de fiilin bütünlüğü açısından değerlendirmemiz gerekmektedir. Elverişli araç, soyut bir kavramdır, bu nedenle ona hayat verecek bir insan hareketine ihtiyaç vardır. Araç, kör ve hareketsizdir, ancak insan hareketiyle anlam kazanır. Nitekim, elverişlilik, sadece araçlarda değil, aynı zamanda araçların kullanılma biçiminde de olmalıdır. Çünkü elverişli bir araç, kullanma biçimine göre elverişsiz olabilir. Yine elverişli olmayan bir araç, kullanma biçimine göre elverişli olabilir³⁸⁰. Aracın hangi şartlar altında ve ne gibi bir amaçla,

³⁷⁶ PANNAIN, s. 456.

³⁷⁷ ALIMENA, **Mezzi inidonei**, s. 65-66.

³⁷⁸ ALIMENA, elverişliliğin yalnız araca özgü değil, harekete ilişkin bir nitelik olduğunu henüz ceza kanunlarında bu değişiklik yapılmadan önce açıklamıştır. ALIMENA, **Mezzi inidonei**, s. 91.

³⁷⁹ GULLO, s. 489.

³⁸⁰ CAVALLO, **Parte generale**, s. 738; ÖZGEN, s. 66; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 466.

kime karşı işlendiğinin bilinmesiyle elverişli olup olmadığı belirlenebilir. Araç ile kastedilmek istenen, yalnızca alet değildir; suç tipini ihlale uygun her şey araç kavramına dahil olmalıdır³⁸¹. Araç, çeşitli suçlar bakımından zehir, maymuncuk olabileceği gibi, insanın eli de yeri geldiğinde bir araç olarak kullanılabilir. Örneğin boğarak adam öldürme suçunda, el ölüm sonucunu elde etmek için kullanılan bir araçtır³⁸².

“*Elverişli hareket*” kavramı, hem suç ipotezindeki fiili oluşturacak elverişli araç kullanmayı, hem de suçun maddî konusu da dahil olmak üzere fiilin bütünü yönünden elverişliliği ifade eder³⁸³. Daha açık bir ifadeyle, hareketin elverişli olması demek, suç fiilini derhal oluşturabilecek nitelikte olması anlamına gelmektedir³⁸⁴. Elverişli olan bir araç kullanım şekline göre elverişsiz olabilir. Bunun tersi de mümkündür. Ancak elverişli hareketler, sonucu doğurma gücünü de ortaya koymaktadırlar. Bu nedenle, teşebbüsün şartlarının uygunluğunu işlendiği ana göre değerlendirebilme olanağını da vermektedirler³⁸⁵.

Elverişlilik, araçla birlikte yapılan hareket ve var olan diğer koşullar da dikkate alınarak değerlendirilir. Elverişlilikten, ancak, gerçekleştirilmek istenen bir sonuç, bir amaç varsa bahsedilebilir. Gerçekten de, sadece aracın elverişliliğini değil, hareketin tümünün de elverişli olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir. Bu

³⁸¹ ÖNDER, s. 388.

³⁸² DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 420; İÇEL ve diğerleri, s. 321; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 770.

³⁸³ MANTOVANI, s. 421; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 465.

³⁸⁴ TOROSLU, Genel Kısım, s. 263.

³⁸⁵ SOYASLAN, s. 110.

belirleme de, ancak aracın kullanılma biçimi ve somut olayın koşulları bilinerek yapılabilir³⁸⁶. Nitekim, TCK.'nın 35. maddesinde bu durum ifade edilmiştir. Bu bağlamda, elverişliliği, yalnızca kullanılan aracın değerlendirilmesi olarak açıklayan objektif görüşün bu şekilde değiştirilmesi, mutlak – nisbî araç ayırımının da, terkedilmesi gerekmektedir³⁸⁷.

Kullanılan araçların elverişliliği, suçun tamamlanmasından önceki aşamalarda belirleneceğinden, bu süreç içerisinde bunların yön değiştirmesi mümkündür. Araçlar başlangıçta elverişsiz olabilecekleri gibi, sonradan da elverişsiz hale gelebilir. Hatta kısmen veya tamamen elverişsiz araçlardan söz edilebilir. Başlangıçta sonucu doğurmaya elverişsiz olan araç, suçun icrasını imkânsızlaştırır. Böylece herhangi bir zararlı sonuç meydana gelmediğinden, yapılan hareketlerin cezalandırılması gerekmez. Örneğin içkiye zehir yerine şeker karıştırma olayında, kullanılan araç adam öldürme sonucunu meydana getirmeye baştan itibaren elverişsizdir. Sonradan ortaya çıkan elverişsizlik ise, yapılan hareketlerin cezalandırılmasına engel değildir. Sadece failin, fiili etkili bir şekilde icra etmesini ve tamamlamasını imkânsız kılar. Ancak bu durumda ceza normunun nisbî bir ihlali söz konusudur, bu nedenle ceza verilmesi gerekir³⁸⁸.

Kullanılan araçların tümünün elverişsiz olması mümkündür. Sözü edilen nitelikteki araçlarla suç işlenemeyeceğinden, teşebbüsten dolayı ceza verilemez. Kısmî elverişsizlikten ise, birden fazla aracın kullanılması halinde bahsedilebilir. Bu

³⁸⁶ ALIMENA, **Mezzi inidonei**, s. 67 vd.; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 62; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 466.

³⁸⁷ MANTOVANI, s. 421.

³⁸⁸ MANZINI, **Trattato di diritto penale**, s. 494-495; SOYASLAN, s. 103.

araçlardan sadece birinin elverişsizliği, diğer araçların etkisini ortadan kaldırıyor ise, teşebbüs söz konusu olamaz. Ancak elverişsiz araçtan sonra elverişli bir araç kullanılmışsa, teşebbüs hali mevcuttur³⁸⁹.

İştirak halinde işlenen suçlarda ortakların her birinin hareketinin elverişli olup olmadığı, hareketin bütününe değerlendirilmesiyle belirlenebilir. Ortakların bir kısmının hareketleri, sonucu gerçekleştirme bakımından elverişli ise, diğer ortakların hareketlerinin elverişsiz olmasının bir önemi yoktur. Çünkü elverişlilik hareketlerin bütününden ve olayın diğer şartlarının değerlendirilmesinden elde edilen bir kanaattir. Bu nedenle elverişsiz hareketleri yapan ortaklar da, diğerleri gibi ceza alacaklardır³⁹⁰.

c. İşlenemez Suç ile Teşebbüs Derecesinde Kalan Suç Arasındaki İlişki

Daha önce belirttiğimiz gibi, suça teşebbüsün maddî pozitif unsurları, elverişli hareketlerin kullanılması ve bir suçun icrasına doğrudan doğruya başlanmasıdır. Bu nedenle, araçların veya yapılan hareketlerin elverişsiz olması veya icrasına başlanan suçun maddî konusunun bulunmaması halinde faile ceza vermek mümkün değildir. Gerçekten de, hareket sonuç bakımından elverişsizse veya suçun maddî konusu yoksa “işlenemez suç” söz konusu olur³⁹¹.

İşlenemez suçun hukukî niteliği üzerinde doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım yazar, işlenemez suça bağımsız bir varlık tanırken³⁹², bir

³⁸⁹ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 495-496; SOYASLAN, s. 103.

³⁹⁰ ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 96.

³⁹¹ DÖNMEZER – ERMAN, *C. I*, s. 458-459; ÖNDER, s. 407.

³⁹² ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 431 vd.; FIORE, *Reato impossibile*, s. 16 vd.

kısmı ise bu suçun sözde suçun bir türü olduğunu ileri sürmektedir³⁹³. Bu yazarlardan MANZINI'ye göre³⁹⁴; işlenemez suç, sözde suçun türlerinden olan tamamlanma imkânında yanılma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Fail, suçu işleyebileceğine inanmakta, ancak somut olay bakımından sonucu gerçekleştirmeye kesin olarak imkân bulunmamaktadır. Sözde suçun özelliği, failin suç işleme yolundaki hatalı kanaatidir. Fail, maddî konunun yokluğunu bilmediği için suç işlediğine veya işleyeceğine inanmaktadır, ancak maddî konunun varlığı üzerinde yanılmaktadır. Çünkü, gerçekte fail suç işlememekte, işlenmesi de imkânsız olan bir fiili gerçekleştirmektedir. Bu nedenle, ortada bir sözde suçun varlığından bahsetmek gerekir. MANZINI, bu noktada failin işlediği fiili cezalandıran bir normun bulunmaması ile fiilin normun içeriğine uymaması arasında bir fark olmadığını ileri sürmektedir³⁹⁵.

Bu görüşte olan diğer bir yazar ise, BETTIOL'dur. Bu yazar da, sözde suçun hukukî ve fiilî hata olarak ikiye ayırmakta; işlenemez suçun yasaklayıcı bir ceza kuralı olmasına rağmen, gerçekleştirilen fiilin ya hiçbir suçun kurucu unsurunu

³⁹³ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 493, s. 501-502; BETTIOL, *Parte generale 1976*, s. 487.

³⁹⁴ MANZINI, sözde suç şu şekilde tanımlamaktadır: Fail, suç işleme iradesiyle, mutlak olarak veya somut olay bakımından meşru veya ceza hukukunun önem vermediği bir fiili ya da suç teşkil etmekle beraber, kendisi tarafından bilinmeyen sebepler dolayısıyla işlenmesi mümkün olmayan bir fiili işlemekte veya işlemeye teşebbüs etmektedir. Bu genel tanımdan sonra, yazar, suçun varlığında yanılma ile suçun tamamlanması imkânında yanılma arasında bir ayırım yapmaktadır. İlk ipotez, ceza kuralının varlığında yanılmadır. Fail, norm tarafından yasaklanmış olduğu zannıyla suç teşkil etmeyen bir fiili işleyebilir. Bu durumda, ya suçun kurucu unsurlarında ya da cezalandırılabilme şartlarında yanılma söz konusu olmaktadır. İşte, bu hallerde sözde suçtan bahsedilir. Diğer ipotez ise, sözde suçun ikinci şeklidir. Fail suçun tamamlanma imkânında yanılmakta; suçun işleyebileceğine inanmasına rağmen somut olay bakımından buna kesin olarak imkân bulunmamaktadır. Görüş için bkz. NEPPI-MODONA, *Il reato impossibile 1973*, s. 32; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 3-4.

³⁹⁵ Görüş için bkz. ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 3-4.

oluşturmadığı ya da oluşturmakla beraber tamamlanamadığı hallerde söz konusu olacağını ifade etmektedir³⁹⁶.

aa. İşlenemez Suçun Suç Genel Teorisindeki Yeri

İşlenemez suçun, suç genel teorisi içerisindeki yeri tartışmalıdır. Bir kısım yazar, işlenemez suçu manevî unsur, yani isnat yeteneği ve kusurluluk konusu içinde, bir kısmı suçu veya cezalandırmayı ortadan kaldıran sebepler arasında, dolayısıyla maddî unsur ve teşebbüs konularıyla birlikte değerlendirmekte, diğer bir kısım ise, işlenemez suçu teşebbüs kavramının dar sınırları içerisinde değil, tipiklik unsuruna olan etkisi bakımından incelemektedirler³⁹⁷.

İşlenemez suçun cezalandırılmama sebebini, failin anlama ve isteme yeteneğinden yoksun olması şeklinde manevî unsur içinde ele alan görüşü kabul etmek mümkün değildir. Zira, işlenemez suç faili de, anlama ve isteme yeteneğine sahip olarak hareket etmektedir. Yine, “*işlenemez suçta gerçek bir irade yoktur, yeteri kadar belirlilik kazanmamış bir saikten bahsedilebilir*” yönündeki görüş de, bu kurumun manevî unsur içinde değerlendirilmesi konusunda tatminkar olamamıştır. Bunun nedeni ise, hareket her ne kadar elverişsiz olsa da, işlenmekle bir objektiflik kazanmaktadır³⁹⁸.

Bu konuda ileri sürülen diğer görüş, işlenemez suçu teşebbüsün olumsuz şekli olarak incelemektedir. Teşebbüsün maddî unsurları arasında, elverişli hareketlerle icraya başlamak yer almaktadır. Bu noktadan hareketle, elverişsiz bir aracın kullanılması veya hareketin elverişsiz olması ya da maddî konunun

³⁹⁶ BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 487; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 4.

³⁹⁷ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 17-18.

³⁹⁸ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 18.

bulunmaması hallerinde işlenemez suç oluşmaktadır. Bu bağlamda işlenemez suçun maddî unsur ve teşebbüs kurumlarıyla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir³⁹⁹. Geleneksel doktrinde işlenemez suça “elverişsiz teşebbüs” de denilmektedir⁴⁰⁰.

Bu durum, işlenebilen bir suça teşebbüsten farklıdır. Nitekim işlenebilen suça teşebbüste, icra hareketlerinin yarıda kalması veya sonucun gerçekleşmemesi elverişsiz bir aracın kullanılmaması veya suç konusunun bulunmaması dışındaki engelleyici bir sebebin varlığından ileri gelmektedir. İşlenemez suçta ise, esasen normla korunan menfaatlere bir zarar gelmemekte; sonuç aracın elverişsizliği veya maddî konunun yokluğu nedeniyle gerçekleştirilememektedir.

İşlenemez suçu, teşebbüsün olumsuz bir şekli olarak ele alan bu anlayışın kabul edilemez olduğu söylenemez. Teşebbüs için gereken elverişli hareketler, işlenemez suç ipotezinde elverişsiz hareketlere dönüşmektedir. Kullanılan aracın elverişsiz olduğu veya maddî konunun olmadığı durumlarda icraya başlamak, doğrudan doğruya teşebbüsle ilgilidir. İşte işlenemez suç ipotezini teşebbüs ve maddî unsur (icra hareketlerine başlama) kapsamında değerlendiren bu görüş, yanlış bir görüş olarak nitelendirilemez⁴⁰¹.

Teşebbüsün olumsuz şekli anlayışı yanında kabul edilebilir bir başka görüş de, işlenemez suç ipotezini, tipiklik kurumuna olan etkisi bakımından

³⁹⁹ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 19; Görüşü savunanlar için bkz. EREM, s. 335; SANTORO, **Manuale di diritto penale**, s. 458; PANNAIN, s. 460-461; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 431; MEZGER, s. 405-406; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 518; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 514; BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 425; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 459.

⁴⁰⁰ FLORA – TONINI, s. 127; FLORIAN, **Procedura penale**, s. 453; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 431.

⁴⁰¹ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 18-19.

değerlendirmektedir⁴⁰². Bu görüşü savunanlardan FIORE'ye göre; elverişsiz hareketin olması veya maddî konunun bulunmaması halinde, kanundaki tipe uygun bir fiil meydana getirmek imkânsızdır. Bu görüş, fiilin tipikliğini ön plana çıkarmaktadır. Nitekim “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi de bunu gerektirmektedir. Bu ilkeye göre, yalnızca kanunda suç sayılan fiiller cezalandırılabilirler⁴⁰³. Elverişlilik, tipik fiilin gerektirdiği bir özelliktir; fiilin tipikliği araştırılırken öncelikle hareketin elverişli olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bu nedenle, elverişlilik yalnızca teşebbüs halinde kalan suçlara özgü değil, tamamlanmış suçlar için de olması gereken bir niteliktir. Elverişsiz olan bir hareket, tipik değildir. Atipik olan hareket, hukuken korunan menfaate bir zarar veremez veya tehlikeye maruz bırakamaz. İşlenemez suçta, fail kanun tarafından işlenmesi yasaklanan bir fiilin tanımını yerine getirememektedir. Bu nedenle, hareketin elverişsizliği veya maddî konunun yokluğu halinde faile ceza vermek mümkün değildir⁴⁰⁴. FIORE'nin görüşü, esas olarak hareketin gayesi teorisine dayanır. Hareketin gayesi teorisine göre, insan hareketinin içeriği ve gerçek anlamı, nedensellik kurallarına göre yalnızca sebep – sonuç ilişkisi içinde anlaşılmalıdır. Harekete içeriğini veren amaçtır, gayedir. Her insan hareketi, taksirli bile olsa amaçsal bir oluşumdur. İnsan kendi hareketlerinin gücünü, anlamını, sonuçlarını, amacını önceden öngörür ve suçun icrası sırasında kullanacağı araçları seçer. Kısacası fail, hareketi gerçekleştirebileceği araçları, amacı doğrultusunda temin eder.

⁴⁰² FIORE, **Idoneità dell'azione**, s. 248-249, s. 252; NEPPI-MODONA, **Reato Impossibile 1967**, s. 980 vd.; NEPPI-MODONA, **Il reato impossibile 1973**, s. 141-142; L'INNOCENTE, s. 1085 vd.

⁴⁰³ FIORE, **Idoneità dell'azione**, s. 248-249, s.252; FIORE, **Reato impossibile**, s. 28.

⁴⁰⁴ FIORE, **Idoneità dell'azione**, s. 250-252; FIORE, **Reato impossibile**, s. 29; CONTENTO, s. 422-423; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 19; CERASE, Marco, “Contrasti giurisprudenziali in tema di reato impossibile”, Cass. Pen., Vol. II, 1991, s. 1786; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 533 vd.

Bu bağlamda, ancak elverişli olan yani belli bir gaye için yapılan ve bu irade doğrultusunda seçilen araçlarla somutlaşan hareketlere “hareket” denilmesi mümkündür. Bu durum da göstermektedir ki, hareketi, özünden ona hayat veren iradeden ayırmak imkânsızdır⁴⁰⁵.

Gerçekten de FIORE, hareketin gayeci teorisini benimsemekle, elverişliliğe verdiği anlamı da ortaya koymaktadır. Yazara göre, madem ki irade gerçekleştirilebilecek tüm sonuçları kapsar ve hukuken de değer atfedilen hareket, belli bir amaç için belli şekilde yapılmaktadır ve ayrıca kullanılan araçların seçimi de bu amacın dış dünyada somutlaşma şekillerinden biridir, o halde yalnızca amacı gerçekleştirmeye elverişli olan davranışlar hareket olarak nitelendirilmektedir⁴⁰⁶.

Elverişsiz harekete yönelmiş bir irade hukuken önem taşımamaktadır. Fiilin, tipik olabilmesi için, hareketin hukuken korunan menfaate zarar verebilme iktidarına sahip olması gerekir. Bu potansiyele sahip olan her hareket elverişlidir. Elverişli olan hareket de tipiktir. Bu bağlamda, FIORE, elverişsiz bir hareketin ve maddî konunun yokluğunun tipikliği ortadan kaldıran nedenler olduğunu, dolayısıyla da işlenemez suç hipotezinin tipikliği etkileyen bir durum olduğunu ileri sürmektedir⁴⁰⁷. Yazara göre elverişlilik, cezalandırılabilir hareketin genel niteliği olarak ortaya çıkmaktadır. Hatta suçu oluşturan hareketin bir zorunlu koşuludur⁴⁰⁸.

L’INNOCENTE, elverişliliği tipikliğin bir önşartı gibi kabul eden hareketin gayeci teorisini eleştirmiştir. Yazara göre, bu teori elverişliliği tipiklik alanı içine

⁴⁰⁵ FIORE, **Reato impossibile**, s. 36-37; KUNTER, **Maddî Unsurları**, s. 45-46; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 19.

⁴⁰⁶ FIORE, **Reato impossibile**, s. 38.

⁴⁰⁷ FIORE, **Reato impossibile**, s. 39, s. 43; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 20-21.

⁴⁰⁸ FIORE, **Reato impossibile**, s. 45.

sokmakla konuyu subjektif bir alana taşımaktadır. Şöyle ki, bu anlayışta önemli olan failin hareketinin gayesidir, bu yönde somutlaşan hareket elverişli olarak nitelendirilir. Elverişliliğin tipikleşmesi, aynı zamanda subjektifleştirilmesini gerektiriyorsa, objektif olarak elverişsiz olan hareket faile göre elverişli ise, ceza vermek icap edecektir. Bu teori, failin subjektif değerlendirmesini dikkate almaktadır. Ancak tipiklik, failin olumlu değerlendirmesi sonucunda vardır diye kabul edilecekse, bu durum tipiklik kavramından vazgeçmek anlamına gelir. Bu kabul ise, hem tipikliğin teknik yapısını gözardı etme, hem de ceza hukuku sistemini tahrip etme sonucunu doğurur. İşte bu sakıncalar nedeniyle, L'INNOCENTE, FIORE'nin elverişliliği objektif açıdan değerlendirme yönünde bir görüş benimsediğini ve elverişli olan bir hareketin mutlaka somut bir tehlike oluşturması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, bu nedenlerle elverişliliğin hareketin gayeci teorisi içinde değerlendirilmesine karşı çıkmaktadır⁴⁰⁹.

Diğer yandan atipik fiillerin cezalandırma kapsamına alınması, korunan hukukî değere zarar vermesi veya bu değere karşı tehlike arzemesi imkânsız olan hareketleri ceza tehdidiyle karşı karşıya bırakmaktadır⁴¹⁰. Gerçekten de bu durum, suçların kanuniliği ilkesini ve bunun sonucu olan tipiklik unsurunu bertaraf etmekten başka bir şey değildir. Oysa ki, tipik fiili belirlemek, cezalandırılabilir unsurların oluşturulması bakımından zorunlu bir geçiş noktasıdır. Fiil, cezalandırılabilmenin çekirdeğini oluşturmaktadır, diğer parçaların tümü onun etrafında toplanmaktadır⁴¹¹.

⁴⁰⁹ L'INNOCENTE, s. 1089 vd.

⁴¹⁰ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 56.

⁴¹¹ FIORE, **Idoneità dell'azione**, s. 253; FIORE, **Reato impossibile**, s. 45-46.

Tipik fiil kavramına, ceza normunda yasaklanan suça özelliğini veren objektif ve sübjektif tüm unsurlar dahildir. Ancak tipiklik bakımından, bu unsurlar arasında belki de en önemlisi, korunan değer ihlalinin belirlenmesidir⁴¹². Nitekim kanunumuzda da hukukî konu kriteri benimsenerek, suçlar sınıflandırılmıştır.

Kanaatimizce, işlenemez suç, tipikliğin oluşumunu engelleyen bir durum olarak ele alınmalıdır. Nitekim, tipik olan fiil, aynı zamanda elverişli hareketlerle yapılmış fiildir. Elverişlilik de, harekete içkin bir özelliktir. Bu nedenle, işlenemez suç hipotezinde, elverişsiz bir hareket atipik fiili oluşturduğundan, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereği, faile ceza vermek mümkün değildir.

bb. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Görüşünü Savunanlar

aaa. Sübjektif Görüş

Teori, Almanya’da doğmuş ve gelişmiş olması nedeniyle doktrinde “*Alman Okulu*” olarak da anılmaktadır. Sübjektif anlayışa göre; teşebbüsün kanuni tipteki fiilin gerçekleştirilmemesine rağmen cezalandırılmasının nedeni, yapılan hareketin tehlikeli olması değil, failin suç işleme iradesinin açığa çıkmasıdır. Bu nedenle, yapılan hareketlerin sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmamasının bir önemi yoktur⁴¹³. Teşebbüs esasen bir imkânsızlığın, bir elverişsizliğin göstergesidir⁴¹⁴. Fail, icra hareketlerini sonucu gerçekleştirecek şekilde ve var olan bir konu üzerinde yapmış olsaydı, teşebbüs durumu değil tamamlanmış suç ortaya çıkacaktı. Ancak sübjektif anlayış, failin suçlu iradesinin ortaya çıkmasını, suça

⁴¹² FIORE, *Idoneità dell’azione*, s. 253-254.

⁴¹³ FLORIAN, *Procedura penale*, s. 449; MOLETI, s. 838; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 33-35; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I*, s. 462.

⁴¹⁴ FLORIAN, *Procedura penale*, s. 449; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 33-34; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I*, s. 462.

teşebbüsün cezalandırılması için yeterli görmektedir. Bu bağlamda, nasıl ki failin iradesi dikkate alınarak teşebbüs cezalandırılıyor, işlenemez suç olarak nitelendirilen hallere de ceza verilmesi gerekmektedir⁴¹⁵.

Sübjektif görüş eleştirilmiştir. Denilmiştir ki, sübjektif görüş, hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağının varlığını tamamlayan elverişlilik ve tehlike kavramlarını reddetmektedir. Ancak, zarar veya tehlike doğurmayan bir hareket cezalandırılmayacağına göre, elverişlilik sorunu aslında hukuka aykırılık sorununun kendisidir. Hukuka aykırılık, zarar veya tehlike şeklinde bir içeriğe sahip olduğundan, teşebbüs halinde kalan bir hareketin cezalandırılması ancak ihlal ile arasında nedensellik bağının olmasına bağlıdır⁴¹⁶.

Diğer bir eleştiri ise, failin suç işleme iradesinin cezalandırılmasının kanunîlik ilkesini bertaraf ettiği gerekçesiyle yapılmıştır. Çünkü sübjektif görüşün kabulü ile, henüz kanunî tipe uygun olarak dış dünyada meydana gelmeyen bir iradenin cezalandırılması sonucu doğar⁴¹⁷.

bbb. Sübjektif Tehlike Görüşü

Pozitivistler tarafından ileri sürülen bu görüşe göre teşebbüs, suç iradesinin şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkması ve failin tehlikeli olması hallerinde söz konusu olabilir. Tespit edilmesi gereken husus, failin tehlikeliliğidir. Sübjektif görüş için de önemli olan suçlu iradedir. O halde iki görüş arasındaki fark şudur: salt sübjektif teori, suç iradesinin göstergesi olan her türlü belirtiyi cezalandırma için

⁴¹⁵ ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 33-35; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 462.

⁴¹⁶ ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 38-39; Hukuka aykırılık konusunda geniş bilgi için bkz. KATOĞLU, *Hukuka Aykırılık*, s. 1 vd.

⁴¹⁷ ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 39-40.

yeterli görmektedir. Ancak, şüphesiz ki her belirti tehlikeli değildir. Bu nedenle, sübjektif tehlike görüşü, her türlü “*a priori*” düşünceden soyutlanarak, her olayın şartlarını ve failin durumunu dikkate almak gerektiğini ileri sürmektedir. Kullanılan araçlar, failin suç yetersizliğini veya kapasitesizliğini ortaya koymuşsa, artık tehlikeden bahsetmemiz mümkün değildir. Suçlu irade tehlikeli değilse, faile ceza vermenin bir anlamı yoktur. O halde, kullanılan araçlar sonucu meydana getirmek için elverişsiz ise, failin tehlikeli olup olmadığına bakmak gerekir. Şayet fail tehlikeli ise teşebbüs hali mevcuttur, aksi takdirde teşebbüsün bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir⁴¹⁸.

cc. İşlenemez Suçun Cezalandırılmaması Görüşünü Savunanlar

aaa. Objektif Görüş

Bu görüşü ortaya koyan yazarlar, hukuk ile ahlakın birbirinden ayrılması ve hukukî konuların ahlâki kaygılardan soyutlanarak çözülmesi gerektiğini belirtmektedirler. Bir hareketin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, yalnızca kast yeterli değildir, aynı zamanda bir hakkı ihlal etmiş veya tehlikeye düşürmüş olması da gerekir⁴¹⁹. Ancak, meydana gelmesi imkânsız olana teşebbüs eden kimse cezasız kalacaktır. Böyle bir kimsenin ceza almaması, toplum açısından bir tehlike yaratmamaktadır. Çünkü bu kişinin hareketleri başkaları tarafından tekrarlanırsa bile, bir ihlal söz konusu olmayacaktır. Zira, kişi ya bu zararsız

⁴¹⁸ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 40-42; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 463-464.

⁴¹⁹ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 44; FLORA – TONINI, s. 127.

hareketleri tekrarlayacaktır ya da suça teşebbüs edecektir. İkinci halde faile ceza vermek mümkündür⁴²⁰.

Objektif anlayış, dış ve somut bir tehlike halinde teşebbüsün var olacağını savunmaktadır. Objektif anlayışın esası hakkında bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, teşebbüsü, sonucun objektif bir kısmı olarak görmektedir. Araç veya konu sonucun meydana gelmesine elverişli değilse, fail cezasız kalmalıdır. Araç veya konudaki elverişsizlik nedeniyle suçun tamamını işlemek mümkün olmayınca ihlale başlamak da mümkün olamaz. Bunun nedeni, bütünün gerçekleştirilmesinin imkânsız olduğu hallerde, parçanın gerçekleştirilmesi imkânının da olmamasıdır. Hareket, hiçbir aşamada kanunun öngördüğü ihlali gerçekleştirecek güce sahip değildir. Bir başka görüşe göre, olayın tamamlanması mutlak olarak imkânsız ise, suçu gerçekleştirmeye yönelik icra hareketlerinin başlamamış olduğu, dolayısıyla tehlikenin var olmadığı ve toplumun herhangi bir zarar görmediği kabul edilmektedir⁴²¹.

Tehlikeyi belirleyebilmek için, yapılan hareketlerin sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı ile suçun konusunun bulunup bulunmadığını ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir⁴²².

Objektif anlayışta yargıç, elverişsizliği ex post yani, hareket yapıldıktan sonra sonuç bakımından bir tehlikenin olup olmadığını o andaki şartlara göre

⁴²⁰ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 44.

⁴²¹ ÖNDER, s. 408.

⁴²² DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 460.

değerlendirmektedir⁴²³. Yargıç, bu değerlendirmeyi daha da ileri götürmeli ve ikinci bir inceleme yaparak hareketin ihlal edici olup olmadığını belirlemelidir⁴²⁴.

Bu anlayış, beraberinde temelini Klasik okuldan alan mutlak ve nisbî elverişsizlik ayırımını getirmektedir⁴²⁵. Şöyle ki, suçun konusu açısından elverişsizliği, mutlak ve nisbî (daimi ve geçici) olarak ayırmak mümkündür. Örneğin, öldürülmek istenen kişi daha önce ölmüşse konu bakımından imkânsızlık ve elverişsizlik söz konusudur. Bunun yanında, suçun konusunun olduğu ancak araç veya hareketin geçici nedenlerden dolayı sonucu meydana getiremediği durumlarda nisbî elverişsizlik vardır. Örneğin, mağdurun cebine elini atan yankesici, birşey bulamamış ise elverişsizlik nisbîdir⁴²⁶. Araç bakımından da mutlak ve nisbî elverişsizlik ayırımı yapılmaktadır. Örneğin, büyü yaparak bir kişinin öldürülmesine kalkışılması olayında, kullanılan araç sonucu meydana getirmeye mutlak olarak elverişsizdir. Ancak çelik yelek giymiş kimseye ateş edilip de kurşunun işlememesi halinde ise elverişsizlik nisbîdir⁴²⁷. Suçun maddî konusu veya kullanılan araç sonucu gerçekleştirme bakımından mutlak elverişsiz ise faile ceza verilmez, nisbî ise failin cezalandırılması gerekir⁴²⁸. Çünkü mutlak elverişsizlik hallerinde ortaya çıkan bir tehlike yoktur, bu nedenle teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi kalmamaktadır. Oysa nisbî elverişsizlikte, konu var olmakla beraber geçici bir takım nedenler veya soyut ve objektif olarak elverişli olan aracın belli ve somut olayda yetersizlik

⁴²³ GRANDE, s. 1266; ÖNDER, s. 408.

⁴²⁴ CERASE, s. 1786.

⁴²⁵ MOLETI, L., "In tema di reato impossibile", La Giust. Pen., Parte Seconda, 1954 s. 838.

⁴²⁶ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 460.

⁴²⁷ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 460-461.

⁴²⁸ ÖNDER, s. 407.

göstermesi dolayısıyla tehlikenin var olduğu kabul edilmekte ve faile teşebbüsten dolayı ceza vermek gerekmektedir⁴²⁹.

Sonuç olarak denilebilir ki, konu veya araçlardaki nisbî elverişsizlik halleri işlenemez suçun konusu dışındadır. Bu hallerin cezalandırılabilir teşebbüse vücut verdikleri kabul edilir⁴³⁰.

Bu görüş eleştirilmiştir. Çünkü bahse konu anlayış, teşebbüsün varlığı için objektif bir tehlike aramaktadır. Oysa ki, görüş, nisbî elverişsizlik hallerinde bir tehlikenin var olmamasına rağmen, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmasını öngörmektedir⁴³¹. Diğer yandan mutlak – nisbî şekilde bir ayırım yapılmasını doğru bulmayan yazarlar vardır. Bunlar, özellikle konu bakımından imkânsızlığın ya icraya başlamadan önce bulunabileceğini ya da icraya başladıktan sonra tamamlamak mümkün iken suç yolunda ortaya çıkabileceğini ifade etmektedirler. İmkânsızlık, icraya başlamazdan önce mevcut ise işlenemez suç söz konusudur ve fail cezalandırılmamalıdır. İcra başladıktan sonra ortaya çıkan bir imkânsızlık varsa, suça teşebbüsün olduğu kabul edilmelidir. Araç ve hareket bakımından da, bu ayırımın tatmin edici bir kriter olmadığı belirtilmektedir. Hareketin elverişli olup olmadığının, somut olayın koşullarına bakılarak belirlenmesi gerekir. Çünkü bazı objektif ve sübjektif sebepler vardır ki, bunlar tek başına soyut nitelikte elverişli görünen bir hareketi veya aracı elverişsiz hale getirebilme özelliğine sahiptirler. Bunun tersi de mümkündür. Elverişsiz bir araca, zararlı sonucu doğurma iktidarı verebilirler. Gerçekten de, soyut ve mutlak olarak elverişsiz olan bir araç, somut bir olayda

⁴²⁹ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 461.

⁴³⁰ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 46.

⁴³¹ ÖNDER, s. 408.

elverişli olabilir⁴³². Örneğin su soyut olarak değerlendirildiğinde adam öldürmeye elverişsizdir ancak yeni ameliyat olmuş birine verilirse söz konusu suç tipi bakımından elverişli hale dönüşebilir. Yine, soyut olarak düşünüldüğünde tek bir kibrit yangın çıkarmak için elverişsiz olarak nitelendirilirken, benzin deposunu ateşe vermede elverişli bir araca dönüşebilir⁴³³.

bbb. Tehlike Görüşü

Tehlike görüşü, teşebbüsü suç işleme kararının tehlike arzedecek hareketle açığa vurulması olarak tanımlanmaktadır⁴³⁴. Görüş, failin yaptığı hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığını dikkate alır. Bu bağlamda, hareket suç konusu üzerinde tehlike yaratmayacak veya önemsenmeyecek derecede bir tehlike yaratacaksa teşebbüs söz konusu değildir, fail cezalandırılmamalıdır. Görünüşte tipik bir fiilin esasen zararsız veya tehlikesiz olması halinde, faile ceza vermek rahatsızlık yaratabilir. Örneğin, 10 kuruşun çalınması, tipik bir hırsızlık suçunu oluşturmaktadır, ancak verilen zarar o kadar önemsenmeyecek derecededir ki, failin cezalandırılmaması gerekir. Tehlikelilik, yargıç tarafından hem normal hayat tecrübeleri, hem de failin bilgisi esas alınarak değerlendirilir. Böylece her olayın gösterdiği özellikler dikkate alınmaktadır. Ayrıca hareketin sonuç bakımından tehlikeliliği uygun nedensellik anlayışına göre belirlenmelidir⁴³⁵.

Tehlike görüşü, “yeni objektif teori” olarak da adlandırılmaktadır. Söz konusu görüş esasta objektif anlayışa dayanmakla birlikte, elverişsizliği ex ante, yani

⁴³² DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 464-465.

⁴³³ LEONE G., s. 66; PANNAIN, s. 458.

⁴³⁴ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 463.

⁴³⁵ ÖNDER, s. 408-409; CERASE, s. 1786-1787.

hareketin yapıldığı zamana göre değerlendirmekte ve dolayısıyla, mutlak ve nisbî ayırımını terketmektedir⁴³⁶.

Ancak bu görüş de eleştirilerin hedefi olmuştur. Bunlara göre, önemli olan failin hareketi ile ortaya koyduğu iradesinin toplum bakımından gösterdiği tehlike ve bunun etkisidir⁴³⁷.

ccc. Hukukî İmkânsızlık Görüşü

Hukukî imkânsızlık görüşü, objektif nitelikli bir anlayış olmasına rağmen, elverişsizliği farklı bir açıdan değerlendirmektedir. Bir fiilin cezalandırılması ancak kanuni tipe uygun olması halinde mümkündür. Tipe uygunluk, suçun varlığının esasını oluşturmaktadır. Fail tarafından yapılan hareketler, bazı eksiklikler nedeniyle kanuni tipe uymayabilir. Hareket, zarar veya tehlike şeklinde ortaya çıkan sonuç, ihlale uğrayan menfaat ve suçun maddî konusunun tipik olması gerekmektedir. İşte yapılan hareketin, kanunî tipe uygun olması gerekir. Şayet söz konusu hareketle sonucu meydana getirmek imkânsız ise, engel olan husus hukukî niteliktedir. Bir başka ifadeyle, suçu gerçekleştirmek hukuken imkânsızdır. Nasıl ki tipik fiilin unsurlarındaki eksiklik suçun oluşumunu engellerse, aynı şekilde teşebbüsün gerçekleştirilmesini önleyecektir. Örneğin, mağdur öldüğü için adam öldürmeyi düzenleyen hükmü ihlal etmek hukuken imkânsızdır. Çünkü cezalandırılması mümkün olmayan atipik bir hareket söz konusudur. İcrasına başlanan hareket, kanuni tipi gerçekleştirme imkânına sahipse, cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığından söz etmek mümkündür⁴³⁸.

⁴³⁶ CERASE, s. 1787; ÖNDER, s. 408; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 463.

⁴³⁷ ÖNDER, s. 409.

⁴³⁸ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 49-50; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 461-462.

Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı, objektif anlamda elverişsiz bir hareket veya konunun yokluğu hallerini cezasızlık sebebi saymamaktadırlar. Cezalandırma için konunun bilfiil mevcut olmadığı durumlarda, failin veya yargıcın sübjektif kanaati dikkate alınmalı ve ona göre tespit yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin, yeni doğan çocuğun öldürülmesi olayında, gerçekte ölü olan çocuğun öldüğü an şüpheli ise, cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığından söz etmek gerekir⁴³⁹.

Görüş, konu bakımından elverişsizliğe bir dereceye kadar çözüm getirmektedir. Ancak kullanılan araçların elverişsizliği sorununa çözüm bulamamaktadır. Bu görüş kabul edilecek olursa, sadece bağlı hareketli suçlar bakımından işlenemez suç ipotezi söz konusu olabilecektir. Çünkü suçun meydana gelebilmesi için elverişli olan hareketler yalnız bu suçlarda belirtilmiştir⁴⁴⁰. Zira kanun, suçların belli araçlarla işlenmesini aramamaktadır, bu nedenle aracın elverişsizliği kanuni tipe yabancı olan bir husustur. Bu görüşün kabul edilmesi, elverişsiz bir araçla işlenmeye çalışılan fiilden dolayı, faile teşebbüsten ceza verilmesini gerektirir. Ancak işlenemez suçlar atipik olmaları nedeniyle cezalandırılma kapsamı dışında kalacaklardır⁴⁴¹. Yine görüşün bir tutarsızlığının da, araçların veya hareketlerin elverişliliği sorununda, tipe uygunluk kriteri yerine, somut tehlike görüşünü esas alması olduğu ileri sürülmüştür. Bu eleştiriye karşılık, söz konusu anlayışın elverişlilik – elverişsizlik sorununu çözmek için ortaya atılmadığı, işlenemez suçun teknik anlamda teşebbüs halini gerçekleştiremeyeceği ve

⁴³⁹ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 51.

⁴⁴⁰ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 53.

⁴⁴¹ DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 465-466.

elverişsiz hareketin suça teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak hareketin elverişliliği sorunu farklı bir konudur, bu nedenle farklı kriterlere göre değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁴².

ddd. Değerlendirme

Kanunumuzda işlenemez suça ilişkin ayrı bir hüküm mevcut değildir. Ancak işlenemez suçun, suç genel teorisi içerisinde tipiklik⁴⁴³ unsuruna olan etkisi bakımından ele alınması, ayrı bir hükme gerek kalmaksızın makûl bir sonuca ulaşmayı mümkün kılar. Bu anlamda, tipiklik için gerekli olan şartları incelemekte yarar vardır.

Doktrinde, tipikliğin içeriği konusunda bir çok görüş ileri sürülmüştür⁴⁴⁴. Bu görüşlere tek tek yer vermek, çalışmamızın konusu dışında kalmaktadır. Bu nedenle, sadece kabul ettiğimiz görüşü belirtip, bu görüşün işlenemez suç açısından olan önemini ortaya koymakla yetineceğiz.

Tipiklik⁴⁴⁵, fiilin, ceza normunda tanımlanan tipe uygun olmasıdır. Bu anlamda tipiklik, suçun maddî ya da manevî unsurunu içermektedir. Hukuka aykırılık, suçun kurucu bir unsuru değildir, bilâkis suçun özüdür⁴⁴⁶. Tipikliğin bu anlamda kabul edilmesi sonucu, elverişlilik, yalnızca teşebbüs için söz konusu bir unsur olmaktan kurtulmaktadır. Kuşkusuz tamamlanmış suçlar için de geçerlidir. O

⁴⁴² ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 55.

⁴⁴³ İtalyancada “tipicità”, “fattispecie” veya “corrispondenza al tipo legale” terimlerini karşılamak üzere tipiklik kavramı kullanılmaktadır. Bkz. KUNTER, **Kanuni Unsurlar**, s. 39-40.

⁴⁴⁴ Görüşler için bkz. KUNTER, **Kanuni Unsurlar**, s. 47 vd.

⁴⁴⁵ Tipiklik konusunda geniş bilgi için bkz. KEYMAN, Selahattin, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4, 1980, s. 59 vd.

⁴⁴⁶ ROSSI, s. 5, s. 25;

halde, elverişlilik hareketin bir özelliğidir. Nitekim fail, elverişli hareketlerle bir suç işlemeye yönelir, sonucu gerçekleştirirse tamamlanmış, hareketi tamamlayamaz veya sonucu gerçekleştiremezse teşebbüsten sorumlu olur. Bu bağlamda elverişsiz bir hareketle kanuni tarifte yer alan sonucun gerçekleşmesi mümkün değildir.

Tamamlanmış suçta, failin kasıtlı gerçekleştirdiği hareketi neticesinde, normla korunan hukukî değerler ihlal edilmekte ve bu ihlal zarar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oysa ki, üzerinde suç işlenecek eşya veya şahsın olmaması durumunda, bu zararlı sonucun doğması mümkün değildir. Bu nedenle, maddî konunun olmaması da, işlenemez suç ipotezinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Sonuç olarak, tipikliği ortadan kaldıran durumlar, kanunî tipin yokluğu ve fiilin kanuni tipe kısmen uygun olmaması şeklinde iki başlık altında toplanmaktadır⁴⁴⁷. Kanunî tipe yer alan unsurlardan biri eksik olunca suç meydana gelemeyeceğine göre, işlenemez suç halinde de bir “suç”tan bahsedilmesi mümkün değildir.

İşlenemez suça ceza verilmemesinin nedeni ise, hukukî imkânsızlık görüşü ile açıklanabilir. Hukukî imkânsızlık, fiilin tipik olmasını aramakta; tipik fiilin hareketinin de elverişli olması gerektiğini belirtmektedir. Yani, hareket elverişli ise fiil tipiktir. Esasını gerçek tehlikenin oluşturduğu anlayış, elverişliliğin, araçların soyut olarak değil, somut bir hareketin ve diğer tüm şartların değerlendirilmesiyle belirlenebileceği fikrini ortaya koymaktadır⁴⁴⁸. Söz konusu değerlendirme, suçun işlendiği ana geri gidilerek var olan şartları inceleyerek yapılmakta ve ona göre bir

⁴⁴⁷ KUNTER, fiilin kanuni tipe kısmen uygun olmamasını tipikliğe etki eden bir neden olarak görmemektedir. Bu durumu da, kanuni tipin yokluğu olarak görmektedir. KUNTER, **Kanuni Unsurlar**, s. 75.

⁴⁴⁸ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 76.

sonuç elde edilmektedir⁴⁴⁹. Bu bağlamda, işlenemez suç, tipiklik konusuyla birlikte hukukî imkânsızlık görüşü içinde değerlendirilmelidir. Hukukî imkânsızlık görüşü için yapılan eleştiriler, kanaatimizce yersizdir. İlk eleştiri, kullanılan araçların elverişsizliği sorununa çözüm bulamaması olarak belirtilmiştir. Denilmiştir ki, bu görüş kabul edilecek olursa, sadece bağlı hareketli suçlar bakımından işlenemez suç ipotezi söz konusu olabilecektir. Çünkü suçun meydana gelebilmesi için elverişli olan hareketler yalnız bu suçlarda belirtilmiştir⁴⁵⁰. Zira kanun, suçların belli araçlarla işlenmesini aramamaktadır, bu nedenle aracın elverişsizliği kanuni tipe yabancı olan bir husustur. Bu anlayışın kabul edilmesi, elverişsiz bir araçla işlenmeye çalışılan fiilden dolayı, faile teşebbüsten ceza verilmesini gerektirir. Ancak işlenemez suçlar atipik olmaları nedeniyle cezalandırılma kapsamı dışında kalacaklardır⁴⁵¹.

Fakat bu eleştirileri kabul etmek mümkün değildir. Herşeyden önce, elverişlilik yalnızca kanuni tipte belirtilen icraî hareketlere özgü değildir, fiilin bütününe ilişkin bir niteliktir. Bu nedenle, elverişliliği yalnızca bağlı hareketli suçlara özgü bir nitelik olarak ifade eden bu eleştiri benimsenemez. Diğer yandan, ortaya atılan bir başka eleştiri ise, elverişliliğin tipe uygunluk kriteri yerine, somut tehlike görüşüne göre belirlendiği, dolayısıyla bu görüşün esas alınması gerektiği hususunda yapılmaktadır. Bu eleştiriye karşılık, söz konusu teorinin elverişlilik – elverişsizlik sorununu çözmek için ortaya atılmadığı, işlenemez suçun teknik anlamda teşebbüs halini gerçekleştirilemeyeceği ve elverişsiz hareketin suça teşebbüs

⁴⁴⁹ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 429; MANTOVANI, s. 422; CADOPPI – VENEZIANI, s. 367.

⁴⁵⁰ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 53.

⁴⁵¹ Görüşü savunan yazar için bkz. SCARANO, s. 194; Ayrıca görüş için bkz. DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 465-466.

olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak hareketin elverişliliği sorunu ayrı bir konudur ve farklı kriterlere göre değerlendirilmelidir⁴⁵².

Bu nedenle, teşebbüsle ilgili hükümdeki tanımlama işlenemez suç ipotezini cezalandırma kapsamı dışında tutmaktadır. İşlenemez suç, ya elverişsiz bir hareketin kullanılmasından ya da maddî konunun bulunmamasından doğmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu hallerin cezalandırılmış olması durumunda, atipik bir fiile ceza verilmiş olacaktır⁴⁵³.

Ancak doktrinde bir suçu düşünmekle yetinmeyip, sonuca ulaşması imkânsız da olsa iradesini dış dünyaya yansıtan kişilerin toplum için bir tehlike arzettikleri ileri sürülmüştür. Zira bir suçu işlemeyi düşünmekle, bu düşünceyi icra safhasına taşımak arasında fark vardır. Söz konusu kişilere en azından bir emniyet tedbiri uygulanması gerekmektedir⁴⁵⁴. Bunlara göre, toplum güvenliği yalnızca cezalarla sağlanamaz. Diğer yandan işlenemez suça ceza verilmesi doğru değildir. Çünkü tehlikelilik, gelecek ile ilgilidir. Oysa ki, ceza geçmişte meydana gelen olaylara uygulanır. Cezanın azaltılarak verilmesi de kabul edilemeyecek bir fikirdir. Çünkü azaltılmış ceza da sonuçta bir cezadır. Bu nedenle doktrinde, işlenemez suça emniyet tedbiri uygulanması gerektiği, ceza verilmesi görüşlerine nazaran daha baskındır⁴⁵⁵.

İCK.'da işlenemez suça ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. İCK.'nın 49. maddesine göre; elverişsiz bir hareketin söz konusu olduğu veya maddî konunun

⁴⁵² Aynı kanaat için bkz. ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 55.

⁴⁵³ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 56.

⁴⁵⁴ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 56.

⁴⁵⁵ Doktrinde ALACAKAPTAN, işlenemez suçlara yaptırım olarak hem emniyet tedbiri hem de cezanın uygulanabileceğini düşünmektedir. Ancak verilecek ceza teşebbüsünkine nispetle daha hafif olmalıdır. Bkz. ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 57-58.

bulunmadığı hallerde, zararlı veya tehlikeli sonucun gerçekleştirilmesi imkânsız olduğundan, faile ceza verilmemektedir.

dd. İşlenemez Suçun Türleri

İşlenemez suç, tipikliği ortadan kaldıran bir durumdur. Bu bağlamda elverişsiz bir aracın kullanılması veya maddî konunun bulunmaması halinde kanundaki tipe uygun bir fiil meydana getirmek imkânsızdır. Elverişlilik, tipik hareketin bir özelliğidir; o halde yalnızca teşebbüs halinde kalan suçların değil, aynı zamanda tamamlanmış suçların da hareketleri için aranan bir özelliktir. Elverişsiz olan bir hareket, tipik değildir. Atipik olan fiil, hukuken korunan menfaati herhangi bir zarara veya tehlikeye maruz bırakamaz. İşlenemez suç ipotezinde, fail kanun tarafından işlenmesi yasaklanan ve tanımlanan fiili gerçekleştirememektedir. Bu nedenle, kullanılan aracın elverişsizliği veya maddî konunun yokluğu halinde faile ceza vermek mümkün değildir⁴⁵⁶.

Elverişlilik, tipikliğe ilişkin bir nitelik olarak kabul edilince, bu konuda yapılacak değerlendirme fail tarafından gerçekleştirilen faaliyetin tümünü kapsamaktadır. Failin faaliyeti, kullandığı araçla birlikte hareket ve diğer tüm koşulları da kapsar⁴⁵⁷.

Elverişlilik, soyut bir kavram değildir, belli bir sonuç, belli bir amaç bakımından elverişlilikten bahsedilebilir. O halde, yalnızca aracın değil, hareketin tümünün elverişliliği veya elverişsizliği değerlendirilmelidir⁴⁵⁸. Bu bağlamda,

⁴⁵⁶ FIORE, *Idoneità dell'azione*, s. 250-252; CONTENTO, s. 422-423; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 19; CERASE, s. 1786; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 533 vd.

⁴⁵⁷ FIORE, *Reato impossibile*, s. 85; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 61-62.

⁴⁵⁸ ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 62.

işlenemez suç ipotezleri, aracın elverişsizliği ve maddî konunun bulunmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Aracın elverişsizliği ile maddî konunun bulunmaması farklı kavramlardır. Kuşkusuz, elverişlilik harekete ilişkindir, fiilin bütünlüğü açısından değerlendirilmelidir; maddî konu, hareketin yapısı dışında ve üzerinde suç işlenen eşya veya şahıstır. Hareketin elverişsizliği başlığı altında, aracın elverişsizliğini ve maddî konunun yokluğunu ele alarak işlenemez suç ipotezlerini açıklamaya çalışacağız. İşlenemez suçu, maddî unsur içerisinde ve teşebbüsün olumsuz şekli olarak değerlendiren görüşün kabul edilebilir olduğunu daha önce ifade etmiştik. Ancak biz, işlenemez suçu daha geniş anlamda, tipikliğin oluşumun engelleyen durum olarak değerlendirmekte ve işlenebilecek bir “suç” olarak nitelendirmemekteyiz.

aaa. Aracın Elverişsizliği

18. ve 19. Yüzyılın klasik hukukçuları, elverişliliğin belirlenmesi konusunda objektif anlayışı kabul etmişlerdir. Bu görüş, sonucu meydana getirme konusunda failin hareketlerini, mutlak ve nisbî elverişsiz hareketler olarak ikiye ayırmaktadır. Hareket kendi yapısı gereği suçun tamamlanmasını sağlayamayabilir ya da failin kullandığı araç sonucu doğurmaya elverişli olmayabilir, bu durumda mutlak elverişsizlik söz konusudur. Buna karşılık nisbî elverişsizlikte, kullanılan araç veya hareket geçici nedenlerden dolayı sonucu meydana getirememektedir. Mutlak elverişsizlik halinde cezalandırılacak bir teşebbüsten söz edilemezken, nisbî elverişsizlikte teşebbüsten dolayı cezalandırma mümkün olabilir. Nisbî elverişsizlik

teşebbüsün cezalandırılabilirliğini ortadan kaldırmaz. Bunun nedeni, fail tarafından meydana getirilmiş tehlikenin varlığıdır⁴⁵⁹.

Failin doğrudan suçu gerçekleştirmek için yaptığı hareketlerin elverişliliği konusundaki düşüncesi işlenemez suç açısından önemli değildir⁴⁶⁰. Örneğin, düşmanını zehirleyerek öldürmek isteyen bir kişi, düşmanına zehir yerine yanlışlıkla şeker koyarak içki içirmesi olayında, kullanılan araç ölüm sonucunu doğurmaya elverişsizdir⁴⁶¹.

Doktrinde objektif görüşe göre yapılan mutlak – nisbî ayırım eleştirilmiştir. Eleştiren yazarlara göre, hareketin elverişli olup olmadığı ex ante, yani somut olayın gerçekleştiği koşullara göre değerlendirilmelidir⁴⁶². Gerçekten de, elverişliliği belirlemek için mağdurun durumu, suçun işlendiği zaman, yer ve işleniş biçimi dikkate alınmalıdır. Kullanılan araç bakımından olayın şartları göz önünde tutulmadan bir değerlendirme yapılırsa sağlıklı bir sonuca varmak her zaman mümkün olmayabilir. Çünkü belli bir suç için elverişli olmayan bir araç, başka bir suç için elverişli olabilir. Elverişlilik konusunda tüm olaylar için geçerli genel bir değerlendirme yapılamaz⁴⁶³.

Ulaşılmak istenen amacı ve dolayısıyla sonucu meydana getirme potansiyeline sahip olma, bir aracı her olay bakımından elverişli kılmaz. Bu nedenle aracın, mutlak – nisbî ayırım yerine, soyut – somut ayırımdan hareket edilerek, ex

⁴⁵⁹ GUADAGNO, s. 309; SOYASLAN, s. 90-91; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 468.

⁴⁶⁰ FIORE, *Idoneità dell'azione*, s. 248.

⁴⁶¹ VELOTTI, s. 132.

⁴⁶² ÖZGENÇ, s. 474-475.

⁴⁶³ SOYASLAN, s. 92; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 468.

ante, yani olayın gerçekleştiği şartlar çerçevesinde değerlendirilmesi daha uygundur⁴⁶⁴.

Ancak doktrinde ex ante değerlendirme yöntemi eleştirilmiştir. Denilmiştir ki, hareketlerin oluşum aşaması aktarılırken, ihlalin gerçekleşmesini veya hareketin tamamının yapılmasını engelleyen, fail tarafından öngörülemeyen ve istenmeyen şartlar hariç tutulmaktadır. Bu durum da, tahminî sonuçlara varıldığının bir göstergesidir⁴⁶⁵.

Cezalandırılabilir teşebbüs konusunda elverişliliğin ve dolayısıyla failin amacı doğrultusunda ihlali meydana getirebilme kapasitesinin somut olay çerçevesinde kabul edilmesi, aynı zamanda fail tarafından bilinebilen diğer bilgilerin, hareketlerin yapılaş şeklinin, kullanılan araçların, yerin ve zamanın özel şartlarının dikkate alınmasını gerektirir⁴⁶⁶.

Kullanılan araç, soyut veya somut değerlendirmeye tabi tutularak, elverişli olup olmadığı tespiti çalışılmıştır. Araç, cezalandırılabilme için suçun kanunî tarifinde belirtilen unsurları meydana getirebilecek iktidara sahipse, soyut olarak elverişli addedilmektedir. Diğer yandan araçla birlikte, suçun oluşumunda etkili olan diğer özel şartlar da dikkate alınarak, sonucu doğurmaya elverişli olup olmadıkları değerlendirilebilir. Bu durumda ise, somut değerlendirmeden söz edilir. Yeni akım uyarınca ortaya atılan elverişliliğin somut olarak değerlendirilmesi, ex ante şekilde yapılmaktadır. Bir kez daha vurgulamak gerekirse, kullanılan aracın ex ante değerlendirilmesinin anlamı şudur: Hareketin yapıldığı ana geri dönülerek, olayda

⁴⁶⁴ Aynı görüş için bkz. GUADAGNO, s. 310.

⁴⁶⁵ RIZ, s. 345.

⁴⁶⁶ RIZ, s. 345-346.

karşılaşılan güçlükler, olayın özel koşulları göz önünde tutularak, kullanılan araç değerlendirilir⁴⁶⁷.

Ayrıca, araç bu şekilde ele alındığında, yalnızca fail tarafından bilinebilen özel bilgilerin, sonucu meydana getirebilmedeki etkisi de dikkate alınabilecektir. Bu koşulların tahminî olarak kabulü konusunda en geniş araştırmayı SINISCALCO yapmıştır. Yazar bu konuda doktrinde ortaya atılmış tüm görüşlere yer vermiştir. Bu bağlamda, bir kısım yazara göre ex ante değerlendirme, hareketin işlendiği anda fail tarafından bilinebilen şartların; diğerlerine göre ise ortalama bir insan tarafından bilinebilen tüm genel koşulların dikkate alınmasıdır. Ancak baskın görüş, somut olaydaki ihtiyaca uygun olarak, orta zekaya sahip bir insan veya fail tarafından bilinmesi mümkün koşulların değerlendirilmesidir⁴⁶⁸.

Kuşkusuz ki, yapılan bu tahminî muhakeme elverişliliğin değerlendirilmesine de dayanmalıdır. Hareketin gerçekleştirildiği anda, normal bir insanın bilebilmesi mümkün koşulların tümü ve fail tarafından bilinebilecek olası diğer koşulların bu çerçevede ele alınması gerekmektedir⁴⁶⁹.

bbb. Maddî Konunun Yokluğu

İşlenemez suçu oluşturan ikinci ipotez, suçun maddî konusunun bulunmamasıdır. Maddî konu, failin yaptığı hareketin üzerinde etkisini gösterdiği kişi veya şeydir. Suçun maddî konusu, kural olarak pasif süjeden ayrı bir kavramdır. Ancak suçun maddî konusu ile pasif süjesinin birleştiği haller de vardır. Örneğin

⁴⁶⁷ GUADAGNO, s. 309-310.

⁴⁶⁸ SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 180-181.

⁴⁶⁹ NEPPI-MODONA, *Idoneità degli atti*, s. 776.

adam öldürme suçunda, maddî konu ile pasif süje öldürülmek istenen kişidir. Bazı suç tiplerinde, birden fazla maddî konu mevcut olabilir. Örneğin yağma suçu, hem kişi üzerinde hem de para ve sair eşya üzerinde işlenir. Bazen de aktif süje (fail) ile maddî konu aynı kişi üzerinde olabilir. Örneğin gebe kadının çocuğunu düşürme suçunda, hem fail, hem de maddî konu kadındır⁴⁷⁰.

Suçu gerçekleştirecek olan hareket ile suçun maddî konusu farklı kurumlardır, ancak farklılığa rağmen aralarında inkar edilemez sıkı bir bağ vardır. Nitekim, bir hareketin elverişli olup olmadığı, üzerinde suç işlenecek maddî konu dikkate alınmadan değerlendirilemez⁴⁷¹. Bu nedenle, kullanılan araçla birlikte hareketin elverişsizliği ve maddî konunun bulunmaması işlenemez suçun türlerini oluşturmaktadır.

Gerçekten de, hareketin elverişliliği veya elverişsizliği, maddî konu gözardı edilerek saptanamaz. Ancak doktrinde, maddî konunun, hareketin elverişliliğinin ayrılamaz bir unsuru olduğu, bu iki kurumu birbirinden ayırmanın bir anlamı olmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşün esasını, elverişsiz hareketten somut olayda korunan hak veya menfaati tehlikeye maruz bırakmayan veya sonucu doğurma iktidarına sahip olmayan hareketin anlaşılması oluşturmaktadır⁴⁷². Örneğin, failin gece karanlığında sütunun duvara düşen gölgesine düşmanı zannıyla ateş etmesi olayında, bu hareketin adam öldürmeye elverişli bir hareket olduğu söylenemez. Yanlışlıkla gölgeye ateş eden bir kimse, maddî konusunda elverişsizlik bulunan bir

⁴⁷⁰ FIORE, **Reato impossibile**, s. 137-140; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 113.

⁴⁷¹ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 113-114.

⁴⁷² VANNINI, **Reato impossibile**, s. 365.

hareketi değil, elverişsiz bir hareketi gerçekleştirmiştir. Bu görüşe göre, maddî konudaki yokluk veya elverişsizlik aslında hareketteki elverişsizlik anlamına gelir⁴⁷³.

Hareketin elverişli olup olmadığını belirlerken, kuşkusuz ki maddî konu dikkate alınmalıdır. Zira elverişlilik nisbî bir kavramdır, her olayın somut koşullarına göre değerlendirilmelidir. Ancak, işlenemez suçu yalnızca aracın ve salt hareketin elverişsizliği hipotezi ile sınırlamak ve maddî konunun yokluğu haline de ayrı bir varlık tanımamak ikisi arasındaki bağın bir sonucu olmamalıdır. O halde, hareketin elverişsizliği geniş anlamıyla kabul edilmeli ve elverişlilik de bu anlam içerisinde hem kullanılan aracın hem de fiilin bütünlüğü açısından, unsurlar dışında kalan durumları da kapsar şekilde değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak maddî konunun yokluğu da, aynen aracın elverişsizliği gibi işlenemez suçu oluşturmaktadır. İşlenemez suç da, fiilin tipikliğine etki etmektedir. İşte, bu etki, tipik fiilin gerçekleşmesini önlemekte ve kanunî tipin eksikliği şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁴.

aaaa. Klasik Objektif Görüşe Göre Maddî Konunun Yokluğu

Doktrinde objektif görüş ışığında, maddî konunun da mutlak ve nisbî ayırımından söz edilir. Maddî konunun mutlak yokluğu halinde, hareketin yapıldığı sırada ve hatta öncesinde maddî konu esasen bulunmamaktadır. Fail, ne zaman ve hangi şartlar altında harekete geçerse geçsin, hiçbir zaman işlemek istediği suçu işleyemeyecektir. Örneğin öldürülmek istenen kimsenin zaten ölmüş olması veya insan sanılıp ateş edilen şeyin ağacın gölgesi olması, mutlak olarak maddî konunun

⁴⁷³ ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 114.

⁴⁷⁴ FIORE, *Reato impossibile*, s. 141.

yokluğuna vücut verir. Buna karşılık, maddî konunun esasen var olduğu, ancak hareketin gerçekleştirildiği sırada tesadüfen bulunmadığı hallerde ise, maddî konunun nisbî yokluğundan bahsedilir. Örneğin, öldürölmek istenen kişinin yatakta uyuduğu zannedilerek ateş edilmesi, ancak kişinin o anda evde olmaması veya yankesicinin, başkasının cüzdanını çalmak amacıyla elini cebine atması ancak cüzdanın mağdurun diğer cebinde bulunması ya da hırsızın kilisedeki bağış kutusunu kırması, ancak kutunun boş olması olayında maddî konu nisbî olarak bulunmamaktadır⁴⁷⁵. İşte ilk durum, failin suç işleme niyetinin gerçekleşmesini mutlak olarak imkânsız kılmakta; ikinci durum ise suçun işlendiği sırada geçici bir yokluğu ifade ettiği için maddî konuda nisbî yokluk ortaya çıkmaktadır. Nisbî yoklukta, maddî konunun tesadüfi bulunmayışı söz konusudur. Bunun anlamı şudur: Fail hareketlerine devam etmiş olsaydı, maddî konunun bulunma ihtimali söz konusu olabilirdi⁴⁷⁶.

Bu ayırımı savunan yazarlar, nisbî yokluk hallerinde uygun nedensellik anlayışına ve günlük hayat tecrübelerine göre maddî konunun varlığı veya yokluğunun tespit edilebileceğini belirtmişlerdir. Bir başka ifadeyle, yargıç, maddî konunun mutlak veya nisbî yokluğunu belirlerken, günlük hayat tecrübelerinden (*id quod plerumque accidit*) yararlanacaktır. Bu bağlamda normal bir insanın bakış açısıyla yapılacak değerlendirmeye göre, maddî konunun bulunması muhtemel ise teşebbüs; mutlak olarak imkânsız ise işlenemez suç söz konusu olacaktır⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ MASSARI, **Le dottrine generale del diritto penale**, s. 174-175; POZZOLINI, s. 102; VANNINI, **Lineamenti di diritto penale**, s. 164; MANZINI, **Trattato di diritto penale**, s. 503.

⁴⁷⁶ PANNAIN, s. 465-466; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 115-116.

⁴⁷⁷ FIORE, **Reato impossibile**, s. 146; C. I, s. 1153.

Klasik objektif görüş önemli eleştirilerin hedefi olmuştur. Bu yönde, doktrinin önemli bir kısmı maddî konunun mutlak – nisbî ayırımının, bu konuda ortaya çıkan gereksinimleri karşılayamadığını ve mutlak yoklukla – nisbî yokluğu ayırmada değişmez ve sağlam bir ölçüt getiremediğini ileri sürmüşlerdir. Örneğin yıllardır boş olan, terkedilmiş bir eve hırsızlık yapmak amacıyla girmek, çalınacak eşyaların mutlak yokluğu nedeniyle, işlenmesi imkânsız bir suç oluşturmaktadır. Ancak bu bakış açısı, farklı olaylarda, mutlak yoklukla ilgili farklı sonuçları ortaya çıkarabilecektir. Şöyle ki, hırsızlık olayında kasanın bir ay, bir gün veya bir saat öncesinden boşaltılması arasındaki farklılığa değer atfedilecek midir? Ayrıca, maddî konunun olay yerinden ne kadar zaman önce ayrılmış ve ne kadar uzaklaşmış olması halinde, nisbî bir yokluğun söz konusu olacağına dair kesin bir ölçü yoktur. Diğer yandan, mutlak yoklukta suç işlemek ne kadar imkânsız ise, hareketin yapıldığı anda olay yerinde bulunmayan nisbî yokluk hallerinde de, o kadar imkânsızdır. Bu bağlamda, mutlak – nisbî yokluk ayırımı, yalnızca tehlike kavramı dikkate alınmadığında başvurulabilecek bir ayırımdır. Ancak, teşebbüsün cezalandırılma nedeni, yapılan hareketlerin korunan menfaat bakımından yaratmış olduğu zarar potansiyeli (tehlike) olduğundan, tehlike kavramının gözardı edilmesi sonucunda iki yokluk arasında herhangi bir fark kalmayacaktır⁴⁷⁸.

Bundan başka, özellikle nisbî yokluk hallerinde maddî konunun varlığının belirlenmesinin, uygun nedensellik anlayışına ve ortak hayat tecrübelerine göre belirleme çabası da kabul edilemez. Uygun nedensellik anlayışı, belli bir hareketin belli bir sonucu doğurabilmede, uygun neden olup olmadığını araştırmaktadır⁴⁷⁹. Bu

⁴⁷⁸ FIORE, **Reato impossibile**, s. 144-145.

⁴⁷⁹ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 211.

nedenle, bu anlayış hareketin şartlarının alışılmış oluşuna göre değil, belli bir somut davranıştan doğan sonuçlara göre tespit yapmaktadır. Bu nedenle, ortak hayat tecrübelerine göre boş yatağa sallanan bıçak darbeleri, adamın ölümü bakımından tipik ve normal hareketlerdir. Ancak, bu eleştiriye karşılık, cezalandırılabilir teşebbüsün karakteristik unsurunun, elverişli hareketlerle sonuç arasındaki nedensel sürecin failin iradesi dışındaki tesadüfî bir nedenle kesilmesi olduğu ifade edilmiştir. Ancak tartışmasız kabul edilen şudur ki; teşebbüste hareketle sonuç arasındaki nedensel süreci kesen tesadüfî neden, hareketin başladığı anda veya öncesinde mevcut değildir, bilakis bu nedenin hareketin başlamasından sonra ortaya çıkması gerekmektedir⁴⁸⁰.

bbbb. Hareketten Önceki veya Sonraki Yokluğa Göre Maddî Konunun Değerlendirilmesi

Teşebbüsü veya işlenemez suçu belirleyebilmek açısından, ortaya atılan bir başka görüş de; maddî konunun, suçun üzerinde işlendiği şahıs veya şeyin, harekete başlanmasından sonra veya başlanmasıyla hemzaman olarak yok olması ile suçun icra hareketlerine başlanmasından önce esasen olmaması arasında bir ayırıma tabi tutulmasını ileri sürmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, ancak bu şekilde bir ayırımla hareketin başlangıcından sonuçlanmasına kadar kanunda öngörülen suç tipinin gerçekleşmesinin imkânsız olduğu ya da olmadığı ortaya konulabilir⁴⁸¹.

Failin teşebbüsten dolayı sorumluluğunu belirleyebilmek için, hareketin başlandığı anda maddî konunun var olup olmadığını tespit etmek gerekir. O halde,

⁴⁸⁰ FIORE, *Reato impossibile*, s. 146-147; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 118.

⁴⁸¹ FIORE, *Reato impossibile*, s. 147; VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 77; EREM, s. 336-338; MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 175; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 118-119.

hareketin devam ettiği sırada bulunmayan ancak başladığı anda mevcut olan bir maddî konu, failin teşebbüsten sorumluluğuna neden olabilir. Aksi takdirde, maddî konunun hareketten önce bulunmaması, hareketle konu arasındaki bir ilişki kurulmasını da engellediğinden, failin sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir, bu durumda işlenemez suç ipotezi söz konusu olur. İlk duruma örnek olarak, kendisine tehdit mektubu gönderilmiş kimsenin, mektubu okumadan önce ölmesi; bir duvardan hırsızlık kastıyla sökülen kabartmanın havayla temas etmesi ve toz haline gelmesi; evinin penceresinden bir tüfek namlusunun kendisini hedeflediğini gören kimsenin, ordan kaçıp kurtulması verilebilir. Bu durumlarda, maddî konudaki yokluğun icra hareketlerine başladıktan sonra ortaya çıkmış olması nedeniyle teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir. Buna karşılık, yatağında bulunmayan kimseye karşı ateş etmek, hayatta olduğu sanılan bir insanın cesedini bıçaklamak olaylarında, maddî konu icra hareketlerinden önceki bir aşamada yok olduğu için işlenemez suç vardır⁴⁸².

Bazı yazarlar, maddî konunun mevcut olup olmadığı hakkında doğru bir karar verebilmek için, failin gayesinin ne olduğunun belirlenmesi gerektiğini de ileri sürmektedirler. Örneğin, önemli bir diplomatik belgeyi çalmak amacıyla eve giren, ancak belgenin başka bir yere götürülmesi nedeniyle bulamayan fail, evde başka değerli eşyalar bulursa bile hırsızlığa teşebbüsten sorumlu olmayacaktır. Ancak bu durum, failin hareketlerinin yönelmiş olduğu konunun kesin olarak belirlenmesi ile kabul edilebilir. Yine bu şekilde bir tespit, yani maddî konunun o yerde varlığının

⁴⁸² FIORE, *Reato impossibile*, s. 148; EREM, s. 336-338; ALACAKAPTAN, *İşlenemez Suç*, s. 119-120.

tespit edilememiş olması, failin sorumsuzluğu için yeterli değildir, yokluğunun da kesin olarak anlaşılması gerekmektedir⁴⁸³.

Bu görüş, maddî konunun icra hareketlerinden önceki safhada bulunmaması halinde, teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağını ve dolayısıyla işlenemez suçun varlığını kabul etmektedir. Bunu rağmen, bu görüşün bazı olaylarda cezalandırılabilir bir teşebbüsten bahsetmekle çelişkiye düştüğü düşünülebilir. Örneğin, bir yankesicinin mağdurun boş cebine elini sokması olayında, cezalandırılabilen bir teşebbüsten bahsedilir. Ancak kendi içinde çelişir gibi görünen bu durumu, görüşün taraftarları açıklamaya çalışmışlardır. Somut olaydan hareket edilirse, yankesicinin elini, mağdurun boş cebine sokması olayında, maddî konu vardır. Bu suçun icra hareketleri, elin herhangi bir cebe sokulması ile başlar. Fail yakalanmasaydı, hareketlerine devam edip diğer cepleri de yoklayabilir ve para varsa alabilirdi. Failin elini boş bir cebe sokması bir tesadüftür. Bu nedenle, bir teşebbüs durumundan söz etmek gerekir. Buna karşılık, mağdurun üzerinde hırsızlığa konu olacak herhangi bir eşyanın bulunmaması halinde ise, teşebbüsün varlığını kabul etmek mümkün değildir⁴⁸⁴.

Maddî konunun varlığını, icra hareketlerinin başladığı sırada bulunup bulunmamasına göre değerlendiren bu görüş açısından da, hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayırımı önem kazanmaktadır. Zira maddî konu mevcut olsa bile, fail henüz hazırlık hareketleri safhasında ise, teşebbüs hükümleri uygulanamayacaktır. Maddî konunun hazırlık safhasında bulunması, ancak icra hareketlerinin başladığı sırada var olmaması halinde de, aynı sonuca ulaşılır. Bazı yazarlar, başlangıç hareketlerinin,

⁴⁸³ FIORE, **Reato impossibile**, s. 155-156; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 120-121.

⁴⁸⁴ FIORE, **Reato impossibile**, s. 158-159; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 121-122.

hazırlık ile icra hareketleri arasında bir safhada olduklarını ifade etmekte, bu nedenle de bunları icra hareketlerinden kabul etmektedirler. Böylece de, icra hareketlerinin sınırını genişletmektedirler. Bu bağlamda, bu görüşün de uygulama alanı daha geniş bir yelpazeye yayılmıştır⁴⁸⁵.

cccc. Korunan Menfaat Bakımından Yarattığı Zarar veya Tehlikeye Göre Maddî Konunun Yokluğu (Somut Tehlike Görüşü)

Maddî konuyu soyut ve somut olarak değerlendiren yazarlar da vardır. Maddî konu dikkate alınmaksızın soyut olarak yapılan değerlendirmede, üzerinde suç işlenecek şahıs veya şeyin olmaması durumunda bile, hareketin elverişli olduğu sonucuna varılır. Ancak bu şekildeki bir sonuç, işlenemez suç anlayışıyla bağdaşmamaktadır⁴⁸⁶.

Bu görüşte olanlar, maddî konunun bulunup bulunmadığının da, somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Failin, harekete geçtiğinin belirtisi olan aşamada maddî konunun varlığı veya yokluğu tespit edilmelidir⁴⁸⁷.

Maddî konuyu somut olarak ele alanlar, hareketin elverişliliğinin yanında, suçun maddî konusunun varlığını da değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler⁴⁸⁸. Aksi takdirde, adam öldürmeye elverişli olan bir aracın, somut olayda maddî konunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç olarak nitelendirilmesi

⁴⁸⁵ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 123.

⁴⁸⁶ VANNINI, **Reato impossibile**, s. 365.

⁴⁸⁷ GUADAGNO, s. 310.

⁴⁸⁸ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 125 vd.

mümkün değildir. VANNINI ise, hareketin elverişsizliği başlığı altında maddî konunun yokluğunun da değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre; aksi bir kanaat sütunun ay ışığı karanlığında evin duvarına bir insan şeklinde yansımaya karşı ateş edilmesi durumunda, işlenemez suç ipotezi açıklanamamaktadır⁴⁸⁹.

Maddî konunun yokluğunu belirleyebilmek için, hareketin elverişliliğinde olduğu gibi ex ante bir değerlendirme yapılmalıdır. “A posteriori” yani bilfiil gerçekleşmiş durumlar olmamalıdır. Bir başka ifadeyle, hareketin gelişmesi sırasında ve son bulma sonucunda öğrenilebilecek, bilinebilecek durumlar dikkate alınmamalıdır. Yargıç, ex ante değerlendirme yaparken, normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini göz önünde bulundurmalı, ayrıca “*id quod plerumque accidit*” ilkesini ve failin olay bakımından sahip olduğu özel bilgisini de dikkate alarak, hareketin gerçekleştirildiği anda, maddî konunun varlığının muhtemel olup olmadığını araştırmalıdır. Böylece elde edeceği sonuca göre ya teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına ya da işlenemez suçun varlığına karar verecektir⁴⁹⁰.

Bu konuda görüşlerini ortaya koyan NEPPI-MODONA ise, maddî konunun varlığını tespit edebilmek için hem ex ante, hem de ex post bir değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Maddî konunun “*in rerum natura*” yok olduğu, yani hiçbir şekilde mevcut olmadığı durumlarda değerlendirme a posteriori yapılmalı, fiilin yöneldiği şey veya kişinin bilfiil bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Ex post bir değerlendirme söz konusu olduğundan, fiilin

⁴⁸⁹ VANNINI, **Reato impossibile**, s. 365.

⁴⁹⁰ FIORE, **Reato impossibile**, s. 162; BELTRANI, s. 37; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 432-433; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 126.

tamamlanmasından sonra, hareketin devamı sırasında maddî konunun yokluğunun tespiti için araştırma yapılacaktır. Böylece sübjektif nitelik taşıyan her türlü değerlendirme bu araştırma dışında kalacaktır. Ancak, işlenemez suçun tespiti bakımından ex post değerlendirme yeterli değildir. Mutlaka araçların elverişliliğini belirlemek için ex ante bir değerlendirme yapılmalı ve elde edilecek sonuca göre maddî konu için yapılan ex post araştırma tamamlanmalıdır. Bu bağlamda maddî konunun “*in rerum natura*” yok olması, yani hiçbir şekilde mevcut olmamasına rağmen, hareketlerin elverişli oldukları sonucuna varılırsa, işlenemez suç hipotezi kabul edilecek ve emniyet tedbirlerine başvurulacaktır. Kuşkusuz ki, bu sonuca, İtalyan hukukunun özellikleri ve de işlenemez suçla ilgili hüküm dikkate alınarak varılmıştır⁴⁹¹.

İCK.’nın 49. maddesinde hareketin maddî konusunun yokluğu, zararlı veya tehlikeli bir sonucu gerçekleştirmeyi imkânsız kıldığından, bu durumun cezalandırılma kapsamı dışında kalacağı düzenlenmiştir.

dddd. Değerlendirme

Maddî konunun. klasik objektif görüşe göre yapılan mutlak-nisbî ayırımını kabul etmek mümkün değildir. Klasik objektif görüş, maddî konu üzerinde mutlak yoklukla nisbî yokluğu ayırmada tatmin edici bir kriter getirememiştir. Özellikle, bu görüş, mutlak veya nisbî yokluk tespit edilirken, üzerinde suç işlenmesi imkânsız bir şahıs veya eşyanın hangi andan itibaren bulunmaması gerektiği konusunda belirleyici bir kriter önermekten uzaktır. Örneğin terk edilmiş ve boş olan bir eve giren failin, maddî konunun mutlak yokluğu nedeniyle hırsızlık suçunu

⁴⁹¹ NEPPI-MODONA, *Il reato impossibile* 1973, s. 355-361; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 178-180.

işleyemeyecek olması ve evdeki kasanın bir saat önce boşaltılması nedeniyle maddî konunun yokluğu halleri arasındaki farkı ortaya koyacak kesin bir ölçü yoktur. Diğer yandan, tehlikelilik açısından mutlak ve nisbî yokluk halleri değerlendirildiğinde, her iki durumda da suçu işlemek imkânsızdır. Bu nedenle, mutlak – nisbî yokluk ayırımı, ancak tehlike kavramı dikkate alınmadığında, başvurulabilmesi mümkün bir ayırımdır. Teşebbüs halinde kalan suçlarda, hareketin korunan menfaat üzerinde bir zarar tehdidi yaratması nedeniyle cezalandırılma mümkün olduğundan, tehlike kavramının gözardı edilmesi, iki yokluk arasındaki farkı da ortadan kaldırmaktadır⁴⁹².

Maddî konunun varlığını icra hareketlerinin başladığı sırada bulunup bulunmamasına göre değerlendiren görüşü de kabul etmek mümkün değildir. Maddî konunun hareketin başlamasından önce veya başladıktan sonra bulunmasına göre bir ayırım yapan bu görüş, değerlendirmesini bilfiil gerçekleşmiş durumlara bakarak ex post olarak gerçekleştirmektedir. Bu nedenle, zorunlu olarak olayın sübjektif ve belirtici yönü ve hatta objektif tehlikeliliği dikkate alınmamaktadır. Bunun bir sonucu, işlenemez suçun alanının, cezalandırılabilir teşebbüse göre genişlemesidir⁴⁹³. Ayrıca bu görüşte, hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayırımı önem kazanmaktadır. Bunun nedeni, bazı yazarların, başlangıç hareketlerini, hazırlık ile icra hareketleri arasında bir safhada kabul etmeleri ve bunları icra hareketlerinden saymalarıdır. Ancak bu şekilde bir anlayış, icra hareketlerinin sınırının ve bu görüşün uygulama alanının hazırlık hareketlerine doğru genişlemesine yol açmaktadır⁴⁹⁴.

⁴⁹² FIORE, **Reato impossibile**, s. 144-145.

⁴⁹³ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 124-125.

⁴⁹⁴ ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 123.

Bu konuda ileri sürülen görüşlerin sakıncalı taraflarını açıkladıktan sonra, biz de maddî konunun yokluğunun ex ante bir değerlendirilme ile belirlenebileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle, a posteriori yani hareketin gelişmesi sırasında ve son bulma sonucunda öğrenilebilecek, bilinebilecek durumların dikkate alınması ve bu verilere göre değerlendirme yapılması taraftarı değiliz. Bu bağlamda, yargıç, normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini, ayrıca “*id quod plerumque accidit*” ilkesini ve failin olay bakımından sahip olduğu özel bilgisini de dikkate alarak, hareketin gerçekleştirildiği anda, maddî konunun varlığının muhtemel olup olmadığını araştırmalıdır. Bu şekilde elde edilen sonuca göre ya cezalandırılabilir bir teşebbüsün ya da cezasızlık öngörülen işlenemez suçun varlığına karar verecektir⁴⁹⁵.

Yargıtay kararlarında maddî konunun yokluğunun, somut tehlike görüşüne göre, ex ante şekilde değerlendirildiği ve bunun sonucunda da, işlenemez suçun ya da teşebbüs durumunun tespit edildiği görülmektedir⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ FIORE, **Reato impossibile**, s. 162; BELTRANI, s. 37; ALACAKAPTAN, **İşlenemez Suç**, s. 126.

⁴⁹⁶ **6. CD., T. 14.06.1983, 4019/5620:** “...Gerçekten, failin cürmi hareketinin yöneldiği nesneye, Ceza Hukukunda “suçun maddî konusu” denilmekte ve bu konu suç kastının kapsamı içinde kalmaktadır. Hırsızlıkta maddî konu, taşınır mal olup, suç anında onun varlığı ya da yokluğu, eylem sonrası değil, eylem öncesi bir değerlendirmeye, her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanılmak gerekir. Bu saptamada varılan olumsuz sonuç, yani maddî konunun kesin olarak yokluğu ise, işlenemez (muhal, imkânsız) suç; olumlu sonuç, yani maddî konunun nisbi yokluğu ise, eksik kalkışma aşamasında kalmış suç uygulamasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşının girdiği lokantadaki masa çekmecesinde para bulunmaması yukarıdaki ölçülere ve ortak deneyimlere göre, doğal ve olağandır. O yüzden suç anında paranın çekmecede bulunmaması, maddî konunun niteliğine göre, mutlak değil, nisbi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez “muhal, imkânsız” suç bulunduğu ileri sürülmeyecek ve eylem hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturacaktır.” **C. I.**, s. 1197.

C.G.K., T. 25.6.1990, 5-157/200: “Mektubu, muhtevadaki sırtı öğrenmek için değil, içindeki para veya sair kıymeti almak için açmak, hırsızlık suçunu oluşturur. Ancak, zarftan çıkan ve sanık tarafından alınan kağıtlar ekonomik değerden yoksun bulunduğundan sanığın eylemi hırsızlığa eksik kalkışma derecesinde kalmıştır. **ÖNDER**, s. 409.

d. Sözde Suç ile Teşebbüs Derecesinde Kalan Suç Arasındaki İlişki

Sözde suç, failin, icraî hareketlerini tamamlamasına rağmen suç işlediği yanılığısına düşmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Çünkü, failin işlediği fiil, gerçekte ceza kanununda suç olarak öngörülmemiştir. Bir başka ifadeyle, fail gerçekte hukuken meşru bir fiili gerçekleştirmekte, ancak yaptığı fiilin kanunda bir suç olduğunu düşünmektedir⁴⁹⁷. Failin suç işleme iradesi dış dünyaya yansımaya rağmen, hukuk düzeni ile çatışan bir fiil ortaya çıkmamaktadır⁴⁹⁸. Fail, ceza kanunları tarafından yasaklanan bir fiilin kanuna uygunluğunda hataya düşmemektedir, aksine kanuna uygun bir fiilin yasaklandığı hususunda yanılmaktadır. Esasen gerçekleştirilen fiil, kanunun herhangi bir kuralını ihlal etmediğinden, bir suçun varlığından da söz edilememektedir. Bu nedenle, sözde suç, suçun bir türü değildir, çünkü suç da değildir. Yalnızca, kişinin zihninde gerçekleştirilmekte ve suç olduğu sanılmaktadır. Doktrinde, sözde suça “mefruz suç, hayali, farzedilen suç” adları da verilmektedir⁴⁹⁹.

Gerçekten de sözde suçta, “suç” olarak nitelendirilen bir fiil söz konusu değildir. Fail, ya hukukî ya da fiilî hataya düşerek, suç işlediği kanaati ile hareket edebilir. Sözde suçta da, teşebbüs derecesinde kalan suçlardaki gibi, failin suç işleme niyeti vardır. Ancak, suçlar teşebbüs halinde kalsalar dahi, kanunda “suç” olarak düzenlenmiş fiillerdir. Oysa ki, sözde suçta, kanunda suç olarak öngörülen bir fiilin

⁴⁹⁷ FIORE, **Idoneità dell'azione**, s. 247; FIORE, Carlo, *Il Reato Impossibile*, Napoli, 1959, s. 17 (**Reato impossibile**); GRIECO, Antonio, “Appunti sul reato impossibile e sul reato apparente”, *La Giust. Pen., Parte Seconda*, 1954, s. 915; PIACENZA, Scipione, “Reato putativo”, *In Noviss. Dig. Ital.*, Vol. XIV, 1967, s. 1003-1004; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 535; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 564; BETTIOL – MANTOVANI, s. 622-623; MEZGER, s. 399.

⁴⁹⁸ FLORIAN, **Diritto penale**, s. 632; GRIECO, s. 915; PIACENZA, s. 1004.

⁴⁹⁹ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 436; MARINUCCI – DOLCINI, s. 303; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I.**, s. 363 vd. ; ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 30.

varlığından söz edilemez. O halde, teşebbüs halinde kanun koyucu tarafından yasaklanmış bir fiil mevcut iken, sözde suç durumunda failin gerçekleştirdiği fiil hukuk düzenini ihlal etmeyen, hukuken meşru olan bir fiildir.

Kanunumuzda sözde suçla ilgili bir hüküm yoktur. Ancak ceza hukukunun genel hükümlerinden hareket ederek, bir suçun varlığı için işlenen fiilin kanuni tipe uygun olması gerektiği ve böyle bir uygunluğun bulunmadığı takdirde de bir suçtan söz edilemeyeceği sonucuna varılması mümkündür. Aksine bir düşünce, kanunîlik ilkesi ile ters düşmektedir⁵⁰⁰. Nitekim, sözde suçun cezalandırılmasını kabul etmek, faile suç yaratma yetkisi tanımak anlamına gelir ki, bu mümkün değildir. Suç ve ceza yaratmak, kanun koyucunun tekelindedir⁵⁰¹.

İCK.'da sözde suç ile ilgili hükme 49. maddede yer verilmektedir. İlgili hükme göre, “*suç oluşturduğu gerekçesiyle yanılığa düşerek bir fiili işleyen kimse, cezalandırılmaz*”. Kanun, bu şekilde ortaya çıkan suçlu iradenin dahi, cezalandırma için yeterli olmadığını, kanunî tipe uygun somut bir fiilin gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁰².

aa. Sözde Suçun Hukukî Niteliği

Sözde suçun hukukî niteliği ve buna bağlı olarak varılan sonuç bakımından, gerek doktrinde gerekse uygulamada fikir birliği vardır.

Sözde suç, tipikliğe olan etkisi bakımından ele alınmalıdır. Sözde suçta, esasen suç oluşturan bir kuralın olmaması, ancak fail tarafından var olduğu hatasına

⁵⁰⁰ FIORE, **Idoneità dell'azione**, s. 247-248; KUNTER, Nurullah, “Tipicità e punibilità come elementi legali del reato”, Riv. Pen. 1950, s. 354 (**Tipicità**).

⁵⁰¹ MEZGER, s. 399; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 365.

⁵⁰² ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 437.

düşülmesi bahse konudur. Bu nedenle, özel kısımda düzenlenen bir suç tipi var olmadığından veya var olmasına rağmen kurucu unsurlarından birinin eksik olmasından dolayı, korunan menfaati de zarara maruz bırakan bir fiil söz konusu değildir.

bb. Sözde Suçun Türleri

Sözde suç, hukukî veya fiilî olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır.

aaa. Hukukî Hataya Dayanan Sözde Suç

Sözde suç, hukukî hatanın bir başka şeklini oluşturmaktadır. Ancak hukukî bilmeme ve yanılmada, bilinmeyen veya yanlış yorumlanan bir ceza normu vardır. Hukukî hata şeklinde ortaya çıkan sözde suçta ise, fail kanunî tarifin tamamında yanılmaktadır⁵⁰³. Bir başka ifadeyle, fail, cezaî bakımdan önemsiz olan bir fiili suç zannetmekte ve dolayısıyla suçun kanunî tipinde hataya düşmektedir. Gerçekten de, fail, bir suçun unsurlarını oluşturan faaliyetleri gerçekleştirir ancak gerçekte kanunda böyle bir faaliyet suç olarak düzenlenmemektedir. Fail, gerçekleştirdiği faaliyeti yalnızca kendi düşüncesinde suç olarak değerlendirmektedir. İşte failin bu şekilde suç işlediğini yanılığın düşmesi, hukukî niteliktedir⁵⁰⁴. Örneğin, eşlerin zinası kanunumuzda suç olarak düzenlenmemiştir. Evli bir adamla bir kadın, cinsel ilişkiye girer ve bir suç işlediklerini düşünürlerse, hukukî yanılmaya dayanan bir sözde suçtan söz edilir. Bahse konu yanılma, kanundaki suçun tarifine ilişkin olduğundan, hukukî bilgisizliğe dayanmaktadır⁵⁰⁵.

⁵⁰³ PIACENZA, s. 1004; DELPINO, s. 413; NEPPI-MODONA, **Il reato impossibile 1973**, s. 34; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 363-364.

⁵⁰⁴ FLORIAN, **Procedura penale**, s. 430; FLORIAN, **Diritto penale**, s. 632.

⁵⁰⁵ DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 364.

bbb. Fiilî Hataya Dayanan Sözde Suç

Fiili hataya dayanan sözde suç ise, suçun kurucu unsurlarından birinin eksik olması halinde ortaya çıkar. Hata, kanunî tarifin esasına değil, fiilin tipe uygun olması için varlığı gerekli maddî unsurlara ilişkindir. Bir başka ifadeyle, fail, suçun varlığı için aranan niteliklere sahip olduğu zannıyla hareket etmekte ancak hataya düşmektedir. Eksiklik, suçun oluşumu için gerekli olan unsurlarda ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak, failin başkasının sanarak kendi malını alması⁵⁰⁶ halinde fiilin kurucu unsurlarında eksiklik söz konusudur. Bu halde de fiili hataya dayanan sözde suçtan söz edilir.

B. NEGATİF UNSUR

1. Genel Olarak

Teşebbüsün negatif unsurunu, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi oluşturmaktadır. Fail, suç yoluna girdikten sonra ya sonucu doğuracak hareketleri tamamıyla yerine getirir ancak suçu oluşturamaz, ya da icra hareketlerinin bir kısmını gerçekleştirmesine rağmen onları tamamlayamaz. Birinci ipoteze örnek olarak, failin ateş edip mağdura isabet ettirememesi, ikinci ipoteze örnek olarak ise nişan alan failin tetiği çekmeden önce tabancanın elinden alınması verilebilir. İşte bu durumlarda teşebbüs edilmiş bir suçun var olduğu kabul edilir⁵⁰⁷. Zira, suç yolu, suç için gerekli ve yeterli olan tüm

⁵⁰⁶ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 437-438; FLORIAN, **Procedura penale**, s. 431; FLORIAN, **Diritto penale**, s. 633; DELPINO, s. 413-414; NEPPI-MODONA, **Il reato impossibile 1973**, s. 33-34.

⁵⁰⁷ MANTOVANI, s. 417-418.

unsurların tamamlanmasından önce, failin iradesinden bağımsız bir etkenin varlığıyla yarıda bırakılmaktadır⁵⁰⁸.

2. Doğrudan Doğruya İcraya Başlayıp Tamamlamama

a. İcra Hareketlerini Tamamlamama

aa. Genel Olarak

İcranın ne zaman sona erdiğini belirlemek, icraya başlama anının tespiti kadar önem taşımaktadır. Bunun nedeni, engelleyici nedenin ortaya çıkma anının değerlendirilmesidir. Gerçekten de, teşebbüsün gerçekleşebilmesi için gerekli ilk ipotez, icra hareketlerinin tamamlanamamasıdır. İşte bu nedenle icra hareketlerinin bitiş anı bilinmelidir ki, bundan önceki aşama belirlenebilsin⁵⁰⁹.

Nasıl ki hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini ayırmak, icranın başlangıcı açısından önemlidir, icra hareketlerinin bitmesi de, teşebbüsün cezası (eski kanundaki eksik – tam teşebbüs ayırımı) bakımından önem taşımaktadır⁵¹⁰. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu ayırım ilgili hükümden lafzen kaldırılmıştır. Zira, uygulamada, hem teşebbüs ipotezlerini belirlerken, hem de verilecek cezanın ağırlığını tespit ederken yine icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmadığı ve korunan menfaat üzerinde yarattığı tehlikenin ağırlığı dikkate alınacaktır.

⁵⁰⁸ POZZOLINI, s. 104.

⁵⁰⁹ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 438; Bazı yazarlar icra hareketlerinin bitiş anının tespitinin, eksik ve tam teşebbüs için değil, teşebbüs aşaması ile tamamlanmış suçu ayırmada önem arzettiğini ifade etmektedirler. Şüphesiz ki, bu anın belirlenmesi suçun tamamlanıp tamamlanmadığını ortaya koymaktadır. Ancak her ne kadar kanun eksik-tam teşebbüs aşamasına yer vermemiş ise de, bir suçun tamamlanamaması, suç yoluna girdikten sonra iki şekilde mümkün olmaktadır. Suç ya icra hareketleri tamamlanamadığı için, ya da sonuç gerçekleştirilemediği için teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Bkz. RANIERI, s. 358-359.

⁵¹⁰ VANNINI, *Delitto mancato*, s. 515.

İcranın bitiş anı da, doktrinde çeşitli yazarlarca tartışılmış ve farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu bağlamda, (tam) teşebbüste suçun oluşması için gerekli olan icra aşamasının tamamlanmasının, fail tarafından yerine getirilebilecek tüm pozitif ve negatif unsurların da gerçekleştirilmesini içerip içermediği tartışılmıştır. Bu tartışmanın esasını, failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra kendi iradesiyle sonucu engellemesi (aktif pişmanlık) kurumunun gündeme gelmesi oluşturmaktadır. Nitekim, ileriki bölümlerde üzerinde durulacağı gibi, failin pişman olup, kendi iradesiyle sonucu engellemesi onun işlediği suçtan sorumsuz tutulmasını değil, bilâhare sorumluluğunu ve bu pişmanlığına karşılık cezasından yapılacak bir indirimi gerektirmektedir. O halde, söz konusu teşebbüs ipotezi (eksik suç (tam teşebbüs) olarak da adlandırılmaktadır), icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmamasına göre yapılan bir ayırımdan kaynaklanmaktadır⁵¹¹.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre; fail, kendi açısından bitirmesi gereken hareketleri tamamlamış ise, icra hareketleri sona ermiştir. Bu görüş eleştiriye maruz kalmıştır. Denilmiştir ki, fail ile mağdur arasındaki ilişkiye göre icra hareketlerinin tamamlanma anı değişebilmektedir. Örneğin, zehirleyerek adam öldürme suçunda icra hareketlerinin bitiş anı, failin evin dışında bir kimse olması durumunda, zehrin tencereye atıldığı an; aşçı olması halinde zehirli yemeğin tabağa konulduğu an; hizmetçi olması durumunda ise yemeğin mağdura uzatıldığı andır⁵¹².

Diğer bir görüşe göre ise; fail, sonucun gerçekleşmesi için gereken tüm hareketleri yapmışsa, icra sona ermiştir⁵¹³. Ancak sonucun gerçekleşmesi için

⁵¹¹ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 107; VANNINI, *Delitto mancato*, s. 519.

⁵¹² SOYASLAN, s. 130.

⁵¹³ ÖZGEN, s. 70.

gereken hareketler ile failin yapmayı düşündüğü hareketler arasında fark olabilir⁵¹⁴. Fail, özel kısımdaki suç tipini oluşturmuşsa, hukukî belirliliğe ulaşmış demektir. Suç tipinin ortaya çıkmasıyla, korunan hukukî menfaat zarar görmüş olacaktır⁵¹⁵. Suçun varlığı için gerekli olan hareketler, objektif olarak kanunî tipten çıkarılabilir. Ancak failin düşündüğü hareketlerin sübjektif nitelikleri ağır basmaktadır⁵¹⁶.

Bir başka görüş, failin kullanmayı tercih ettiği araçlar bakımından sonucu meydana getirmek için yapacağı başka işler varsa, henüz icra hareketlerinin bitmediğini kabul etmektedir. Fail bu araçların hepsini kullanmış ve başka yapacak bir şeyi kalmamışsa icra hareketleri tamamlanmıştır. Ancak, icra hareketlerinin tamamlanması için, failin elindeki tüm araçları kullanması şart değildir. Örneğin, failin bir elinde tabanca, diğer elinde ise bıçak olsun. Fail, mağdura karşı sadece bir el ateş etmişse, ancak bıçağı kullanmamışsa, burada onun icra hareketlerini henüz bitirmediğini söylemek mümkün değildir⁵¹⁷.

Yine bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş ise, “yeterlilik” görüşüdür. Bu anlayışa göre, tecavüz edilecek hak ve yarar, kullanılan aracın etki çevresi içinde ise icra hareketleri tamamlanmıştır. Daha açık bir ifadeyle, gerçekleşmesi istenilen sonucun yapılan hareketle meydana getirilebilmesi olanağının bulunmasıyla, icra hareketlerinin bittiği kabul edilir. Kullanılan aracın etkisi, korunan hak ve yararı ihlal etmeye yeterli değilse, henüz icra hareketleri tamamlanmamıştır. Görüş, “çoğunlukla

⁵¹⁴ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 438.

⁵¹⁵ SANTORO, *Tentativo*, s. 1150.

⁵¹⁶ Görüşler için bkz. VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 41-42; SOYASLAN, s. 131.

⁵¹⁷ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 499.

meydana gelen olayları gözönünde tutma” (id quod plerumque accidit) esasına dayanmaktadır. Objektif anlayış etkisiyle ortaya atılan bu görüşe göre, yapılan hareketin sonucu meydana getirmeye yeterli olup olmadığını belirlemek bir tecrübe işidir. Hareketin sonucu gerçekleştirmeye yeterli olduğu kabul edilirse icranın bittiği, yeterli olmadığı belirlenirse icranın bitmediği kabul edilir⁵¹⁸. Bu anlayış failin düşüncelerini değil, olağan hayat tecrübesine sahip ortalama bir kişinin bilgi ve öngörüsünü esas almaktadır⁵¹⁹.

Bu görüşler eleştirilmiştir. Doktrinde sözü geçen kriterlerin icranın bitme aşamasını subjektif açıdan değerlendirdiği ifade edilmektedir. Daha açık bir deyişle, icranın tamamlanma anı, sonuç için gerekli ve yeterli veya failce yapılabilen tüm hareketlerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin, yani failin ne tür bir hareket yapması gerekirken yapmamış olduğunun belirlenmesini gerektirir⁵²⁰.

Ancak doktrinde bu eleştirilere karşılık tüm görüşlerin ortak yanının, sonucun meydana gelmesi için gerekli veya yeterli hareketlerin gerçekleştirilmesi olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim, gerekliliğin hem hareketler, hem de araçlar ve imkânlar yönünden belirlenebileceği, dolayısıyla bu görüşlerin subjektif değil, objektif nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Diğer yandan sonucun meydana gelmesi için gerekli ve yeterli hareketler yapılmıca icra hareketleri tamamlanır. Gereklilik hareket bakımından gerçekleştiğine ve sonuç da meydana geldiğine göre icra hareketlerinin

⁵¹⁸ BAYRAKTAR, Köksal, Faal Nedamet, İHFM, C. 33, S. 3-4, 1969, s. 142; ÖZTÜRK – ERDEM – ÖZBEK, s. 175; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 438-439.

⁵¹⁹ SINISCALCO, *Limite iniziale della punibilità*, s. 136; BELTRANI, s. 22; CADOPPI – VENEZIANI, s. 367; FIORE, *Parte generale*, s. 54; GRANDE, s. 1261.

⁵²⁰ SÖZÜER, s. 222; SOYASLAN, s. 132.

tekrarlanmasına gerek yoktur. Bu nedenle icra hareketlerinin tamamlanması ile tekrarlanmasının karışıklığa neden olacağı eleştirisi yerinde değildir⁵²¹.

İcra hareketlerinin tamamlanma anı ile ilgili olarak başka görüşler de ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre; sonucun meydana gelmemesi için olumlu ikinci bir hareketin yapılması gerekliliği varsa, icra bitmiştir. Buna karşılık, sonucun meydana gelmemesi için durmak yeterli ise, olumlu bir ikinci harekete ihtiyaç yoksa icra henüz tamamlanmamıştır. Ancak bu görüşün her somut olaya, özellikle de ihmal suretiyle işlenen icra suçlarına uygulanması ve bir sonuca varılması mümkün değildir⁵²². Diğer yandan, icra hareketlerinin tamamlanması, sonucu engellemeyi yani olumlu bir hareketin yapılması gerekliliği olan ancak yapılmayan durumları da kapsarsa, aktif pişmanlık (kanunun ifadesiyle icra hareketleri sonrası gönüllü vazgeçme) ortadan kalkar ve gönüllü vazgeçmeye dönüşür. Çünkü icra hareketlerinin tamamlanma anı ile sonucun gerçekleştiği an her zaman örtüşmeyebilir. Nitekim öldürmek kastı ile düşmanını nehre atan sonra pişman olup kurtaran kişinin hareketi, teşebbüse vücut verir ancak aktif pişmanlık kurumundan (kanundaki terminoloji ile icra hareketleri sonrası gönüllü vazgeçme kurumundan) yararlanmasını da gerektirir. Bu görüş dikkate alınacak olursa, sonucun engellendiği durumlarda icra hareketleri tamamlanmamış sayılacak ve faile gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır⁵²³. Nitekim, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinin gerekçesinde, kanun koyucunun bu görüşü esas aldığını söylemek

⁵²¹ BAYRAKTAR, s. 143.

⁵²² BAYRAKTAR, s. 143.

⁵²³ SOYASLAN, s. 132-133.

mümkündür. Madde gerekçesine göre, icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, söz konusu hareketlerin bittiği ancak sonucun gerçekleşmediği durumlar için de öngörülmüştür.

Bir başka görüş, konuyu subjektif açıdan açıklamaya çalışmıştır. Subjektif görüş taraftarı yazarlar, failin suç planını, düşüncesini ön planda tutmaktadırlar. Fail kendi düşüncesine göre bütün hareketleri yapmışsa icra hareketleri bitmiştir. Yapılıp yapılmadığı belirlenmeye çalışılan hareketler, failin gerçekleştirmek istediği, failin düşündüğü hareketlerdir. Fail etkisini uzun zaman içerisinde gösterecek bir araç kullanmışsa, yeterli süre geçtikten sonra icranın tamamlandığı kabul edilir. Bu görüş çeşitli yönlerden eleştirilmiştir ve icranın bitme anını açıklayamadığı ileri sürülmüştür. İlk olarak, failin suçu gerçekleştirme sürecinde, düşüncelerinde değişiklik olabileceği gibi, fail suçun icrasına başladıktan sonra hareketinin gelişimi ile ilgili kesin bir plan da yapmamış olabilir. Yine fail, kendi planını kolayca değiştirebilme imkânına sahip olduğundan, bu kurumdan yararlanabilir. Kendi düşüncesine göre icra hareketlerini tamamlamasına rağmen, bu hareketlerin devamı olduğunu kanıtlayıp, gönüllü vazgeçmiş gibi davranabilir ve bu imkândan yararlanabilir. İfade edelim ki, subjektif görüş, tamamen failin iç dünyasına yönelik olguların tespiti ile ilgilendiğinden, sorunları bu görüş yönünde psikolojik bir anlayışla çözmeye çalışmak ve kanıtlamak oldukça güçtür⁵²⁴. Zira, failin iradesi doğrultusunda henüz gerçekleştirmediği ancak yapmayı düşündüğü hareketleri belirlemek, bizi keyfi tahminlere de götürebilir⁵²⁵.

⁵²⁴ İÇEL ve diğerleri, s. 344-345.

⁵²⁵ BAYRAKTAR, s. 144.

DÖNMEZER – ERMAN tarafından ortaya atılan görüş ise, failin yaptığı hareketler üzerinde tasarruf imkânı olup olmadığına göre icra anını tespitte çalışmaktadır. Fail, yapmış olduğu hareketlerin izlerini silebilecek durumda ise icra hareketleri bitmemiştir, buna karşılık yaptığı hareketlerin tüm eser ve izlerini ortadan kaldıramıyorsa icra hareketlerinin tamamlandığı kabul edilir⁵²⁶. Ancak bu görüşün uygulanmasının somut olaylarda farklı sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir. Örneğin adam öldürme suçunda, tabancayı bir kez ateşleyen kimsenin hareketlerinin tüm izlerini ortadan kaldırma iktidarına sahip olmadığı, yani icra hareketlerini tamamladığı kabul edilirken, yine bu görüş, failin tabancasını ateşlememesi durumunda yaptığı hareketlerin izlerini tabancayı bırakarak sildiğini kabul etmekte, yani icra hareketlerinin tamamlanmadığını ifade etmektedir. Oysa, failin mağdurda yarattığı psikolojik buhranı, tehdit edici etkiyi silme iktidarı söz konusu değildir. Yine aynı hareket mağdurun göremeyeceği bir şekilde yapılırsa, fail bu hareketin izlerini silme imkânına sahip olduğundan, icra hareketlerinin bitmediği sonucuna varmak gerekmektedir. O halde, bu kriteri her somut olaya uygulamak ve doğru sonuçlar elde etmek mümkün değildir⁵²⁷.

Kanaatimizce, objektif kriterlerin uygulanması ile icra hareketlerinin bitiş anını tespit etmek daha isabetlidir. Ceza Kanunu, teşebbüs durumunda faile verilecek cezanın, meydana gelen zarar veya tehlikeye göre belirleneceğine ilişkin hükme yer vermiştir. Korunan menfaat, icra hareketleri henüz tamamlanmamış bir durumda, tamamlanmış ancak sonucu gerçekleşmemiş duruma nazaran, daha az tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Yapılan hareketin derecelendirilmesi, verilecek cezanın da o

⁵²⁶ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 441; DÖNMEZER, s. 126; Aynı görüş için bkz. ÖZTÜRK – ERDEM – ÖZBEK, s. 175-176.

⁵²⁷ BAYRAKTAR, s. 145; İÇEL ve diğerleri, s. 345-346.

nispette olmasını gerektirir. Diğer bir deyişle, yapılan harekete göre zorunlu ceza indirimi uygulanmaktadır. Yine, ceza kanunumuzda açık hüküm olmamasına rağmen işlenemez suç durumunda elverişsiz hareket söz konusu olduğundan cezalandırma mümkün değildir⁵²⁸. Tüm bu gerekçelerle, kanunun objektif görüşü benimsediğini söylememiz mümkündür. Zira subjektif görüşü benimsemiş olsaydı, teşebbüs aşamasında kalan bir suça ceza verirken mutlak bir indirim yerine takdire bağlı “ihtiyari indirim sistemi”ni kabul etmesi gerekecekti⁵²⁹.

Objektif görüş, failin en son gerçekleştirdiği icra hareketinin, kendi egemenlik alanından çıkıp suçu oluşturma bakımından yüksek ihtimal dahiline girmesi ve suç konusu üzerinde somut bir tehlike oluşturmaya başlaması ile, icranın bittiğini kabul etmektedir. Doktrinde bu konuyla ilgili olarak, failin yaptığı hareketlerle olayı kendi hakimiyet alanı dışına taşınması değerlendirilirken, her somut olayın ayrı ayrı ele alınması ve objektif gözlemcinin bilgi ve öngörüsünden yararlanılması gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin, failin tek bir el ateş etmesi ve diğer kurşunları kullanmaması durumunda, icra hareketleri tamamlanmış ancak sonuç gerçekleşmemiştir⁵³⁰. Atılan ilk kurşunla, olay failin egemenlik alanının dışına çıkmış ve tipik sonucu gerçekleştirme ihtimali dahiline girmiş ayrıca failin yaşam hakkı üzerinde somut bir tehlike oluşturmuştur⁵³¹. Bu durumlarda 765 sayılı Kanun’un benimsediği tam teşebbüs durumu söz konusudur. 5237 sayılı Kanunla bu ayırım terkedilmiştir. Ancak eksik – tam teşebbüs ayırımının kaldırılma gerekçesinde

⁵²⁸ İÇEL ve diğerleri, s. 346.

⁵²⁹ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 456; ÖNDER, s. 386.

⁵³⁰ TANER, s. 275; SÖZÜER, s. 225.

⁵³¹ TANER, s. 275; İÇEL ve diğerleri, s. 346.

de, sözünü ettiğimiz örnek verilmiştir. Bununla birlikte, kanun koyucu icra hareketlerinin tamamlanma anını tespit konusunda hataya düşmüştür. İlk el ateş edilmesiyle, failin icra hareketlerini tamamlamadığını ileri sürmektedir. Fakat bu görüş yukarıda açıkladığımız nedenlerle doğru değildir.

Suçun icrası aşamasında, işlenmek istenen fiil iki şekilde yarıda kesilebilir. Fail, ya dış bir nedenin müdahalesi olmaksızın kendi iradesiyle ya da iradesinden bağımsız bir nedenin araya girmesiyle icra hareketlerini tamamlayamamaktadır. İlk olasılık, ileride ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere, icra hareketlerinin tamamlanmasından gönüllü vazgeçme durumuna; diğeri ise teşebbüse vücut vermektedir⁵³². Gerçekten de, teşebbüs derecesinde kalan suçun şartlarından biri, icra hareketlerinin veya sonucun failin iradesi dışında bir nedenden ötürü tamamlanamamasıdır. Yani, fail dış etkenler nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamamakta veya sonucu gerçekleştirememektedir. Bu şartın aksi yorumundan, failin icra hareketlerini iradesiyle tamamlamaktan vazgeçmesi veya sonucun gerçekleşmesini önlemesi halinde, teşebbüs derecesinde kalan suç hipoteziyle birlikte farklı kurumları değerlendirmek gerektiği anlaşılmaktadır. Birinci halde icra aşamasında gönüllü vazgeçme, ikinci halde ise icra aşaması sonrası gönüllü vazgeçme (doğru bir ifadeyle aktif pişmanlık) kurumu gündeme gelmektedir⁵³³.

İlk olarak, teşebbüse vücut veren failin kendi iradesi dışında herhangi bir nedenden ötürü icra hareketlerini tamamlayamaması hipotezini değerlendireceğiz.

⁵³² FLORIAN, **Procedura penale**, s. 444; FLORIAN, **Diritto Penale**, s. 645; SALTELLI – ROMANO-DI FALCO, s. 388; ALIMENA B., s. 545.

⁵³³ ERRA, Carlo, “La desistenza volontaria nel tentativo”, Ann. di dir. e proc. pen. 1937, s. 761; ERRA, Carlo, “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, (Çev: SAHİR ERMAN) İHFM, C. X, S. 1-2, 1944, s. 681; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 443.

bb. Failin Elinde Olmayan Nedenlerle İcra Hareketlerini Tamamlayamaması

Teşebbüsün oluşumu için öngörülen ilk hipotez, suç yolunda ilerlerken icra aşamasında hareketlerin kesintiye uğramasıdır. İcra hareketleri, failin kendi iradesiyle değil, elinde olmayan bir nedenle yarıda kesilmektedir. Bu neden, icra hareketleri henüz bitmeden ortaya çıkmış ve söz konusu hareketlerin tamamlanmasına engel olmuştur. Fail, suçu gerçekleştirmek için yapmak istediği hareketlerin tümünü iradesi dışındaki bir nedenle durdurmak zorunda kalmıştır⁵³⁴.

765 sayılı eski TCK.'nın 61. maddesinde, failin “*elverişli araçlarla işlemeyi kastettiği bir suçun icrasına başlayıp da, kendi iradesi dışındaki nedenlerle gerekli hareketleri tamamlayamamasından*” bahsedilmektedir. 5237 sayılı Yeni TCK.'nın 35. maddesinde ise failin “*elinde olmayan nedenlerle*” suçu tamamlayamaması ibarelerine yer verilmiştir. Suçu tamamlayamamaktan söz edilmesinin nedeni, eksik – tam teşebbüs ayırımının yeni kanunda terk edilmiş olmasıdır. Ancak, suç yolunun failin iradesi dışındaki nedenlerle, iki aşamada yarıda kesilebileceğini daha önce ifade etmiştik. Bu aşamalar, cezaî sorumluluk açısından önem arzeden aşamalardır. Elbette ki, cezaî bir değer taşımayan aşamada, örneğin hazırlık hareketlerinin yapıldığı sırada, failin iradesi dışındaki bir nedenle bu hareketlerin tamamlanamaması mümkündür.

Failin iradesi dışında kalan ve icra hareketlerinin tamamlanmasına engel olan neden maddî ve manevî olabileceği gibi, üçüncü bir kişinin fiilinden veya maddî

⁵³⁴ ERRA, s. 761; ERRA, (Çev: SAHİR ERMAN) s. 680-681; MANTOVANI, s. 418; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 500; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 437.

enerjilerin ortaya çıkmasından kaynaklanabilir⁵³⁵. Tesadüfî nedenler, kişinin kendi varlığı üzerinde veya fail tarafından kullanılan araçlar üzerinde etkili olurlarsa maddî, failin iradesi üzerinde yani failin iradesine karşı vazgeçme şeklinde gerçekleşirse manevî nitelikte kabul edilirler⁵³⁶. Maddî nitelikteki engel olucu nedenlere örnek olarak, taklit anahtarın kilit içinde kırılması verilebilir⁵³⁷. Hırsızın eve girmeye çalışırken taklit anahtarın kilit içerisinde kırılması durumunda, fail kendi iradesi dışında bir nedenle icra hareketlerini tamamlayamamaktadır. Görüldüğü gibi, engel olucu neden failin kullandığı araç üzerinde etkisini göstermektedir ve failin icra hareketlerinin devamını kesintiye uğratmaktadır⁵³⁸. Yine hırsızın eve girmek için merdiveni pencereye dayaması ve içeri girerken, yangın çıkması durumunda da maddî nitelikte engelleyici bir neden söz konusudur. Manevî dış neden, failin iradesi üzerinde etki göstererek icra hareketlerine devam etmesine engel olur. Örneğin, mağdurun veya üçüncü bir kişinin bağırması veya faillerin kasayı açmaya çalışırken alarmin çalması, korkup kaçmalarına neden olabilir⁵³⁹. Bu şekilde gerçekleşen somut olayda da failin iradesi dıştan gelen bir nedenle etkilenmektedir. Bu etki failin suç yoluna devam edememesine neden olmaktadır.

⁵³⁵ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 73; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I.*, s. 438.

⁵³⁶ ERRA, s. 953; ERRA, (Çev: SAHİR ERMAN), s. 703.

⁵³⁷ EREM, s. 332; EREM – DANIŞMAN – ARTUK, s. 302.

⁵³⁸ EREM, s. 332; EREM – DANIŞMAN – ARTUK, s. 302.

⁵³⁹ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 74.

Yargıtay'ın failin iradesi dışındaki bir nedenle icra hareketlerini tamamlayamaması konusunda çelişkili kararları mevcuttur⁵⁴⁰. Gerek Ceza Genel

⁵⁴⁰ Yargıtay'ın, icra hareketleri henüz tamamlanmadan failin iradesi dışındaki bir sebeple yarıda kesilmesi durumunu eksik teşebbüs olarak nitelendirdiği kararlarına örnekler;

6. CD., T. 29.1.2004, 21070-796: “Sanığın oto camını kırdığı sırada duyulan ses üzerine o bölgede bulunan görevli polis ekibi tarafından yakalandığının anlaşılması karşısında; eylemin eksik teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden (tam) teşebbüs aşamasına ulaştığının kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması..” EROL, Haydar, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, (En Son Değişiklikleriye), 2005, s. 198.

6. CD., T. 1.4.2004, 8885-3883: “Sanığın eşyaları çuvala doldurduğu sırada, kolluk güçleri tarafından görülerek yakalandığının anlaşılması karşısında; eylemin (eksik) kalkışma aşamasında kaldığının gözetilmemesi,....” EROL, s. 194.

2. CD., T. 9.4.2003, 26022-2708: “Sanığın bıçağı alıp annesini yaralamak istediği sırada babası Gürsel'in araya girip sanığı tutması üzerine bıçağı mağdureye karşı havale etmediği, icra hareketinin tamamlanmadığı eyleminin (eksik) teşebbüs aşamasında kaldığı nazara alınmadan yazılı şekilde (tam) teşebbüs kabul edilerek fazla ceza tayini,....” EROL, s. 203.

2. CD., T. 23.10.2003, 9498-13114: “Sanığın müştekiye vurmak üzere sandalyeyi kaldırdığı ancak araya girenlerin engellemesi nedeniyle eylemini tamamlayamadığı, müşteki ve tanık anlatımları ile anlaşıldığına göre, eylemin müessir fiile (eksik) teşebbüs aşamasında kaldığı halde tam teşebbüsten hüküm kurulması,....” EROL, s. 205.

6. CD., T. 18.06.2001, 10087/9964: “Aracın deposundan benzin çekme işlemi devam ederken, tanık tarafından görülmesi üzerine kaçıp sonradan yakalanan sanığın eyleminin TCK.'nın 61. maddesi uyarınca eksik kalkışma aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” MALKOÇ, s. 629.

11. CD., T. 01.12.2000, 5255/5582: “Sanıkların, müştekinin telefon hattına bağlantı yaparak henüz konuşma yapmadan yakalandıkları oluştaya uygun olarak kabul edildiği anlaşılmasına göre icra hareketlerin tamamlanmadığının kabulü gerekirken, eylemin eksik teşebbüs yerine tam teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi,....” MALKOÇ, s. 630.

6. CD., T. 28.11.2000, 8814/884: “Müştekinin evinden hırsızlık yapıldığını ancak herhangi bir şey çalınmadığını belirtmiş olması karşısında, eylemin eksik kalkışma aşamasında kaldığının kabulü gerekirken tamamlanmış eylemden hüküm kurulması,....” MALKOÇ, s. 630.

6. CD., T. 23.11.2000, 8365/8576: “Sanığın, müştekinin çantasına elini soktuğu anda tanık tarafından fark edilmesi üzerine kaçmak isterken yakalandığının anlaşılmasına göre eylemin eksik teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden,....” MALKOÇ, s. 630.

6. CD., T. 21.09.2000, 5694/6210: “Sanığın, müştekiye ait evden bir şey almadan çıktığının oluştaya uygun şekilde kabul edilmiş olması karşısında, eylemin eksik teşebbüs aşamasında kaldığının gözetilmemesi,....” MALKOÇ, s. 630.

11. CD., T. 17.02.2000, 24/498: “Sanıkların otomobili çalıştırma uğraşı içinde iken yakalandıkları anlaşılmasına göre TCK.'nın 61. maddesinin uygulanmasında bir isabetsizlik görülmediğinden,....” MALKOÇ, s. 630.

6. CD., T. 09.11.1999, 6409/6517: “Mağdura ait evin balkonuna asılı çamaşırları çalmak amacıyla giren sanığın, bahçe içinde müşteki tarafından yakalandığının anlaşılması karşısında

Kurulu, gerekse Özel Daire kararlarında, icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmaması konusunda hataya düşülmekte ve isabetsiz kararlar verilmektedir.

eyleminin hırsızlığa eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,....” MALKOÇ, s. 634.

2. CD., T. 21.1.1992, 13190/507: “Sanığın elinde satırla müşteki babasının üzerine yürüdüğü, kaçınca peşinden gittiği anlaşılmasına rağmen müessir fiil suçunun eksik teşebbüs safhasında kaldığı nazara alınmadan TCK.’nın 61. maddesi yerine 62. madde ile indirim yapılması bozmayı gerektirmiştir.” MALKOÇ, s. 644.

2. CD., T. 21.4.1992, 3810/4645: “Sanığın müştekiye vurmak için saldırdığı esnada, tanık Halil’in araya girip sanığı tutması nedeni ile eylemini tamamlayamadığı ve suçun eksik teşebbüs safhasında kaldığı....” MALKOÇ, s. 644.

2. CD., T. 17.5.1951, 5690/5719: “Sanığın çatı altındaki boruları çuvala koyduktan sonra aynı yerde bulunan sandıktaki eşyaları da çalmak için karıştırırken yakalanması halinde hırsızlığa eksik teşebbüs vardır.” C. I, s. 1206.

Yargıtay Ceza Daireleri’nin, icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmaması konusunda vermiş oldukları bazı kararlara örnekler;

2. CD., T. 26.2.2004, 24680-3615: “Sanığın müştekinin üzerine doğru av tüfeği ile ateş ettiği ancak müştekinin mobileti ile kaçması üzerine saçmaların isabet etmediğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin (tam) teşebbüs aşamasında olduğu gözetilmeden, eksik teşebbüs olarak kabul edilmesi suretiyle noksan ceza tayini,....” EROL, s. 199.

2. CD., T. 28.4.2004, 27846-8296: “Sanığın yakın mesafeden 8 el ateş etmesine rağmen isabet ettirememesi şeklinde gerçekleşen eylemin silahla etkili eyleme (tam) teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden “canlı hedef üzerinde yara açmadığından” bahisle eylemin (eksik) teşebbüs olarak kabul edilerek yazılı şekilde noksan ceza tayini,....” EROL, s. 198.

6. CD., T. 20.5.2003, 12022-3386: “Sanığın hırsızlık eylemini gerçekleştirdikten sonra işyerinden çıkmak isterken kolluk tarafından suç eşyası ile birlikte yakalandığının anlaşılması karşısında, eylemin tam kalkışma aşamasına ulaştığı gözetilmeden TCK.’nın 61. maddesi ile hüküm kurulması,....” EROL, s. 204.

1. CD., T. 28.06.1990, 1928/2033: “Babası mağdur Gani ile mal yüzünden kavga eden sanığın, av tüfeğine şevrotin mermisi doldurarak etkili mesafeden öldürme amacıyla babasına ateş ettiği, mermilerin hedefe değil de yerden 135 cm. mesafede kapı ve duvara isabet ettiği, bu sırada gurbette çalışmadan henüz birkaç saat önce gelmiş olan küçük kardeşi maktül Ramazan’ın, sanık ağabeyine “ayıp oluyor, yapma abi” demesi üzerine sanığın “sen de ondan yanasın” diyerek iki el ateş ettiği ve yine isabet ettiremediği tüm dosya kapsamı ve mevcut delillerle anlaşılmış olmasına göre,

Sanığın vaki atışları sonucu babası mağdur Gani’nin yaralanmadığı ve eylemi TCK.’nın 450/1, 61. maddelerine temas ettiği, bu suçu eksik teşebbüs safhasında kaldığı halde tam kalkışma şeklinde kabulü ile 62. maddenin tatbiki cihetine gidilmesi yasaya aykırıdır.” C. I, s. 1196.

C.G.K., T. 07.10.1985, 238/503: “Sanığın eşeğin arkasına saklanan müdahile vaki atışların isabet kaydetmemiş olmasına göre, eylemin öldürmeğe eksik kalkışma derecesinde kaldığı nazara alınmadan tam kalkışma kabulü suretiyle TCK.’nın 448, 61.maddeleri yerine yazılı maddelerle hükümlülüğüne karar verilmesi isabetsizdir.” C. I, s. 1184.

C.G.K., T. 25.05.1949, 57/55: “Müdahilin dükkandan çaldığı rakı ile henüz dükkandan çıkmadan önce yakalanan failin fiili hırsızlığa tam teşebbüsü oluşturur.” C. I, s. 1206.

cc. Failin Kendi İradesiyle İcra Hareketlerini Tamamlamaktan Vazgeçmesi (Gönüllü Vazgeçme)

Bilindiği üzere teşebbüsün kabul edilebilmesi için, hareketin tamamlanamaması veya sonucun gerçekleştirilememesi failin iradesi dışındaki bir nedenden ileri gelmelidir⁵⁴¹. Bir başka ifadeyle, teşebbüsün cezalandırılabilmesi için, failin iradesinden bağımsız bir neden, suçun icrasının tamamlanmasını engellemelidir⁵⁴².

Bu nedenle teşebbüs kurumuyla birlikte değerlendirilmesi gereken ilk husus, failin kendi iradesiyle icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesidir. Fail, suçun tamamlanmasından önceki icra aşamasında, suç işleme kararından vazgeçerek başladığı hareketini yarıda bırakabilir. Gerçekten de, fail, icra hareketlerinin tamamını gerçekleştirmeden önce, sürece devam etmekten vazgeçerek, suç yolunu yarıda kesmektedir. Doktrinde bu duruma, “gönüllü (ihtiyariyle) vazgeçme” adı verilmektedir⁵⁴³.

İlk kez 16. yüzyıl hukukçuları gönüllü vazgeçme kurumunu ortaya atmışlardır. Zira, ne Roma Hukuku’nda ne de Kilise Hukuku’nda teşebbüs kavramı kullanılmıştır. Ortaçağ hukukçuları tarafından ilk kez teşebbüs kavramından

⁵⁴¹ MESSINA, Salvatore, “La desistenza volontaria dal tentativo come causa di esclusione della capacità a delinquere”, La Scuola Positiva 1954, s. 15 vd.; GUADAGNO, s. 307; PANNAIN, s. 467.

⁵⁴² FACCHIANO, Augusto, “In tema di desistenza volontaria”, Il Foro It., Vol. II, 1941, s. 145; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 541; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 569; BETTIOL – MANTOVANI, s. 629; VANNINI, **Lineamenti di diritto penale**, s. 167; DE MARSICO, s. 219; TOLOMEI, Alberto Domenico, “Il problema giuridico della desistenza dal tentativo”, Riv. it. di dir. e proc. pen., Parte I, 1912, s. 204.

⁵⁴³ LATAGLIATA, Angelo Raffaele, La Desistenza Volontaria, Napoli 1964, s. 16; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 438-439; MANTOVANI, s. 432; DE SIMONE, Francesco Saverio, “In tema di desistenza del partecipe”, Il Foro Pen., 1949 (Gennaio–Febbraio), s. 30; MESSINA, s. 11 vd.; CAVALLO, **Parte generale**, s. 747; CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 78; TOLOMEI, s. 194 vd.; VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 119-120; BELTRANI, s. 107.

bahsedilmesi, gönüllü vazgeçme kurumunun da tartışılmasına neden olmuştur. Bu gelişme sayesinde, teşebbüs kavramı ile gönüllü vazgeçme arasındaki sıkı ilişki de ortaya konulmuş oldu⁵⁴⁴.

Doktrinde, gönüllü vazgeçmenin suç genel teorisi içerisindeki yeri tartışılmıştır. Bir kısım yazar, gönüllü vazgeçmenin suç tipinde bir unsur olduğunu, failin bu unsuru ihlal etmediği için cezalandırılmayacağını belirtmektedir. Hatta cezalandırılan bir teşebbüs söz konusu olmadığı için, suç ortaklarının da gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerekmektedir⁵⁴⁵. Bu konuda görüşlerini ortaya koyan LATAGLIATA da, vazgeçmeyi teşebbüs derecesinde kalan suçların tipikliğini etkileyen bir unsur olarak ele almaktadır. Yazar, kanun hükmüne dayanarak, teşebbüsü oluşturan hareketlerin, vazgeçmekle yarıda bırakıldığını ve dolayısıyla teşebbüs bakımından tipik hareketin de gerçekleştirilemediğini belirtmektedir⁵⁴⁶. İcra hareketlerinin tamamlanmasından vazgeçilmesi sonucunda, suç tipindeki bir unsur eksik kalmakta ve dolayısıyla da teşebbüs derecesinde kalan bir suçun varlığından dahi söz edilememektedir. Bu görüşe göre, vazgeçme suçu ortadan kaldıran bir nedendir⁵⁴⁷. Bir kısım yazar ise, gönüllü vazgeçmenin kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olduğunu savunmuşlardır. Bu konuda fikirlerini ifade eden MESSINA'ya göre, vazgeçme, ısrarın aksine bir iradedir, teşebbüse devam etme iradesinin eksikliğidir. Gönüllü vazgeçen fail, yine kendi iradesiyle suç işleme iktidarını bertaraf eder. MESSINA için vazgeçme, suç işleme kapasitesinin yokluğunu ortaya

⁵⁴⁴ TOLOMEI, s. 198-201.

⁵⁴⁵ Görüşler için bkz. MESSINA, s. 18.

⁵⁴⁶ LATAGLIATA, s. 156-157; ROSSI, s. 77 .

⁵⁴⁷ LATAGLIATA, s. 60-62.

koymaktadır. Bu görüşe göre, insan ve onun davranışı araştırmada temel alınmaktadır. İnsanı bu şekilde bir davranışa sürükleyen çeşitli nedenler biyolojik veya çevresel etki sonucu ortaya çıkabilir. Ancak, pozitif hukukta kusurluluk ve suç işleme kapasitesi arasında var olan bağ inkar edilemez. O halde, madem ki kusurluluk faile fiille bağlıdır, suç işleme kapasitesi de, fail tarafından ortaya konan fiilin eğilimine bağlıdır. Tüm bu açıklamalardan sonra, MESSINA'ya göre vazgeçme, suç işleme kastıyla icra hareketlerine başlayan failin, hareketlerini tamamlamaması, dolayısıyla failin suç işleme kapasitesindeki eksikliği ortaya koymasındır⁵⁴⁸. Gerek icra hareketlerinin tamamlanmaması, gerekse kusurluluğun yokluğu nedeniyle ortaya çıkan unsur eksikliği, teşebbüs derecesinde kalan bir suçun varlığından bahsedilememesi sonucunu doğurduğundan, bu görüşler vazgeçmenin suçu ortadan kaldıran bir neden olduğu başlığı altında toplanabilir.

Vazgeçmenin suçu ortadan kaldıran değil, cezayı ortadan kaldıran bir neden olduğu konusunda da görüşler mevcuttur. Bu görüşü savunan yazarlardan MANZINI, gönüllü vazgeçmeyi, yapılan hareketlerin teşebbüs derecesinde kalan bir suça vücut verebilme iktidarına sahip olduklarını, ancak kanun koyucunun yasallaştırdığı iradesi sonucunda cezaî sorumluluğu ortadan kaldırdığını belirtmektedir⁵⁴⁹. ROSSI, vazgeçme kurumunu, kendine özgü nitelikte cezalandırılmayı kaldıran bir neden olarak tanımlamaktadır⁵⁵⁰. VANNINI'ye göre ise, gönüllü vazgeçme, yalnızca teşebbüsün cezalandırılabilmesinin kesin şartı

⁵⁴⁸ MESSINA, s. 18, s. 34; ROSSI, s. 75-76; LATAGLIATA, s. 62-64.

⁵⁴⁹ MESSINA, s. 18; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, s. 512.

⁵⁵⁰ ROSSI, s. 96.

değildir, bilâkis cezalandırılmayı ortadan kaldıran sübjektif bir etkidir⁵⁵¹. Gönüllü vazgeçme halinde ceza verilmediğinden, bu kurumu cezayı düşüren bir sebep olarak kabul eden yazarlar da mevcuttur. Ayrıca, gönüllü vazgeçen faile o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suça vücut veriyorsa ceza verildiğinden, cezayı azaltan bir kurum olduğunu ifade edenler de vardır. Doktrinde kabul edilen baskın görüş ise, gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmayı kaldıran sübjektif bir neden olduğu ve suç ortaklarına etkisi olmadığıdır⁵⁵². Biz de bu son görüşe katılmaktayız. Bunun nedeni, gönüllü vazgeçme halinde faile ceza verilmemesinin kaynağını, kanun koyucunun benimsemiş olduğu anlayışın oluşturmasıdır. Esasen vazgeçme anına kadar yapılan hareketler, doğrudan doğruya bir suçun icrasına yönelik hareketlerdir. Bu hareketler, tamamlanmayıp yarıda bırakılmaktadır. İşte bu nedenle, bir suçun doğrudan doğruya icra hareketlerini oluşturmasına rağmen, kanun koyucunun kanuna yansıttığı iradesi nedeniyle bir sübjektif cezasızlık nedeni ortaya çıkmıştır.

YTCK.'nın 36. maddesinde “gönüllü vazgeçme” kenar başlığı altında bu kurum düzenlenmiştir. Buna göre “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını.....önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*”.

⁵⁵¹ VANNINI, her ne kadar Zanardelli Kanunu'nda gönüllü vazgeçme, teşebbüsün negatif bir şartı olarak öngörülmüşse de, günümüzde bu kurumun vazgeçen fail lehine bir cezasızlık sonucu doğuran sübjektif bir etken olduğunu kabul etmektedir. Bkz. VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 128; MESSINA, s. 18.

⁵⁵² BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 541; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 570; BETTIOL – MANTOVANI, s. 630; BELTRANI, s. 109; ÖNDER, s. 401; ÖZBEK – BACAĞIZ – DOĞAN, s. 254.

Teşebbüsün iki hipotez şeklinde ortaya çıkabileceğini daha önce belirtmiştik. İlk hipotez, tamamlanmamış teşebbüs⁵⁵³ olarak ifade edilmektedir. Tamamlanmamış teşebbüs, 765 sayılı Kanun'da yer alan eksik teşebbüs ile aynı anlamı taşımaktadır. Bu aşamada, failin suç işleme kararını yarıda kesmesi, gönüllü vazgeçme olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁵⁴. İkinci hipotez olan tam teşebbüs ise, çalışmamızın ileriki bölümlerinde, icra sonrası gönüllü vazgeçme (aktif pişmanlık) kurumu ile birlikte değerlendirilecektir.

765 sayılı TCK.'nın 61/3. maddesinde “ihtiyariyle vazgeçme” kurumuna yer verilmişti. Kanunun terminolojisiyle “ihtiyariyle vazgeçme”, eksik teşebbüs hükmü içerisinde düzenlenmişti. Bir başka ifadeyle, failin suçun icrasına başladıktan sonra, kendi iradesiyle icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi aşamasında bu kurum öngörülmüştü. YTCK. ise, 765 sayılı kanundan farklı olarak, gönüllü vazgeçme kurumuna farklı anlamlar yüklemiştir.

Nitekim YTCK.'nın eksik – tam teşebbüs ayırımını kaldırmasına paralel olarak, failin icra hareketleri sırasında veya sonrasında ortaya çıkan icrayı tamamlamama ya da sonucun gerçekleşmesini önleme çabaları “gönüllü vazgeçme” başlığı altında toplanmıştır. Kanun koyucunun bu değişikliği yaparken, Alman hukukundan etkilendiği söylenebilir. Nitekim, 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda, Alman hukukçuların eksik – tam teşebbüs ayırımını kullanmalarındaki esas, pişmanlığın iki şeklini, gönüllü vazgeçme (Rücktritt) ve aktif pişmanlık (thätige Reue) olarak ortaya koyabilmek içindi. Bir başka ifadeyle, gönüllü vazgeçme ve

⁵⁵³ Tamamlanmamış (tentativo incompiuto – imperfetto) ve tamamlanmış teşebbüs (tentativo compiuto – perfetto) şeklinde yapılan ayırım, ilk kez Alman yazarlar tarafından kullanılmıştır. Bkz. ANTOLISEI, Francesco, “Origine e svolgimento della dottrina del delitto mancato”, Riv. it. di dir. e proc. pen., Parte I, 1911, s. 343 vd. (**Delitto mancato**).

⁵⁵⁴ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 439; POZZOLINI, s. 107.

aktif pişmanlık şeklinde ortaya çıkabilen pişmanlık türleri, teşebbüsün iki ipoteziyle ayrılamaz bir bütünlük göstermektedir. Şöyle ki, gönüllü vazgeçme (Rücktritt) suçun icra aşamasında; aktif pişmanlık (thätige Reue) ise cürmi faaliyetin tamamlanmasından ancak sonucun gerçekleşmesinden önceki aşamada gerçekleştirilebilir⁵⁵⁵. Ancak, 1975 tarihli ve şu anda da yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesinde, “*Her kim ihtiyari ile fiilin icrasına devam etmekten vazgeçer veya tamamlanmasını önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz*” hükmü mevcuttur⁵⁵⁶. Burada dikkat edilmesi gereken şudur: Alman Ceza Kanunu bu düzenlemeyi getirirken, uygulamada eksik – tam teşebbüs ayırımına ihtiyaç duyulacak ibarelere yer vermemiştir. Oysa ki, YTCK.'da cezanın, zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirleneceği hükmü getirilmiştir. Bu ibareler de, şüphesiz bizi eksik – tam teşebbüs ayırımına götürür. Aksi bir durumda, yargıç icra hareketlerinin suç yolunda katettiği mesafeyi belirlemeden, failin korunan menfaate verdiği zarar ve tehlikenin boyutunu nasıl tespit edecektir? İşte YTCK.'daki düzenlemenin mehzarını oluşturan bu hüküm, kanaatimizce suç politikası anlayışının sınırlarının ötesinde bir hüküm getirmekte ve mevcut ceza hukuku sisteminde adaletsizliğe yol açmaktadır.

O halde YTCK.'yı bu açıdan değerlendirirsek, kanun koyucunun tam olarak Alman ekolünü esas aldığı söylenemez. Ancak, bazı düzenlemelerin bu ekole göre

⁵⁵⁵ Alman hukukçular, gönüllü vazgeçmeyi, cürmi hareketten vazgeçme ve yarıda kesme yoluyla ortaya çıkan bir pişmanlık olarak tanımlamaktadırlar. Örneğin, düşmanına karşı nişan alıp doğrulttuğu tüfeği ateşlemeyen fail, geriye kalan icra hareketlerini iradesiyle tamamlamaktan vazgeçmiştir. Söz konusu yazarlar aktif pişmanlığı ise, failin cürmi faaliyetin tamamlanması öncesindeki sonuçları ortadan kaldırmaya yönelik yeni bir hareketin yapılması yoluyla ortaya çıkan pişmanlık türü olarak ifade etmektedirler. Örneğin failin düşmanına zehirli içeceği verdikten sonra, aynı şekilde panzehir içirmesi onun aktif olarak pişman olduğunu göstermektedir. ANTOLISEI, **Delitto mancato**, s. 346; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 156 (**Ceza Hukuku**).

⁵⁵⁶ Alman Ceza Kanunu için bkz. İÇEL, Kayıhan – YENİSEY, Feridun, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 929 vd.

yapıldığı doğrudur. Teşebbüse ilişkin olarak getirilen düzenlemelerde ise, ne Alman Ceza Kanununun, ne de İtalyan Ceza Kanununun esas alındığı söylenebilir. Şayet Alman Ceza Kanununa göre bir düzenleme yapılmışsa şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Bu düzenlemelerle, bir taraftan eksik – tam teşebbüs ayırımı kaldırılmış, diğer yandan ise kanun koyucu tarafından yapılan eklemelerle, eksik – tam teşebbüs ayırımı dolaylı olarak getirilmiştir. Şayet, İtalyan Ceza Kanununa göre bir hüküm öngörülmüşse, kanun koyucunun “gönüllü vazgeçme” kurumu altında iki farklı ipotezi düzenleme çabasını anlayabilmek mümkün olmamaktadır. Çünkü, İtalyan Ceza Kanunu’nda hem gönüllü vazgeçme, hem de aktif pişmanlık kurumlarına yer verilmektedir. Bu konuya Kanunun deyişiyle “gönüllü vazgeçme” başlığı altında düzenlenen failin sonucu önlemeye yönelik pişmanlığı incelenirken tekrar dönülecektir.

Biz, kanun koyucunun her iki kurumu, gönüllü vazgeçme adı altında düzenlemesinin doğru olmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle, bu bölümde ve daha sonraki bölümde ele alacağımız icra sonrası vazgeçmeyi, iki farklı kurum olarak kabul etmekte ve bunları ifade etmek üzere “gönüllü vazgeçme” ile “aktif pişmanlık” ibarelerini kullanarak, görüşlerimizi açıklamaya çalışacağız.

Bu doğrultuda gönüllü vazgeçme, failin, suç işleme kararında meydana gelen değişiklik nedeniyle icra hareketlerine başladıktan sonra, kendi iradesiyle tamamlamayıp yarıda bırakması durumunda söz konusu olur. Örneğin hırsız, maymuncukla evin kapısını açtıktan sonra suç işleme kararından vazgeçerek oradan uzaklaşırsa, hırsızlık suçu için gerekli olan hareketleri tamamlamaktan gönüllü

olarak vazgeçmiştir⁵⁵⁷. Bu nedenle faile işlemek istediği suçtan dolayı ceza verilmez, tamamlamış olduğu kısım konut dokunulmazlığı ve mala zarar verme suçunu oluşturduğundan, bu suçlardan sorumluluğu söz konusu olur⁵⁵⁸. Yine, failin, mağduru azar azar zehirleyerek öldürmek amacıyla harekete geçmesi ve ilk dozu verdikten sonra vazgeçmesi halinde, faile adam öldürmeye teşebbüsten değil, tamamlanan kısım kasten yaralama suçuna vücut verdiği için bu suçtan ceza verilir⁵⁵⁹. Ancak, suç işleme amacını gerçekleştirmek için yetersiz araç kullanılması veya failin hırsızlık amacıyla bir eve girildiğinin görülmesi veya polis alarmını duyan failin olay yerinden uzaklaşması, gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmemektedir⁵⁶⁰.

Gerçekten de fail, en azından teşebbüsün cezalandırılması için gereken tüm unsurları gerçekleştirme imkânına sahip olmasına rağmen, izlediği suç yolunu iradi olarak bırakırsa, cezalandırılmaz. Daha açık bir ifadeyle, failin teşebbüsten sorumlu olmaması için, suç yolu failin iradesine bağlı bir nedenden ötürü yarıda bırakılmalıdır. Ancak failin o ana kadar tamamlamış olduğu hareketler bir suç oluşturuyorsa, yalnızca o suç için öngörülen cezadan sorumluluk söz konusu olur. Örneğin, bir insanı öldürmek isteyen kişi, bu amacından vazgeçer ve silahı havaya doğru ateşlerse adam öldürmeye teşebbüs etmiş sayılmaz, eğer silah taşıma izni yoksa yalnızca “silah taşıma ruhsatı” olmamasından dolayı cezalandırılır⁵⁶¹. Yine

⁵⁵⁷ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 439; NUVOLONE, Pietro, *Il Sistema del Diritto Penale*, 2. edizione, Padova 1982, s. 416; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 528; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 523; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 526.

⁵⁵⁸ MARINUCCI – DOLCINI, s. 305.

⁵⁵⁹ PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 527; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 523.

⁵⁶⁰ BELTRANI, s. 111.

⁵⁶¹ MANZINI, **Parte generale**, s. 141; MARINI, **Trattato di diritto penale**, s. 705-706.

para kasasını kırıp açan failin, paraları almadan uzaklaşması halinde, hırsızlık suçu için gerekli icra hareketlerini tamamlamaktan iradesiyle vazgeçmesi nedeniyle cezasızlığı, ancak kasaya verdiği zarar dolayısıyla mala zarar verme suçundan sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵⁶².

Suçun maddî konusunun yokluğu veya hareketin elverişsizliği nedeniyle failin icra hareketlerine devam edememesi, gönüllü vazgeçme sayılmamaktadır. Çünkü failin hareketlerine devam etme imkânı söz konusu değildir. Bu engel, faili, iradesinden bağımsız bir etkenden ötürü hareketlerini gerçekleştirme olanağından yoksun bırakmaktadır⁵⁶³.

İcra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçme, icra suçları bakımından yapmama biçiminde bir hareket niteliği taşımaktadır. Yapmama şeklinde ortaya çıkan hareket, suç faaliyetlerinin sonuçlandırılmamasından ibarettir. Örneğin, fail hırsızlık amacıyla kapıyı kırdıktan sonra, bu suçun cezaî sonuçlarını düşünerek diğer icra hareketlerini yapmaktan gönüllü olarak vazgeçer. Yine, fail, düşmanını öldürmek amacıyla elindeki bıçağı ona doğru sallarken, mağdurun yalvaran bakışlarından etkilenip bıçağı elinden bırakabilir. Her iki olayda da, failin vazgeçmesi, icra hareketleri açısından ihmalî bir hareket şeklinde nitelendirilebilir. Suçun tamamlanması için yapması gereken icra hareketlerini, iradesiyle yapmamaktan ibaret bu davranışı, olumsuz bir nitelik taşımaktadır⁵⁶⁴. Ancak özellikle ihmal suretiyle işlenen icra suçlarında, gönüllü vazgeçme olumlu bir hareket gerektirmektedir. Yani, vazgeçme, yapılmayan (ihmal edilen) hareketin

⁵⁶² SANTANIELLO, s. 185.

⁵⁶³ VANNINI, *Lineamenti di diritto penale*, s. 167; ROSSI, s. 110-111; SOYASLAN, s. 125.

⁵⁶⁴ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 132; ROSSI, s. 131.

yapılmasıyla gerçekleştirilir. Örneğin öldürmek amacıyla bebeğini emzirmeyi bırakan annenin, bu kararından vazgeçmesi halinde, hareketsiz kalması yeterli değildir, olumlu bir hareket yapması yani yeniden emzirmeye başlaması gerekmektedir⁵⁶⁵.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, gönüllü vazgeçme ile teşebbüsün tekrarlanmasının karıştırılmamasıdır. Vazgeçmenin varlığı için, mutlaka icra hareketlerine başlamak ancak tamamlamamak gerekmektedir. Örneğin düşmanını öldürmek isteyen kişi bir el ateş eder ancak isabet ettiremezse ve bir kez daha ateş edebilme olanağına sahip iken bunu yapmıyorsa, bu durumda ilk ateş etmeyle icra hareketleri tamamlanmış olduğundan artık vazgeçme söz konusu değildir. Fail yalnızca tekrarlamaktan vazgeçmiştir. Bu nedenle faile teşebbüsten ceza vermek icap eder⁵⁶⁶. Ancak bu konuda üzerinde durulan diğer bir örnek ise, failin zehirlemek amacıyla düşmanına günlük belli miktarda zehir vermesi ve ilk dozdan sonra bu hareketinden vazgeçmesidir. Açıktır ki, iki olay arasında farklılık vardır. Bir kere, ikinci olayda gerekli icra hareketleri henüz tamamlanmamıştır. Fail, on gün boyunca zehiri vermekten, ilk günden sonra iradi olarak vazgeçmiştir. Bu nedenle, bu olayda failin gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanması

⁵⁶⁵ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 439-440; ERRA, s. 960; ERRA, (Çev: SAHİR ERMAN), s. 716; MARINI, Giuliano, **Elementi di Diritto Penale**, PG., Vol. I, Torino 1978, s. 273 (**Elementi di diritto penale**); VANNINI, **Lineamenti di diritto penale**, s. 168; PANNAIN, s. 468; FIORE, **Parte generale**, s. 68; RAMACCI, s. 477; VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 133-134; ROSSI, s. 131-132.

⁵⁶⁶ MANTOVANI, s. 433; ERRA, s. 960; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 716; ROSSI, s. 133; TANER de, icra hareketlerinin tamamlanma anını gönüllü vazgeçme kurumu açısından değerlendirerek aynı kanaate varmıştır. Failin tek kurşunu atması ve isabet ettirememesi durumunda icra hareketleri tamamlanmıştır. Bu andan sonra ateşlemeye devam etmesi, sadece icra hareketlerine devam etmesi anlamına gelmektedir. Bkz. TANER, s. 275; SOYASLAN, s. 123.

gerekmektedir. Fail, adam öldürmeye teşebbüsten değil, kasten yaralama suçundan sorumlu olur⁵⁶⁷.

Doktrinde her iki halde de, failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğini kabul edenler vardır. Bu görüşü savunanlara göre, fail eğer birden çok kurşuna sahip iken yalnızca tek bir kez ateş edip diğerlerini ateş etmezse, onun gönüllü vazgeçtiğini; çünkü henüz icra hareketlerini tamamlamadığını kabul etmek gerekir. Fail, tabancasında tek bir kurşuna sahipse ve bunu ateşlerse, artık devam edeceği icra hareketi kalmadığından gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez⁵⁶⁸. Ancak bunu kabul etmek mümkün değildir. İcra hareketlerinin bitiş anı, objektif görüş ile açıklanabilir. Objektif görüş, icranın bittiği anı şu şekilde açıklamaktadır: İcranın bitmesi anı, failin en son gerçekleştirdiği icra hareketinin, kendi egemenlik alanından çıkıp suçu oluşturma bakımından yüksek ihtimal dahiline girdiği ve suç konusu üzerinde somut bir tehlike oluşturmaya başladığı andır. O halde, tek kurşunla da olsa, bu hareket failin egemenlik alanından çıkarak suçu oluşturma bakımından yüksek ihtimal dahiline girmiştir. Bu anlamda, korunan menfaat bakımından da somut tehlike oluşturabilme iktidarına sahiptir⁵⁶⁹.

Hemen belirtmemiz gerekir ki, suçun icrası sırasındaki vazgeçme ile icra sonrası sonucun önlenmesi, YTCK. bakımından farklı kurumlar olarak nitelendirilmemektedirler. İşte bu nedenle, yukarıda yapılan açıklamalar, pozitif hukuk açısından değil, olması gereken hukuk açısındanadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, YTCK.'daki düzenlemede bu ayırım bir önemi haiz değildir.

⁵⁶⁷ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 130-132.

⁵⁶⁸ DE MARSICO, s. 220.

⁵⁶⁹ TANER, s. 275.

Failin, işlemek istediği bir suçun icrasından iradi olarak vazgeçebilmesi için, söz konusu suçun birden çok davranıştan oluşması gerekmektedir. Hareket, tek bir davranışla vücut bulabileceği gibi, aynı amaca yönelik ve kısa zaman aralıklarıyla gerçekleştirmek suretiyle birden çok davranışla da meydana gelebilir. Sadece tek bir davranışın oluşturduğu sırf hareket suçlarında, hareketin tamamlanması ile suç gerçekleşeceğinden, failin gönüllü iradesini somutlaştıracağı suç yolu da bulunmamaktadır. Hareketle birlikte suç tamamlanmakta, suç yolu da (iter criminis) sona ermektedir⁵⁷⁰.

Görüldüğü üzere gönüllü vazgeçme, icraî hareketle işlenen suçlarda bir farklılık arz etmemektedir. Aynı zamanda (eksik) teşebbüsün mümkün olduğu kesintisiz suçlarda, gönüllü vazgeçmenin de olabileceği kabul edilmektedir. Kesintisiz suçun varlığı için, ihlalin asgari bir süre devam etmesi gerekmektedir. Fail, hareketlerine teşebbüsün vücut vermesinden önce son vererek bu kurumdan yararlanabilir⁵⁷¹. Örneğin kişi özgürlüğünden mahrum etme suçunda, failin, mağduru kaçırma hareketlerini yarıda kesmesi halinde, gönüllülük söz konusudur⁵⁷². Yargıtay da vermiş olduğu kararlarıyla aynı kanaatte olduğunu beyan etmiştir⁵⁷³.

İCK.'nın teşebbüsle ilgili 56. maddesinde, failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi halinde, o ana kadar tamamlanan hareketler başka bir suça vücut vermişse, sadece o suç için öngörülen cezadan sorumlu olacağı ifade edilmiştir.

⁵⁷⁰ PANNAIN, s. 467; ROSSI, s. 110.

⁵⁷¹ ROSSI, s. 180; GAMBERINI, s. 323; DELPINO, s. 401.

⁵⁷² DELPINO, s. 401.

⁵⁷³ **5.CD., T. 3.7.1979, 2075/2035:** “Fail mağdureyi otomobile bindirdikten ve kaçırma hareketini devam ettireceği sırada, mağdurenin yalvarması karşısında onu serbest bırakması isteyerek vazgeçmedir ve bu halde o zamana kadar yapılan hareketin oluşturduğu suça, yani sarkıntılık suçundan ceza verilmelidir”. ÖNDER, s. 400.

aaa. Gönüllü Vazgeçmenin Şartları

aaaa. Gönüllü Olma (İhtiyarilik)

Fail icra hareketlerini tamamlamaktan kendi iradesiyle vazgeçerse, cezalandırılmaz. Ancak failin vazgeçme anına kadar tamamlamış olduğu hareketler, ayrı bir suç için yeterli ve gerekli unsurları oluşturuyorsa, fail tamamlanmış kısmın vücut verdiği suçtan dolayı cezalandırılır⁵⁷⁴.

İcra hareketlerinden vazgeçen faile ceza verilmemesi için gereken ilk şart, vazgeçmenin gönüllü (ihtiyari) olmasıdır. Kanunda çok açık şekilde gönüllü olma (ihtiyarilik) şartı ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle kanun, vazgeçmenin saikine önem vermemektedir⁵⁷⁵. Samimilik, failin gerçek anlamdaki içsel pişmanlığıdır. Gönüllü irade ise, faili icra hareketlerini durdurmaya iten içsel herhangi bir nedenle ortaya konabilir⁵⁷⁶. Gönüllülüğün görünüşte bir irade değişikliği yaratması yeterlidir. Gönüllü vazgeçen failin iradesinin aynı zamanda samimi olması gerekmektedir, failin kendi serbest iradesiyle buna karar vermiş olması ve bunu gerçekleştirmesi yeterlidir⁵⁷⁷. Daha doğrusu, fail vazgeçmeye herhangi bir dış nedenden etkilenmeden

⁵⁷⁴ MANZINI, **Parte generale**, s. 139.

⁵⁷⁵ MANTOVANI, s. 434; RANIERI, s. 363; MAGGIORE, s. 453; SANTANIELLO, s. 185; PANNAIN, s. 468; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 526-527; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 447.

⁵⁷⁶ GIANNITI, s. 138-139.

⁵⁷⁷ MALINVERNI, Alessandro, “La volontarietà della desistenza nel tentativo”, *Giuris. Pen.*, Parte Seconda, 1948, s. 218; VANNINI, **Lineamenti di diritto penale**, s. 167; ERRA, s. 955; ERRA, (Çev: SAHİR ERMAN), s. 708; ROSSI, s. 125; SALTELLI – ROMANO-DI FALCO, s. 391; RANIERI, s. 363; ALEO, s. 127; MAGGIORE, s. 453; SABATINI, s. 280; RAMACCI, s. 476; SOYASLAN, s. 122; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 789-790.

karar vermeli ve vazgeçmelidir⁵⁷⁸. Bu nedenle, failin gerçek anlamdaki pişmanlığı, gönüllü vazgeçme ipotezi dışında kabul edilmektedir. Örneğin hırsızlık için girdiği bir evde ev sahibine yakalanacağı korkusunu hissetmesi ve kaçması durumunda, fail dış bir nedenin etkisiyle değil, kendi iradesiyle icra hareketlerini yarıda kesmiştir.

Gerçekten de failin herhangi bir nedenle vazgeçmeye karar vermesi, bu kurumdan yararlanması için yeterli değildir, aynı zamanda icra hareketlerini gerçekleştirmeyi tamamıyla bırakması gerekmektedir. Suçun icrasından vazgeçme ile failin amacından vazgeçmesi aynı şey değildir. Fail amacından, cezalandırılabilir teşebbüsü tekrarlamayarak da vazgeçebilir. Örneğin, öldürmek amacıyla bir el ateş edip isabet ettiremeyen fail, pişman olup hareketine devam etmekten vazgeçebilir. Bu durumda, failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması mümkün değildir. Çünkü, her ne kadar icra hareketleri ilk el atıştan sonra failin iradesi dışında bir nedenle tamamlanmamışsa da, ateş edilmeye devam edilmemesi vazgeçme kurumuna vücut vermemektedir. Böyle bir ipotez, tipik teşebbüs halini oluşturmaktadır. Bunun nedeni, bu hareketin objektif olarak ölüm sonucunu doğurabilme iktidarına sahip olmasıdır⁵⁷⁹.

Gönüllülük, failin belli bir amacı gerçekleştirmek üzere harekete geçmesini sağlayan içsel bir iradedir. Oysa samimilik, kişinin kendisini tamamen dış etkenlerden soyutlayarak belli bir amaca yönelmeye karar verebilme hususundaki kendi iktidarındır. Görülüyor ki, ihtiyarılık samimiliğe göre daha geniştir. Bunu şu

⁵⁷⁸ GRANATA, Luigi, "Riflessioni sulla desistenza", Arch. Pen., Fasc. 11-12, 1949, s. 372; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 542; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 571; BETTIOL – MANTOVANI, s. 630.

⁵⁷⁹ VANNINI, **Lineamenti di diritto penale**, s. 167-168; VANNINI, Ottorino, **Manuale di Diritto Penale**, PG., Firenze 1954, s. 231, (**Parte generale**); PANNAIN, s. 468; ROSSI, s. 125.

şekilde açıklamak mümkündür: Her samimi hareket aynı zamanda ihtiyaridir, fakat bunun tersini iddia etmek her zaman doğru olmayabilir. Daha açık bir deyişle, ihtiyari olan bir hareket samimi olmayabilir⁵⁸⁰. Dolayısıyla faili vazgeçmeye götüren psikolojik neden önemli değildir. Bu korkudan, pişmanlıktan, acımadan, şevkatten veya mağdurun kendisinin ya da akrabalarının yalvarmasından kaynaklanabileceği gibi, fail daha iyi bir fırsat hazırlamak için de vazgeçmiş olabilir⁵⁸¹.

Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlar failin icra hareketlerini iradi olarak tamamlamamasını, cezadan kurtulması için yeterli görmemektedirler. Ayrıca failin icra hareketlerinden samimi bir pişmanlık sonucu vazgeçmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşü kabul edenler, gönüllü vazgeçme ile samimi vazgeçme arasında bir ayırım yapmaktadırlar. Samimi vazgeçme halinde, ancak fail tehlikesiz bir kişilik taşımamaktadır. Aksi takdirde, failin daha uygun şartlarda aynı hareketi yapma fikriyle vazgeçmesi mümkündür. Bu durumda, failin cezalandırılmaması gönüllü vazgeçme kurumunun mantığıyla bağdaşmamaktadır⁵⁸².

Diğer yandan ümanist doktrin anlayışını benimseyen yazarlar da vazgeçmede yalnız iradiliği yeterli görmemekte, aynı zamanda vazgeçmenin samimi olmasını da aramaktadırlar⁵⁸³.

⁵⁸⁰ ERRA, s. 950; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 698.

⁵⁸¹ VELOTTI, s. 134; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 440; MANTOVANI, s. 434; VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 121; FLORIAN, **Procedura penale**, s. 445; FLORIAN, **Diritto penale**, s. 645; MORSELLI, **Il tentativo**, s. 138; MORSELLI, **Note in tema di delitto tentato**, s. 97; MORSELLI, **Condotta ed evento**, s. 60; DELPINO, s. 399; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 479.

⁵⁸² FLORIAN, **Diritto penale**, s. 659; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 448.

⁵⁸³ EREM, s. 361-362; EREM – DANIŞMAN – ARTUK, s. 326.

Ancak vazgeçen failin cezalandırılmaması için, iradiliğin yanında samimiyet şartının da aranması vazgeçme kurumunun esasına ters düştüğü gibi, kanunun lafzî yorumuyla da örtüşmemektedir. Çünkü insan hareketlerinin saiklerini incelemek ceza hukuku alanı dışında kalır. Ancak samimilik şartının aranması durumundadır ki, böyle bir araştırma yapma zorunluluğu ortaya çıkar. Diğer yandan samimiliğin varlığını ispatlamak çok güçtür⁵⁸⁴. Bu nedenle, vazgeçen failin icra hareketlerini tamamlamamasının samimi bir iradenin ürünü olup olmadığına bakmaksızın, gönüllü vazgeçme kurumunun şartlarının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir⁵⁸⁵.

Karşıt görüşlerin varlığına rağmen, gönüllü vazgeçmenin gerçek bir pişmanlığın ürünü olmaması ancak bu iradenin dış etkenlerden bağımsız, suç işleme sürecini yarıda bırakan içsel bir irade olması gerektiği kanaatindeyiz.

Doktrindeki farklı görüşlere rağmen, gönüllü vazgeçmenin samimi olup olmadığı sorunu kanunun düzenlemesiyle bertaraf edilmiştir. Kanun bu kurumdan yararlanmak için vazgeçmenin gönüllü olmasını yeterli görmektedir. Fail, ister gönüllü isterse samimi bir irade ile hareketten vazgeçsin, işlemek istediği suç için öngörülen cezadan muaf tutulur⁵⁸⁶.

bbbb. Gönüllülüğün Belirlenmesi

Vazgeçmenin ihtiyariliği, failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda önem taşımaktadır. Bu nedenle, icra hareketlerini yarıda bırakan failin dış

⁵⁸⁴ ROSSI, s. 109; ERRA, s. 951; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 700.

⁵⁸⁵ Aynı görüş için bkz. DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 448.

⁵⁸⁶ Aynı görüş için bkz. MALINVERNI, s. 217, dn. 4.

etkenlerin etkisiyle değil de, kendi iradesiyle vazgeçtiğini kesin olarak ortaya koyması gerekmektedir.

İradi olarak icra hareketlerinden vazgeçen fail, iç veya dış etkenler nedeniyle vazgeçmeye yönelmiş olabilir. Örneğin, gerçekten pişmanlık duyma, suç mağduruna acıma, suçun işlenmesini daha uygun koşullara bırakma, işin güçlüğü nedeniyle kötümser olma ya da yakalanma ve cezalandırılma korkusuna kapılma gibi iç etkenler faili vazgeçme sonucuna götürmektedir⁵⁸⁷. Örneğin mağdura zehirli içeceği verdikten ancak mağdurun içmesinden önce elinden fincanı alan fail, suçun icrasından gönüllü olarak vazgeçmiş sayılır⁵⁸⁸. Gerçekten de, bu hallerde vazgeçmeye karar veren failin, herhangi bir dış etkenden etkilenmediği, bilâkis kendi iç dünyasındaki bir neden dolayısıyla vazgeçtiği görülmektedir.

Dış etkenler ise maddî veya manevî olabilir. Ancak maddî dış etkenler ister tesadüfî, isterse mağdur veya üçüncü bir kişinin fiilinden ileri gelsin, failin iradesine bağlı vazgeçmeyi sağlamaz. Örneğin, mağdurun veya üçüncü bir kişinin failin elinden tutması ve silahı kullanmasını önlemesi halinde, maddî dış etken nedeniyle icra hareketleri tamamlanamamıştır. Maddî dış etkenler, tipik teşebbüs durumuna vücut vermektedirler. Bu nedenle maddî dış etkenlerin söz konusu olduğu durumlarda, gönüllü vazgeçmeden söz etmemiz mümkün değildir⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ MANTOVANI, s. 434; MORSELLI, *Il tentativo*, s. 138; MORSELLI, *Note in tema di delitto tentato*, s. 97; MORSELLI, *Condotta ed evento*, s. 60; MEZGER, s. 422; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I.*, s. 448.

⁵⁸⁸ VANNINI, *Parte generale*, s. 234.

⁵⁸⁹ ERRA, s. 954; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 706; BATTAGLINI, *Parte generale*, s. 435; DÖNMEZER – ERMAN, *C. I.*, s. 449.

Manevî dış etkenler ise, failin iradesini etkilemektedir ve giriştiği işten geri çekilmesi, yani icra hareketlerini tamamlamaması sonucunu doğurmaktadır. Ancak böyle bir sebebin varlığı halinde, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığını belirlemek zordur⁵⁹⁰. Doktrinde bu konu tartışmalıdır. Örneğin, hırsızlık için eve giren ancak köpeğin havlaması üzerine korkuya kapılıp kaçan kimsenin vazgeçmesinin, iradi olup olmadığı tartışmaya açık bir konudur⁵⁹¹.

Bazı yazarlar, dış etkenin failin kararı üzerinde etkili olabileceğini ancak bunun vazgeçmenin gönüllü sayılmasına bir engel teşkil etmeyeceğini, zorlanmış olan iradenin de yine irade olduğunu ileri sürmektedirler⁵⁹². Bu görüşe göre, manevî dış etkenler, dıştan gelerek failin suçu tamamlama iradesini yarıda bırakmasına sebep olmaktadır. Yani suç yolunda ilerleyen fail, icra hareketlerini kendi iç dünyasındaki bir etken (örneğin korku, acıma...vs) nedeniyle değil, ancak dıştan gelen fakat iç dünyasını etkileyen etken (örneğin alarm, gürültü.....vs) dolayısıyla tamamlayamamaktadır⁵⁹³. Failin, bir ayak sesi duyması ve yakalanacağı korkusuna kapılması veya kendisini birilerinin gördüğüne inanması halinde, icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi mümkündür. Görüşün savunucuları, bu durumu, gönüllü vazgeçme olarak kabul etmektedirler⁵⁹⁴. Ancak bunu kabul etmek mümkün değildir. Her ne kadar fail vazgeçmeye kendisi karar vermiş olsa da, bu kararı vermesini sağlayan herhangi bir dış etken olmasaydı, suçun icrasına devam edecekti. Fail,

⁵⁹⁰ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 449.

⁵⁹¹ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 449.

⁵⁹² Görüşü savunanlar için bkz. ROSSI, s. 106; Görüşler için bkz. MANZINI, **Trattato di diritto penale**, s. 507-508; ERRA, s. 955; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 707-708; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 449.

⁵⁹³ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 449.

⁵⁹⁴ BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 436.

yakalanacağı korkusuna kapılarak icra hareketlerini tamamlamaktan çekinmektedir. Bu durumda gönüllü vazgeçmeden söz etmek kabul edilemez⁵⁹⁵.

Gönüllü vazgeçmeyle kendiliğinden olmayan vazgeçme ayırımında dikkat edilmesi gereken nokta, failin suç yolunda daha fazla ilerleme imkânının kalıp kalmadığının belirlenmesidir. Fail, devam etme olanağına sahip olmalıdır ki, iki hareket arasında seçim yapıp vazgeçebilsin. Yani, fail icra hareketlerini yarıda bıraktığı zaman, bunları devam ettirme imkânına sahipse ve buna rağmen icradan vazgeçmişse, gönüllü vazgeçmenin var olduğu kabul edilir. Buna karşılık, failin icra hareketlerine devam edemeyeceği, yani failin istemesine rağmen elinde olmayan nedenlerle suç yolunda ilerlemesinde imkân kalmaması halinde ise artık vazgeçmenin gönüllülüğünden söz etmemiz mümkün değildir. Bu durum teşebbüs derecesinde kalmış bir suça vücut verir⁵⁹⁶. Örneğin, köpeğin havlaması dolayısıyla uyanan ev halkının kendisini yakalayacağı korkusuna kapılan hırsızın durumunda gönüllü vazgeçme yoktur⁵⁹⁷. Çünkü burda ev halkı uyanmıştır, failin böyle bir karar almasına maddî bir dış etken neden olmuştur. Ancak, hırsızın herhangi maddî dış bir etken olmaksızın yalnızca yakalanma korkusuna kapılması ve faaliyetlerine devam etmekten vazgeçmesi durumunda, bu hareketini ihtiyari saymak gerekmektedir⁵⁹⁸. Örneğin, tecavüz etmek amacıyla başkasının evine giren ve elindeki tabancayla etrafa korku salan failin, kızın ağlaması ve hasta babasının kalp krizi geçirme

⁵⁹⁵ BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 542; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 571; BETTIOL – MANTOVANI, s. 630-631.

⁵⁹⁶ GUADAGNO, s. 307-308; BELTRANI, s. 110; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 449; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 440-441; FIORE, **Parte generale**, s. 68; MARINUCCI – DOLCINI, s. 306; ÖNDER, s. 403; ÖZBEK – BACAĞIZ – DOĞAN, s. 255.

⁵⁹⁷ MANTOVANI, s. 434; DE MARSICO, s. 221; GRANATA, s. 372; SOYASLAN, s. 120-121.

⁵⁹⁸ DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 449; DÖNMEZER, s. 128.

tehlikesi olduğunu söylemesi karşısında acıyarak evi terk etmesi gönüllü vazgeçme kabul edilmelidir⁵⁹⁹. Ancak, alarm sisteminin devreye girmesi sonucu polisin suçüstü yakalama tehlikesinin ortaya çıkması durumunda gönüllü vazgeçme kabul edilemez⁶⁰⁰.

Gönüllü vazgeçmede, faili harekete geçiren nedenin suç yolunu yarıda bırakmaya elverişli olması gerekmektedir. Söz konusu neden, soyut olarak ele alındığında, suç oluşmadan önce failin düşüncesinde vazgeçmeyi sağlayıcı nitelik taşıyabilir, ancak somut olayda suçu oluşturan diğer nedenlerin üstün gelmesi ve amaçtan sapma olması halinde vazgeçme gerçekleşmeyecektir. Faili harekete geçiren neden, suç yolunu durdurmaya yetmemektedir⁶⁰¹.

Bu nedenle, Kanunumuzda 36. maddede, “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde,*

⁵⁹⁹ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 81-82.

Yargıtay’ın 5237 sayılı Kanun’un kabulünden sonra gönüllü vazgeçmeye ilişkin verdiği kararlara örnek;

6. CD., T. 23.02.2006, E. 2004/722, K. 2006/1709: “*Sanığın mağdura ait büfenin kepenginin asma kilidini ve camını kırdıktan sonra pişman olup bir şey almadan ayrıldığı biçimindeki savunması ve suçun yapısı davranışlarını tamamlamasını engelleyen dış nedenin söz konusu olmaması karşısında, 765 sayılı Yasanın 61/son (5237 sayılı Yasanın 36/1) maddesinin uygulama yeri tartışılmalı ve uygulanması durumunda vazgeçmeye kadar tamamlanan suçtan mağdurun şikayetçi olmadığı da gözetilerek karar verilmelidir.*” YKD, C. 32, S. 12, Aralık 2006, s. 1981-1982.

⁶⁰⁰ MANTOVANI, s. 434; DE MARSICO, s. 221; SANTORO, *Tentativo*, s. 1152.

Yargıtay’ın gönüllü vazgeçmeyi kabul etmeyip, icra hareketlerinin dış bir nedenle tamamlanamaması ve eksik teşebbüsten hüküm kurulmasına dair verdiği kararlara örnek;

5. CD., T. 25.01.1999, 459/8: “*Müdahil Şükran Altun’un sanığın olay gecesi 22.00 sıralarında kapıyı zorla itirip içeri girdiği, kendisini kollarından tutarak odaya soktuğunu, burada üzerine çıkıp dudaklarından öpmeye başladığını, bağırması üzerine uyumakta olan oğlu tanık Akın Altun’un gelmesiyle onu itirip kaçtığı, oğlunun gelmemesi halinde zorla ırza geçeceğini ileri sürmüş olması karşısında zorla ırza geçmeye teşebbüs niteliğindeki bu iddia ve toplanan kanutların değerlendirilmesinin yüksek dereceli ağır ceza mahkemesinin görevine gireceği gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi yerine duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması” MALKOÇ, s. 626.*

⁶⁰¹ MALINVERNI, s. 223.

sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır” hükmü yer almaktadır. O halde, icra hareketlerini tamamlamaktan ihtiyariyle vazgeçen fail, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak, ancak o ana kadar yapmış olduğu hareketler başka bir suça vücut verdiği takdirde söz konusu suça ait ceza ile cezalandırılacaktır. Böyle bir hükmün kabul edilmesindeki neden, failin başka bir suç işleme niyetindeymiş gibi davranarak ve daha sonra bundan vazgeçtiğini kanıtlayarak, cezadan kurtulma olanağına sahip olmasıdır⁶⁰².

Failin icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi halinde, o ana kadar yaptığı hareketler; ya amaç suçun unsurunu veya ağırlatıcı sebebini oluşturur ya da amaç suçtan bağımsız, hukukî niteliği farklı bir suça vücut verir. Failin, işlemek istediği amaç suçun icra hareketlerini iradi olarak yarıda kesmesi ancak tamamladığı hareketlerin başka bir suça vücut vermesi ipotezinde, geniş anlamda karma suç, dar anlamda geçitli bir suçun varlığını akla getirmektedir⁶⁰³. Karma suçun varlığı için kanuni tipte düzenlenen bir fiilin, zorunlu olarak daha hafif bir suçu içine alması gerekmektedir. Karma suç niteliğini taşıyan kanuni tiplerde, hafif suç ile ağır suçun korudukları hukukî değer farklıdır. Karma suça örnek olarak, cebren ırza geçme suçu verilebilir. Bu fiili gerçekleştirmek isteyen kişi, zorunlu olarak mağdura cebir ve şiddet kullanmak zorundadır. Geçitli suç ise, karma suçun bir çeşidi olup, korunan hukukî konuların aynı olması bakımından farklılık göstermektedir. Örneğin hırsızlık için evin kapısını kıran ancak hırsızlık suçu için gerekli ve yeterli icra hareketlerine devam etmeyen kişi, mala zarar verme suçundan sorumlu olur. Çünkü vazgeçme anına kadar olan hareketleri,

⁶⁰² DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 450.

⁶⁰³ SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 121-122.

mala zarar verme suçunun oluşması için gerekli ve yeterli unsurları meydana getirmektedir. Diğer yandan mala zarar verme suçu ile hırsızlık, malvarlığına ilişkin bir değeri korumakta ve geçitli suçun bir örneğini oluşturmaktadırlar⁶⁰⁴. Karma suç veya geçitli suç kavramları, Ceza Genel Kurulu kararlarına da yansımıştır⁶⁰⁵. Ancak Yargıtay tarafından kabul edilmekle beraber, kimi kararlarında bu kavramlara ait ilkeler mürekkep suç veya fikrî içtima adı altında bilfiil uygulanmıştır. Mürekkep suçla, karma suçun her ikisinde de birden çok sonuç mevcuttur ve bu sonuçlar birbiriyle kaynaşmakta, faile de en ağır sonuçtan ceza verilmektedir. Ancak, mürekkep suçun zorunlu bir varlık şartı olan, sonuçlardan birinin suçun bir unsuru veya ağırlatıcı nedeni olması, karma suç için olmazsa olmaz bir şart değildir. İşte, icra hareketlerinin tamamlanmaması durumunda o ana kadar yapılan hareketler için cezalandırma söz konusu olmaktadır⁶⁰⁶.

Failin gönüllü vazgeçmesi halinde, amaç suç ile tamamlanan hareketlerin oluşturduğu suçun hukukî nitelikleri farklı olabilir. Gerçekten de, bu durumda birbirinden tamamen bağımsız suçlar söz konusudur, dolayısıyla vazgeçilen suç için faile ceza verilmemesi, ancak tamamlanan hareketlerin oluşturduğu suçtan ceza

⁶⁰⁴ Doktrinde karma suç, kanunî tarifte yer alan bir fiilin, zorunlu olarak, daha hafif bir suçu da içine alması ve bu durumda faile daha hafif suçu da içine alan daha ağır suçun cezasının verilmesini gerektiren suç olarak tanımlanmaktadır. Karma suçta, hafif suç ile ağır suç değişik hukuki konulara sahiptir.

Geçitli suç ise, karma suçun bir çeşidi olup, bu suçlarda da, biri diğerini kapsayan iki suç vardır. Fail, daha ağır suçu işlemek için, daha hafif suçtan geçmek zorundadır. Geçitli suçlarda, her iki suçun da konusu aynıdır. Geniş bilgi için bkz. DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 401-404.

⁶⁰⁵ C.G.K., T. 04.06.1990, 5-10/156: “Irza geçme suçu geçitli (müterakki) suçlardandır. Bu suçta fail irza tasaddiyi ifade eden hareketleri yaparak, bununla da yetinmeyip daha ileri aşaması olan irza tecavüz suçunu işlemektedir. Fail burada hareketleriyle daha hafif sonuçtan daha ağıra geçmektedir. Hafif sonuç, yani tasaddi suçu, daha ağır sonuç yani tecavüz suçu içinde erimekte ve faile ağır olan suçtan ceza verilmektedir.” C. I, s. 1174; Örnek karar için bkz. (C.G.K., T. 12.11.1984, 5-098/378) C. I, s. 1185.

⁶⁰⁶ ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 466-474; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 401-405.

verilmesi gerekmektedir. Örneğin hırsızlık için eve giren failin vazgeçmesi halinde hırsızlığa teşebbüsten değil, konut dokunulmazlığını ihlalden ceza verilmesi gerekir. Ortaya çıkabilecek bir diğer durum ise, ancak tamamlanan suçun, işlenmesi istenilen suçun bir unsuru veya ağırlatıcı sebebi olması halidir. Örneğin amacı ırza geçmek olan kişinin mağduru sürüklemesi ve fakat herhangi bir şehveti harekette bulunmadan bu fikrinden vazgeçmesi halinde faile, ırza geçmeye teşebbüsten değil, kasten yaralamadan ceza verilecektir⁶⁰⁷.

bbb. Gönüllü Vazgeçmenin Hukukî Niteliği

aaaa. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Doktrinde bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden subjektif nitelikte olanları, failin suç işleme niyetini, tehlikeliliğini esas almaktadırlar ve gönüllü vazgeçme ile de bunun ortadan kalktığını, bu nedenle ceza vermenin mümkün olmadığını kabul ederler. *İptal teorisi* adını taşıyan görüş, subjektif niteliktedir. İptal teorisini savunanlar, failin kötü niyetinin yerine, gönüllü vazgeçerek iyi niyetini ortaya koyduğunu ve cezalandırılmaması gerektiğini ifade etmektedirler⁶⁰⁸. Suç yolunun belli bir noktasında, o ana kadar failin hareketinin temelini oluşturan suç işleme kastı yerine, vazgeçme niyeti ortaya çıkmıştır. Vazgeçme, hem failin kastını hem de fiilin icrasını ortadan kaldırmaktadır. Yeni kast geçmişteki kastı siler, dolayısıyla manevî unsurun

⁶⁰⁷ ÖNDER, s. 404; MALKOÇ, s. 622-623.

⁶⁰⁸ Görüşler için bkz. BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 434-435; ZAGNONI, Piera, “Desistenza volontaria e riparazione del danno non patrimoniale”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1983, s. 1301; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 477; DEMİRBAŞ, s. 398; SÖZÜER, s. 236.

bulunmadığı halde teşebbüsün hukuken varlığından söz etmek mümkün değildir⁶⁰⁹. İptal teorisinde, failin iki farklı iradesi bulunmaktadır; biri teşebbüs aşamasında kalan suç işleme iradesi, diğeri ise hareketlerini tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçme iradesidir⁶¹⁰.

Diğeri bazı yazarlar ise, iptal teorisine yakın olan *butlan teorisini* ortaya atmışlardır. Butlan teorisine göre, failin, gönüllü vazgeçmekle suç işleme iradesi ortadan kalkmakta ve baştan itibaren suçun tamamlanmasına yönelik bir kasta sahip olmadığı kabul edilmektedir. Teşebbüsün cezalandırılması için, bütün faaliyete yönelmiş bir tamamlama iradesi olmalıdır. Ancak gönüllü vazgeçme ile bu irade artık yok sayılmaktadır. Çünkü suç yolunda ilerleyen failin kötü iradesi mevcut olabilir. Bu nedenle, suç işleme iradesinin ortadan kalkmasından sonra yapılan hareketler, icra hareketi olarak nitelendirilemez⁶¹¹. Butlan teorisinde, failin iradesi, tek bir iradenin ayrılmış parçaları olarak ortaya çıkmaktadır⁶¹². Gerçekten de, suç işleme iradesinin gerçekleştirilmesi aşamasında failin vazgeçme niyeti ortaya çıkarak, bu iradeyi iptal etmektedir⁶¹³.

Kastın zayıflığı teorisini savunanlara göre, gönüllü vazgeçen failin suç işleme kastının zayıf olduğu anlaşılmaktadır. Bu zayıflamış kast, failin yeterli yoğunlukta

⁶⁰⁹ Görüşler için bkz. LATAGLIATA, s. 21; ÖNDER, s. 402; BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 435; ERRA, s. 766; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 690; MESSINA, s. 12.

⁶¹⁰ MESSINA, s. 13-14.

⁶¹¹ LATAGLIATA, s. 19-21; ÖNDER, s. 402; ERRA, s. 766; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 690; ZAGNONI, s. 1300-1301; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 477; DEMİRBAŞ, s. 398; MESSINA, s. 12-13; SÖZÜER, s. 236.

⁶¹² MESSINA, s. 14.

⁶¹³ LATAGLIATA, s. 21.

bir kötülük iradesine sahip olmadığını göstermektedir. Bu nedenle, kişide bulunan zayıf kast, teşebbüsten dolayı cezalandırılmasına yeterli değildir⁶¹⁴.

Karine teorisi ise, failin gönüllü vazgeçmesi durumunda baştan itibaren suçü tamamlama yönünde bir iradeye sahip olmadığını ortaya koyduğunu ileri sürmektedir. Bu zayıf irade bir karine olarak kabul edilmektedir ve cezalandırılmamaktadır⁶¹⁵.

Tehlikesizlik teorisine göre ise, fail başladığı icra hareketlerinden vazgeçerek, kendinde olan kötü fikirden kurtulduğunu veya tehlikeli bir kişiliği olmadığını açığa vurmaktadır⁶¹⁶. Tehlikeli kişilik, gönüllü vazgeçmeyle bu özelliğini terketmektedir. Vazgeçen irade, sosyal yönden tehlikeli olmayan iradedir. Dolayısıyla failin tehlikeliliği söz konusu olmadığından ceza vermek de gerekmemektedir⁶¹⁷.

Objektif nitelikteki teoriler ise, failin gönüllü vazgeçerek icra hareketlerinin tüm izlerini silmiş olacağını, yani suçun objektif unsurunun yokluğuna neden olacağını ve artık bir suçtan söz edilemeyeceğini kabul etmektedirler. Gönüllü vazgeçme, suçun icra sürecini yarıda bırakmakta ve tipikliği de etkilemektedir. Zira, fail vazgeçerek icra hareketlerini, bir başka ifadeyle suçun objektif unsurunu yarıda kesmektedir. Ayrıca gönüllü vazgeçmede ceza hükmünün ihlali söz konusu değildir,

⁶¹⁴ ÖNDER, s. 402; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 477; DEMİRBAŞ, s. 398; SÖZÜER, s. 236.

⁶¹⁵ ÖNDER, s. 402; DEMİRBAŞ, s. 398; SÖZÜER, s. 236.

⁶¹⁶ ERRA, s. 765; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 689-690.

⁶¹⁷ SOYASLAN, s. 120.

bu nedenle de faili işlemek istediği suçtan dolayı cezalandırmak da mümkün değildir⁶¹⁸.

Objektif görüş olarak nitelendirebileceğimiz *bozucu şart teorisine* göre; teşebbüsün cezalandırılabilmesi ancak failin belli bir suçu tamamlamak amacıyla hareket ettiği ve bu süreçten gönüllü vazgeçmediği takdirde olanaklıdır. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme cezalandırma için bozucu bir şart addedilmektedir⁶¹⁹. Diğer yandan, gönüllü vazgeçmenin, olumsuz talîki bir şart olduğu da ileri sürülmüştür. İcra hareketlerinin tamamlanmasını engelleyen failin iradesi dışındaki neden, teşebbüsün cezalandırılması bakımından nasıl ki olumlu talîki bir şart oluşturur, gönüllü vazgeçme hali de olumsuz talîki bir şart vücuda getirir⁶²⁰.

Bir başka yazar, vazgeçilmiş teşebbüsün cezalandırılmaması nedenini, icra hareketlerinin failin iradesi dışındaki bir nedenle kesilmesinin, teknik ve cezaî anlamda teşebbüsün hukukî bir unsurunu oluşturduğu görüşüne dayandırır.

Suç siyasetine ilişkin teoriler başlığı altında da birtakım görüşler ileri sürülmüştür. *Psikolojik zorlama teorisine* göre, devletin görevi hukuk düzenini korumaktır. Bu görevi, failin üzerinde psikolojik baskı uygulayarak, faili suçu tamamlamaktan caydırmakla yerine getirir. Gönüllü vazgeçen faili, artık cezalandırmaya gerek yoktur. Cezalandırılmamanın esası, devletin ceza tehdidinin amacına ulaşmasıdır⁶²¹.

⁶¹⁸ ROSSI, s. 64; KUNTER, **Tipicità**, s. 348; ÖNDER, s. 402; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 477.

⁶¹⁹ ERRA, s. 766; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 691.

⁶²⁰ ERRA, s. 766; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 691.

⁶²¹ DEMİRBAŞ, s. 399; SÖZÜER, s. 238.

Altın köprü teorisini savunanlar ise, suç yoluna giren failin arkasındaki tüm köprüleri yıktığını, ancak devletin ona geri dönmek için altın bir köprü kurduğu takdirde, suç işlemekten vazgeçeceğini kabul etmektedirler. Kanun, vazgeçen faile ceza verilmeyeceğini belirtirse, fail suç işlemekten vazgeçebilir⁶²². Bu teori, faile suç işleme niyetinden vazgeçmesi halinde bir şans tanıyarak altın köprü oluşturmakta ve böylece suç işlemesini önlemeye çalışmaktadır⁶²³.

Diğer yandan *af teorisini* savunanlara göre, gönüllü vazgeçen fail ödüllendirilmelidir. Çünkü fail, gönüllü vazgeçerek fiilinin toplum düzenini bozucu etkisini kısmen de olsa ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle faile hoşgörü gösterilmesi gerekir⁶²⁴.

Cezanın amacı teorisine göre ise, gönüllü vazgeçen failin cezalandırılmamasının nedeni, cezanın amacının ortadan kalkmasıdır. Failin vazgeçmesi, suç işleme konusunda ısrarlı olmadığını göstermektedir. Bu durumda, hem genel hem de özel önleme, ceza verilmesini gerektirmez⁶²⁵.

bbbb. Değerlendirme

İptal veya yokluk teorileri, gönüllü vazgeçmenin esasını açıklamaktan uzaktır. Bir kere, vazgeçme anına kadar olan hareketler yapılmıştır, mevcuttur, kastın

⁶²² ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 441; ERRA, s. 764; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 687; LATAGLIATA, s. 29-30; MAGGIORE, s. 452; BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 435; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1990**, s. 241; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 425; VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 120; ROSSI, s. 73; BELTRANI, s. 108; DEMİRBAŞ, s. 399.

⁶²³ RAMACCI, s. 476-478; MORSELLI, **Note in tema di delitto tentato**, s. 97; MORSELLI, **Il tentativo**, s. 138; MORSELLI, **Condotta ed evento**, s. 60.

⁶²⁴ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 478.

⁶²⁵ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 478.

ortadan kalkmış olması bu hareketlerin iptal edilmesini veya yok sayılmasını sağlamaz⁶²⁶.

Tehlikesizlik teorisi, failin kötü niyetinin ortaya çıkması ve gönüllü vazgeçme ile bu niyetini yenmesi ve tehlikeli bir kişilik olmadığını ortaya koyması esasına dayandığından, teşebbüsün oluşması halinde de kötü niyetinin, tehlikeli bir kişilik olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Ancak teşebbüs halinde, böyle bir husus aranmamaktadır. Bu nedenle bu teori, suç siyaseti ile birlikte dikkate alınabilir⁶²⁷.

Gönüllü vazgeçmenin teşebbüs bakımından bozucu bir şart olduğu teorisi de kabul edilemez. Eğer bu durum, teşebbüsün bozucu bir şartı olarak nitelendirilirse, esasen teşebbüsün cezalandırılması gerektiği fikrinin de kabul edilmesini gerektirir. Teşebbüs şeklinde ortaya çıkan bir durum yoksa, onu bozan bir şartın varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, teşebbüsten bahsedilemiyorsa, onun olumsuz talîki bir şartından söz etmek kabul edilemez⁶²⁸.

Gönüllü vazgeçmenin, icra hareketlerinin dış bir nedenle tamamlanamaması ihtimalini ortadan kaldırması ve bu nedenle teşebbüsün hukukî bir unsuru olduğu düşüncesi de kabul edilebilir değildir. İcra hareketlerinin failin iradesi haricinde bir nedenle tamamlanamaması teşebbüsün maddî negatif unsurunu oluşturmaktadır, vazgeçme gerçekleştiği takdirde icra hareketleri dış bir nedenle kesilemeyeceğinden, maddî bir hareket yapılmasına rağmen teşebbüs gerçekleşmediği iddiasının ortaya

⁶²⁶ ERRA, s. 768; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 694.

⁶²⁷ ERRA, s. 767-768; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 693-694.

⁶²⁸ ERRA, s. 768; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 694.

atılması doğru değildir. Suçun unsurları arasında, icra hareketlerinin failin iradesi dışındaki bir nedenle tamamlanaması yer almamaktadır⁶²⁹.

Doktrindeki baskın görüş, gönüllü vazgeçme halinde ceza verilmemesinin esasını suç siyasetine dayandırmaktadır. Bu teorinin doğruluğunun esası, ancak teşebbüsün gönüllü vazgeçme halinde de cezalandırılabilmesinin ortaya konulması ile ispatlanabilir. ERRA, bu hususu bir örnekle açıklamaya çalışmıştır. Hırsızlık amacıyla, merdiveni bir evin duvarına dayayan, buna çıkan ve pencere camını kıran bir kimsenin yaptığı hareketler, amacına yöneliktir. Ancak, fail hareketlerine devam etme imkânına sahip iken, merdivenden inip, herşeyi terk ediyor. Failin vazgeçmesi veya devam edememesi, ister yaptığı hareketin kötülüğünü anlamasından, isterse ordan geçen birinin kendisini görmesinden ve bunu etrafa yaymasından olsun, bu ana kadar yapılan hareketler arasında cezalandırılabilir teşebbüsün gerektirdiği unsurlar bakımından bir fark yoktur. Teşebbüs için failin kastının yönelik olduğu elverişli hareketler vazgeçme veya devam edememe anına kadar her iki durumda da mevcuttur. İşte bu anda farklılık ortaya çıkmaktadır. Birinde fail iradi olarak, diğerinde ise iradesi dışındaki bir nedenle suçu tamamlama(ma)mamaktadır⁶³⁰.

Yukarıdaki örnekle, teşebbüsün gönüllü vazgeçme halinde de cezalandırılabilmesi, ancak suç siyaseti gereğince failin işlenmek istenen suçtan dolayı sorumluluğu olmayacağı fikri güçlendirilmek istenmiştir.

Gerçekten de fail, gerçekleştirdiği takdirde cezaî bir yaptırım gerektiren fiilin icraî hareketlerinden, baştaki suç işleme iradesinin aksine bir kararla vazgeçmektedir. Suç siyaseti açısından doğru olan da, vazgeçenin

⁶²⁹ ERRA, s. 768; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 695.

⁶³⁰ ERRA, s. 767; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 693.

cezalandırılmamasıdır. Bunun nedeni, eğer vazgeçmenin cezaya hiç etkisi olmazsa, faili suçtan döndürecek bir etken de kalmaz. Suç işlemek için icraya başlamış olan fail, nasıl olsa ceza alacağı düşüncesiyle, vazgeçmeyerek suçu tamamlar. Zira asıl amaç da, mümkün olduğu kadar suçların işlenmesinin önüne geçmektir. Bu nedenle, fail açısından vazgeçmeyi cazip kılmak gerekir⁶³¹.

Gönüllü vazgeçme halinde ceza verilmemesini destekleyen bir husus da, pozitif hukuktan çıkarılmaktadır. Teşebbüs durumunda, fail tarafından gerçekleştirilen hareketler normla korunan hukukî değer üzerinde bir tehlike oluşturmaktadır⁶³². Ancak failin hareketinden iradi olarak vazgeçtiği an önemlidir. Henüz icra hareketleri tamamlanmadan vazgeçme halinde, hukukî değer bakımından icra hareketleri sonrası pişmanlığa nazaran büyük bir tehlike söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle gönüllü vazgeçme halinde faile ceza vermemek kurumun niteliği gereğidir.

Gönüllü vazgeçmede cezasızlık, şartsız değildir. Failin, vazgeçme anına kadar yapmış olduğu hareketler farklı bir suça vücut veriyorsa, bu suçtan dolayı sorumluluğu söz konusu olur⁶³³. Çünkü gerçekleşen hareketler ile bir suç ortaya çıkmışsa, bunun cezalandırılması adalet gereğidir. Bu bağlamda, failin iradesi işlemek istediği suça yöneliktir ve gerçekleştirdiği hareketler de bu doğrultudadır. Ancak failin gönüllü olarak bu iradesinden vazgeçmesi anına kadar, zaten başka bir

⁶³¹ ERRA, s. 769; ERRA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 696; DE SIMONE, s. 30; TANER, s. 272; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 478.

⁶³² ÖNDER, s. 385; İÇEL ve diğerleri, s. 301.

⁶³³ ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 441; SABATINI, s. 280.

suça vücut veren gerekli ve yeterli unsurlar oluşmuştur⁶³⁴. Bu suç, cürüm niteliğinde olabileceği gibi, kabahat de olabilir. Gerçekten de, failin iradesiyle vazgeçmesinden önce tamamlanmış olan hareketler, kabahat nevinden bir suça vücut verebilirler⁶³⁵.

Yargıtayın da konuyla ilgili olarak, failin gönüllü vazgeçmesi durumunda işlemek isediği suçtan dolayı değil, tamamlanan kısmın başka bir suça vücut vermesi halinde, bu suçtan dolayı faili sorumlu tuttuğu kararları mevcuttur⁶³⁶.

ccc. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçmenin hukukî niteliği konusundan benimsenen anlayış, iştirak halinde işlenen suçlarda faillerden birinin vazgeçmesinin diğer ortaklara sirayet edip etmeyeceğini etkilemektedir⁶³⁷.

Ancak, herşeyden önce ortakların sorumlu tutulabilmeleri için, faillerden birinin en azından teşebbüs derecesinde kalmış bir suçu işlemesi gerekir. Şayet

⁶³⁴ SECHI, Orazio, “In tema di desistenza volontaria”, Il Foro It., Vol. II, 1941, s. 211; VANNINI, **Parte generale**, s. 233.

⁶³⁵ MAGGIORE, s. 453.

⁶³⁶ **Y.C.G.K., 210. 1996, 5/167-187**: “...mağdure ile sanık bir süre nişanlı kalmışlar, bilahare geçimsizlik nedeniyle aralarındaki nişan bozulmuştur. Olay gecesi saat 04:00 sularında mağdurenin evine ve yatak odasına giren sanık, mağdureyi uyandırarak (seninle konuşmak istiyorum, beni istiyorum) demiş, onun da (istemiyorum, buradan git) demesi üzerine kolunu bırakmış, mağdure de yataktan kalkıp alt katta uyuyan annesinin yanına gitmiştir. Arkasından alt kata inen sanığa, mağdurenin annesinin (burada ne arıyorsun, nereden girdin) demesi üzerine, (girmek sorun değil) diyen sanık kapıdan çıkıp gitmiştir. Bu oluşa göre, sanığın zorla kaçırma kastıyla başladığı eyleminden olayda kabul edilebilir engel bir sebep bulunmadığı halde, mağdurenin gitmek istemediğini söylemesi nedeniyle kendi ihtiyariyle vazgeçip evi terkettiği anlaşılmaktadır. Saptanan bu olguya göre, sanığın, kız kaçırmaya eksik kalkışma suçundan değil, esasen tamamlanmış bulunan ve mağdurenin kolundan tutmaktan ibaret ve yukardaki tarife uygun sarkıntılık suçundan dolayı cezalandırılması gerekir”. MALKOÇ, s. 619.

⁶³⁷ DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 445.

faillerin biri, böyle bir suçun icrasına başlamamışsa, ortada cezalandırılacak bir hareket yoktur⁶³⁸.

Esas sorun, faillerden birinin gönüllü vazgeçmesi halinde, vazgeçmenin hukukî niteliğinin ne olduğudur. Bir başka ifadeyle, iştirak halinde işlenen bir suçta, vazgeçen failin bu hareketinin, diğer faillere nazaran nasıl değerlendirileceği, bu konudaki temel sorunu ortaya koymaktadır⁶³⁹. İştirak halinde işlenen suçlarda, hareket kavramı da suç ortaklarının fail, azmettiren veya yardımcı fail konumunda olmasına göre farklılık arz etmektedir⁶⁴⁰.

Failin hareketi, tek faille işlenmesi mümkün suç tiplerinde öngörülen sonucun gerçekleşmesini sağlayan; yardım eden failin hareketi ise, tipik ihlalin oluşmasına katkı koyan davranıştır⁶⁴¹.

Daha öncede ifade edildiği üzere, vazgeçmenin hukukî niteliğine ilişkin olarak benimsenen görüş, birlikte suç işlemeye başlayan ve icra hareketlerini iradi olarak tamamlamayan faillerin de sorumluluklarını etkilemektedir. Bu bağlamda, önceden yapılan hareketlerin yok sayıldığı ve teşebbüs derecesinde kalan bir suçun var olmadığı kabul ediliyorsa, ne faillerin ne de yardım edenlerin cezalandırılması mümkün değildir⁶⁴².

⁶³⁸ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 445.

⁶³⁹ DE SIMONE, s. 31.

⁶⁴⁰ VIOLANTE, Luciano, “Sulla struttura dell’atto di desistenza del concorrente”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1968, s. 846.

⁶⁴¹ VIOLANTE, s. 846.

⁶⁴² DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 445-446.

Ancak suç siyaseti anlayışı kabul edilirse, bunun en önemli sonucu, failin vazgeçmesi halinde diğer ortakların sorumluluğunun devam etmesidir. Vazgeçme halinde failin cezalandırılmaması, ortada teşebbüs derecesinde kalan bir suçun varlığının olmadığı anlamına gelmemektedir. Kanunun gönüllü vazgeçen kimseyi cezalandırmamasının sebebi, tamamen suç siyaseti düşüncelerine dayanmaktadır. Fail icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçtiği anda, önceden yapmış olduğu hareketler yok sayılmamaktadır. Gerçekten de, kanun koyucu o ana kadar yapılan hareketleri hiç olmamış gibi nitelendirecek olsaydı, icra hareketlerinin o kısmının esasen bir suç teşkil etmesi halinde, failin bu kısma ait ceza ile cezalandırılacağını açık bir hükümlerle belirtme ihtiyacı duymazdı. O halde, vazgeçme sadece vazgeçen fail lehine cezasızlık sonucu doğurmaktadır⁶⁴³. Daha açık ifadeyle, gönüllü vazgeçme, faile cezadan muafiyet tanıyan şahsi bir kurumdur. Ortakların işlemeyi kastettikleri teşebbüs derecesinde kalan suçtan dolayı cezaî sorumlulukları devam edecektir⁶⁴⁴.

Fail, kendi iradesini açıklamakta serbesttir, ancak, iradesini harekete geçirerek kanunda yer alan nedenleri gerçekleştirdiği zaman, bunun sonuçlarını da kabul eder. O halde, fail, suçun icrasında diğer failerle işbirliği yapmış veya kasıtlı olarak işbirliği içinde ise, daha sonra amacını değiştirip diğer suç ortakları tarafından gerçekleştirilen hareketlerden vazgeçebilir. Suçu gerçekleştiren failerden birinin maddî ve manevî nitelikte olabilen hareketinden vazgeçmesi halinde, bu irade yalnızca vazgeçen faile aittir. Vazgeçme iradesi, failin hareketini nedensel süreçte yer alan diğer failerin hareketlerinden ayırmak için yeterli değildir. İştirak halinde

⁶⁴³ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 446.

⁶⁴⁴ BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 541; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 570; BETTIOL – MANTOVANI, s. 630; ROMANO-DI FALCO, s.149.

işlenen suçlarda, suça katılanlar aslî fail, azmettiren ve yardım eden konumunda olabilirler. Yardım eden fail, suç işlemeye teşvik eden veya suç işleme kararını kuvvetlendiren ya da fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden, ayrıca suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösteren, kullanılacak araçları sağlayan veya suç öncesi veya suçun işlenmesi sırasında yardım eden kişidir. Yardım eden failin vazgeçmesi halinde, cezasızlıktan yararlanabilmesi için ancak suç işleme kararının gerçekleştirilmesini engellemesi gerekmektedir. Diğer yandan, suçu birlikte gerçekleştiren faillerden herhangi birinin vazgeçmesi halinde ise, sadece vazgeçen fail cezasızlıktan yararlanacaktır. Aslî fail, icra hareketini durdurmayı başarsa da başarmasa da, gönüllü vazgeçmiş sayılacaktır. Bunun nedeni, failin suçun kanunî tanımında yer alan fiili diğer ortaklarla birlikte işleyenlerden biri olmasıdır. Oysa ki, yardım eden fail, aslî faille birlikte bilfiil suçu işleyen konumunda değildir. Bu nedenle, yardım eden failin yalnızca vazgeçmesi yeterli değil, ayrıca icra hareketlerini de engellemesi gerekir⁶⁴⁵.

Bundan başka, kastın yoğunluğunda meydana gelen değişikliğin (zayıflığın) ancak vazgeçmeye karar veren faili etkileyebileceği fikriyle konuyu ele alan yazarlar da vardır. Bunlara göre, gönüllü vazgeçme, hareketin şekline ilişkin objektif bir koşul değildir, bilakis kastın yoğunluğuna ilişkin subjektif bir koşuldur. Bu nedenle gönüllü vazgeçen failin bu iradesi suç ortaklarına sirayet etmemektedir. İştirak edilen suçun tekliği ile faileri bu suçu işlemeye iten ortak kast, gönüllü vazgeçme bakımından her fail (iştirak eden) için farklı değerlendirilmelidir⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ DE SIMONE, s. 32-33; BELTRANI, s. 115 vd.

⁶⁴⁶ VELOTTI, s. 135; DE MARSICO, s. 221; BATTAGLINI, **Parte generale**, s. 437-438.

DÖNMEZER – ERMAN'a göre, kanunumuz ceza siyaseti düşüncelerini daha üstün tutmaktadır. Vazgeçen fail cezalandırılmamaktadır ancak teşebbüs durumu hukuken varlığını sürdürmektedir. O halde, failin icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi, diğer ortakların cezalandırılmalarına engel değildir⁶⁴⁷.

Bu konuya farklı bakış açısıyla yaklaşan yazarlar vardır. Bunlar, fiilin tekliği ilkesinden hareket ederek, vazgeçen failin cezasız kalamayacağını, aynı fiilin farklı şekillerde değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Birden çok failin, ortak bir suç işleme iradesiyle ortaya koyduğu icraî hareketler, ayrı ayrı her birine veya tümüne ait olmasına rağmen, bütün ortaklar için tektir. Daha açık bir anlatımla, gerçekleştirilen suç her bir failin, kişiliğinin ve faaliyetinin katkısı ile ortaya çıkmış kolektif ve bölünmez bir suçtur. Her bir fail bu hareketlerin bir kısmını gerçekleştirmesine rağmen, ortak bir irade sonucunda kolektif ve bölünmez nitelikte bir suç işlenmek istenmektedir. Bir başka ifadeyle, her bir iştirakçinin irade ve hareketi, nedensel sürecin bir parçasıdır. Gerçekten de, failin vazgeçme iradesini dış dünyaya yansıtmadan önceki ana kadar gerçekleştirdiği hareketler, sonuca yönelen nedensel sürecin içerisindedir ve diğer faillerin hareketleri ile eşit değere sahiptir. Bu nedenle, tek bir failin icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi, tüm hareketi durdurmaya yeterli olmamaktadır. Hareket, yalnızca vazgeçen faile değil, tüm faillere aittir. Bu nedenle, bir fiil ya teşebbüs aşamasına varmadan iradi olarak yarıda bırakılır ya da tamamlanır. Aynı fiilin, faillerden biri için teşebbüs aşamasında

⁶⁴⁷ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 446.

gönüllü vazgeçme, diğer failer için tamamlanmış suç hükümlerine göre değerlendirilmesi, fiilin tekliği ilkesi ile ters düşmektedir⁶⁴⁸.

Suçu doğrudan işleyen fail, icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçme iradesini somut olarak ortaya koymakla, bu kurumdan yararlanır. Esasen nedensel süreci oluşturan, suçu doğrudan işleyen failin hareketidir. Bu bağlamda, failin gönüllü vazgeçmesi için, icra hareketlerini iradesi ile yarıda bırakması yeterlidir⁶⁴⁹.

Ancak, aslî fail ile yardımcı failin vazgeçme iradelerini somutlaştırmaları birbirinden farklıdır. Şöyle ki, yardımcı fail konumunda olan suç ortaklarının gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanabilmesi için, icra hareketlerini tamamlamama kararını vermesi yeterli değildir. Ayrıca, iştirak için yeterli ve gerekli yardım hareketi tamamlanmadan önce, failin hareketinin nedensel değerini de ortadan kaldırması gerekmektedir⁶⁵⁰.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "*İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme*" başlığı altında bu konu düzenlenmiştir. TCK. md. 41'e göre "*(1) 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.*"

Bu hükümden şu sonuçlar çıkmaktadır:

⁶⁴⁸ DE SIMONE, s. 31-31, s. 34.

⁶⁴⁹ VIOLANTE, s. 847.

⁶⁵⁰ VIOLANTE, s. 847; VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 130.

- Suç teşkil eden hareketi fiilen işleyen fail gönüllü olarak vazgeçse dahi, diğer ortakların sorumluluğu devam edecektir. Bu nedenle, gönüllü vazgeçen fail suç siyaseti gereğince cezalandırılmayacak, ancak sorumlulukları devam eden ortaklar teşebbüsten cezalandırılacaktır⁶⁵¹. Aynı şekilde azmettirilen konumunda olan failin, icra hareketlerini iradi olarak tamamlamaktan vazgeçmesi halinde de, işlenmek istenen suçtan sorumsuzluğu söz konusu olur⁶⁵².

- Azmettiren failin gönüllü vazgeçmesi durumunda, azmettirenin suçu işlettiği faili icra hareketlerine devam etmekten vazgeçirmesi ve onda oluşan suç işleme kararını ortadan kaldırması gerekmektedir. Azmettirenin çabasına rağmen failin icra hareketlerini devam ettirmesi halinde, azmettiren fail yetkili mercilere durumu bildirmeli ve icra hareketlerinin tamamlanmasına engel olmalıdır⁶⁵³. Azmettirilen konumundaki failin icra hareketlerini tamamlamaktan iradesi ile vazgeçmesi ancak azmettirenin cürmî niyetinde ısrar etmesi halinde de, azmettirenin işlenmek istenen suça teşebbüsten sorumluluğu kabul edilir. Azmettirenin suç işleme niyeti, icraya başladıktan sonra iradesi dışından bir nedenle tamamlanamamaktadır⁶⁵⁴.

- Yardımcı failin gönüllü olarak vazgeçmesi halinde ise, hareketinin nedensel değerini ortadan kaldırması ve icra hareketlerinin tamamlanmasını engelleyen

⁶⁵¹ ÖNDER, s. 405-406; ERA, s. 960-961; ERA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 718; SOYASLAN, s. 127-128; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 481.

⁶⁵² ERA, s. 961; ERA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 718.

⁶⁵³ ÖNDER, s. 405-406; SOYASLAN, s. 128; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 481.

⁶⁵⁴ ERA, s. 961; ERA (Çev: SAHİR ERMAN), s. 718.

hareketleri yapması gerekmektedir⁶⁵⁵. Yardımcı fail, suçun işlenmesine ikinci derecede katkı koymaktadır. Kanunda yardım etme şekilleri düzenlenmiştir. Fail, suç işlemeye teşvik edebilir, suç işleme kararını kuvvetlendirebilir, fiilin işlenmesinden sonra yardım vaadinde bulunabilir, suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösterebilir, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayabilir ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunabilir. Yardımcı fail, ister kendi iradesi ile, isterse dış bir nedenle icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçsin, gönüllü vazgeçmiş sayılır ve işlenmek istenen suçtan dolayı herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz⁶⁵⁶.

b. Suçun Oluşumu İçin Gerekli Sonucun Gerçekleşmemesi

Tamamlanmış ancak sonucun eksik kaldığı durumlarda, suçun oluşmamasına, ya failin iradesi dışındaki bir neden sebep olmaktadır ya da fail kendi iradesiyle engel olmaktadır. Birinci ipotez teşebbüs durumuna, ikinci ipotez ise kanunun deyiimiyle gönüllü vazgeçmeye vücut vermektedir⁶⁵⁷. Ancak, bu ipotezleri incelemeye geçmeden önce, “sonuç” kavramı üzerinde durmakta yarar görüyoruz.

aa. Genel olarak Sonuç

Sonuç, iki anlayış doğrultusunda farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bunlardan ilki doğalcı anlayıştır. Sonuç, hareket tarafından meydana getirilen ve dış dünyada yaratılan değişikliktir. Dış dünyada somutlaşan bu değişiklik, insan

⁶⁵⁵ MARINI, *Elementi di diritto penale*, s. 273; ÖNDER, s. 405-406; SOYASLAN, s. 122-128; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 481.

⁶⁵⁶ CARPEGIANI, Gianluigi, “Desistenza volontaria e recesso attivo del concorrente non esecutore”, Riv. Pen., A. CIII, 1977, s. 362; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 529 vd.

⁶⁵⁷ VANNINI, *Parte generale*, s. 233.

hareketinden kaynaklanmalıdır. Hareketle arasında nedensellik bağı bulunmayan sonucun hukuken bir önemi yoktur. Ancak insan hareketinden doğan her türlü değişiklik değil, hukuk düzeninin cezaî yaptırım bağladığı doğal değişiklikler “sonuç” olarak adlandırılmaktadır. O halde, sonuç, hareketin doğal bir etkisidir, icraî veya ihmalî bir hareketten doğan olaydır⁶⁵⁸.

Doğalcı anlayış, sonucu, hareketten ayrı ancak ona nedensellik bağıyla bağlı dış dünyada gerçekleşen bir değişiklik olarak kabul etmektedir. Dış değişiklik, fiziki, fizyolojik veya psikolojik etki şeklinde somutlaşabilir⁶⁵⁹.

Sonucu hukukî açıdan tanımlayan “hukukî anlayış” a göre; sonuç, hareketin ihlal edici etkisi, bir başka ifadeyle norm tarafından korunan menfaatin zarar görmesi veya tehlikeye düşürülmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu anlayış bakımından önemli olan, kanunî tarifte yer alan ve hukukî bir değer taşıyan ihlaldir⁶⁶⁰. Hukukî anlamda sonuç anlayışının kabul edilmesi ile, hareket ve korunan menfaatin ihlali arasında mantıkî bir nedensellik bağı belirlenmesi mümkündür. Bu nedenle, sırf hareket suçları ve sonuç suçları ayırımı yapmak gereksiz ve anlamsızdır⁶⁶¹.

Doğal anlamda sonuç anlayışını kabul etmekle, suçun kurucu bir unsuru sayılan sonucun, her suçta bulunması gerektiği ileri sürülemez. Bunun nedeni, kanunun bazı suçların varlığı için, yalnızca hareketin yapılmasını yeterli görmesi, ayrıca dış dünyada bir değişiklik meydana getirmesini aramamasıdır. Bu anlamda,

⁶⁵⁸ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 199; ADORNATO, s. 58; TOROSLU, **Genel kısım**, s. 121; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 380.

⁶⁵⁹ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 199; NEPPI-MODONA, **Il reato impossibile 1973**, s. 88-89.

⁶⁶⁰ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 201-202; Görüşü savunanlar için bkz. NEPPI-MODONA, **Il reato impossibile 1973**, s. 94; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 381.

⁶⁶¹ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 122-123.

sonuçsuz suçların da olabileceğini kabul etmek gerekir⁶⁶². Buna karşılık, her suçun bir sonucu olduğunu, bunun bazen harekete bitişik, bazen de hareketten ayrı olarak doğal dünyada somutlaştığını ileri süren yazarlar vardır. Bu görüşe göre, sonucu harekete bitişik olan suçlara “neticesi harekete bitişik suçlar” (sonuçsuz suçların da varlığını kabul eden görüşe göre sırf hareket suçları); sonucu hareketten ayrı olan suçlara “neticesi hareketten ayrı” (sonuçlu suçlar) da denilmektedir⁶⁶³.

Ancak bazı kurumlar açısından (örneğin nedensellik ilişkisi, suça teşebbüs, ihmal suretiyle icra suçları) sonucun doğal anlayışını kabul etmek zorunluluğu doğmaktadır⁶⁶⁴.

Sonuç açısından suçları bir takım ayırımlara tabi tutmak mümkündür. İlk olarak şekli (sırf hareket suçları-neticesi harekete bitişik suçlar) ve maddî (sonuçlu suçlar-neticesi hareketten ayrı suçlar) suçlar; ikinci olarak zarar ve tehlike suçları ayırımı gündeme gelmektedir⁶⁶⁵.

Şekli suçlarda, icraî veya ihmalî bir hareketin yapılması yeterlidir. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal (YTCK. md. 116), ceza infaz kurumundan kaçma (YTCK. md. 292) tipik şekli suçlardandır. Maddî suçlarda ise, hareketten doğan doğal bir değişiklik mevcuttur. Yaralama (YTCK. md. 86), adam öldürme (YTCK. md. 81), mala zarar verme (YTCK. md. 151) gibi suçlarda maddî suçlara örnektir⁶⁶⁶.

⁶⁶² TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 123.

⁶⁶³ KUNTER, **Maddî Unsurlar**, s. 104; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 384.

⁶⁶⁴ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 123-124.

⁶⁶⁵ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 123-124.

⁶⁶⁶ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 123-124.

Sonuç bakımından yapılan bir ayırım da zarar – tehlike suçu ayırımıdır. Bu ayırım korunan menfaate verilen ihlalle ilgilidir. Kanun koyucu bazı suçların tamamlanması bakımından korunan menfaatin tahrip edilmesini veya değerinin azaltılmasını; bazı suçların tamamlanması içinse korunan menfaatin tehdit edilmesini yeterli görmektedir. İlk hipotez zarar suçlarını, ikinci ise tehlike suçlarını oluşturmaktadır. Tipik zarar suçu adam öldürme suçudur. Tehlike suçlarına örnek olarak ise, hayvanı tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakma suçu verilebilir (YTCK. md. 177)⁶⁶⁷.

bb. Failin Elinde Olmayan Nedenlerle Sonucun Gerçekleşmemesi

Teşebbüsün ikinci şekli, icra hareketlerinin tamamlanıp, sonucun gerçekleşmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Ancak sonucun meydana gelmemesi, failin iradesi dışında bir nedenden ileri gelmelidir. Bir başka ifadeyle, fail, suçu oluşturan tüm hareketleri tamamlamasına rağmen, kendi iradesinden bağımsız bir nedenle işlemek istediği sonuca ulaşamamaktadır⁶⁶⁸. Zira fail, kendi iradesi ile de sonucun gerçekleşmesini önleyebilir, bu durum doktrinde “aktif pişmanlık”⁶⁶⁹ (kanunun deyimiyle icra hareketleri sonrası gönüllü vazgeçme) diye adlandırılan başka bir kuruma vücut vermektedir.

Hareketlerin tamamlanmasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi, Eski TCK.’da “tam teşebbüs” olarak düzenlenen duruma karşılık gelmektedir. 5237 sayılı Kanunla eksik – tam teşebbüs ayırımı terkedilmiştir. Yeni kanunda bu ayırımı yer verilmemesi, uygulamada ortaya çıkan sıkıntılar açısından yerinde bir düzenleme

⁶⁶⁷ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 124.

⁶⁶⁸ CAVALLO, **Parte generale**, s. 745; VANNINI, **Parte generale**, s. 233.

⁶⁶⁹ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 439; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 541; VANNINI, **II problema giuridico**, s. 119 vd.; MANTOVANI, s. 431 vd.; PANNAIN, s. 469.

olmuştur. Ancak kanun koyucunun bu düzenlemeyi yürürlükten kaldırma gerekçesini, tamamen yanlış ipotezler üzerine oluşturduğunu daha önce tartıştıımızdan, burada bu hususu sadece belirtmekle yetineceğiz.

Bununla birlikte, 5237 sayılı Kanununun 35. maddesinde failin “elinde olmayan nedenlerle” suçu tamamlayamamasına yer verilmiştir. Her ne kadar eksik – tam teşebbüs ayırımı terkedilmiş olsa da, teşebbüsün ikinci ortaya çıkış ipotezi icra hareketlerinin tamamlanıp sonucun failin iradesi dışında bir nedenle gerçekleşmemesi durumudur.

Bu şekilde ortaya çıkan teşebbüs, icraya başladıktan sonra hareketlerin tamamlanamamasından daha ileri bir aşamada suç yolunun yarıda kesilmesini gerektirmektedir. Kuşkusuz ki, tüm bu ipotezler, maddede de açıkça ifade edildiği gibi failin iradesi dışındaki bir etkenin suç yolunu kesmesi üzerine kurulmuştur⁶⁷⁰. Örneğin, düşmanını öldürmek amacıyla dolu bir tüfekle yolda pusu kurup bekleyen fail, mağdurun geçişi sırasında nişan alır ve ona doğru ateş ederse, icra hareketlerini tamamlamıştır. Ancak ateş ettiği esnada kolunun dengesinin bozulması veya mağdurun aniden hareket etmesi sonucunda atış hedefi bulmayabilir. İşte bu durumda, icra hareketleri tamamlanmış ancak sonucu gerçekleşmemiş adam öldürmeye teşebbüs söz konusudur⁶⁷¹.

Eksik suç diye adlandırılan söz konusu teşebbüs ipotezi, ancak maddî suçlarda mümkün olabilmektedir. Şöyle ki, maddî suçlarda, yer ve zamansal olarak birbirinden ayrılabilen iki unsurun mutlaka bulunması zorunludur. Bunlar hareket ve sonuçtur. Şüphesiz iki unsuru birbirine bağlayan nedensellik bağının mevcudiyeti de

⁶⁷⁰ CAVALLO, **Parte generale**, s. 745.

⁶⁷¹ CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 76.

gerekir. Ancak, tam teşebbüs ipotezinde, suçun içeriğinde bulunması zorunlu olan ilk unsurla ilgilidir ki, bu da icra hareketlerinin tamamlanması olarak açıklanabilir⁶⁷². İşte, icra hareketlerinin tamamlanması ile sonucun gerçekleşmesi arasına failin iradesi dışındaki bir neden girebilir ve suç yolu kesilebilir. Bu durum da teşebbüs haline vücut verir.

Yargıtay'ın, failin iradesi dışındaki bir nedenle sonucun gerçekleşmemesi konusunda kararları çelişkilidir. Bazı kararlarında icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmadığı konusunda, bazılarında ise icra hareketlerinin tamamlanıp sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesinde hatalı değerlendirilmede bulunarak farklı kararlar vermiştir⁶⁷³.

⁶⁷² VANNINI, *Delitto mancato*, s. 621.

⁶⁷³ Yargıtay'ın icra hareketlerinin tamamlanıp tam teşebbüs derecesinde kalan suçlara ilişkin verdiği kararlara örnek;

6. CD., T. 2.5.2003, 15110-28291: “Sanığın çaldığı sigara ile birlikte kesintisiz takip olmadan yakalandığının anlaşılması karşısında, suçun tamamlandığı gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması,....” EROL, s. 204.

6. CD., T. 23.12.2003, 20277-10330: “Sanığın suça konu deterjanları kendi aracına yükledikten sonra henüz olay yerinden ayrılmadan, ihbar üzerine hırsızlığı öğrenip olay yerine gelen kolluk görevlilerince yakalandığının anlaşılması karşısında, eylemin (tam) kalkışma aşamasında kaldığının gözetilmemesi,.....” EROL, s. 206.

1. CD., T. 1.6.2001, 2728/2496: “Sanığın tabanca ile mağdura ateş ederek yaralama suçu için zorunlu hareketleri tamamlamasına; merminin mağdura isabet etmemesinin yaralama sonucunun husule gelmemesinin failin iradesi dışında kalmasına göre eyleminin yaralamaya tam teşebbüs derecesinde kaldığı nazara alınmadan eksik teşebbüs kabulü suretiyle TCK.456/4, 62. maddeleri yerine yazılı maddelerle hükümlülüğüne karar verilmesi aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi kabul edilmemiştir”. MALKOÇ, s. 630.

11. CD., T. 16.10.2001, 8959/9474: “Sanığın cebine koyduğu suça konu mallarla dükkanın dışına çıktıktan sonra yakalandığının anlaşılması karşısında, icraî hareketlerin tamamlanmış olması nedeniyle suçun tam teşebbüs aşamasına ulaştığı gözetilmeden, eksik teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü ile eksik ceza tayini...” MALKOÇ, s. 648.

11. CD., T. 18.1.2000, 4415/4537: “Suça konu elbiseleri buldukları yerden alıp üzerindeki giysilerin altına saklayarak, mağazadan çıkmak üzere iken yakalanan sanık Cihanşir'in suçunun tam teşebbüs aşamasına ulaştığı gözetilmeden, eksik teşebbüs kabul edilerek noksan ceza tayini...” MALKOÇ, s. 650.

11. CD., T. 02.10.2000, 3939/4109: “Sanığın suça konu kasedi çaldıktan sonra dükkandan çıkmak isterken yakalandığı kabul edilmiş olmasına göre suçun tam teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi...” MALKOÇ, s. 650.

6. CD., T. 07.11.2000, 7825/7696: “Çaldığı eşyalarla olay yerinde yakalanan sanığın eyleminin tam teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmemesi...” MALKOÇ, s. 650.

11. CD., T. 19.04.2000, 1110/1464: “Suça konu paraları çekmeden alıp dükkan içinde yakalanan sanığın eyleminin suça tam teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlanmış suç olarak kabul edilmesi...” MALKOÇ, s. 651.

11. CD., T. 11.05.2000, 1636/2097: “Suça konu parayı yakalanacağını anlayınca aynı odada bulunan çekyatın altına sakladığı oluştaya uygun kabulden anlaşılan sanığın suçunun tam teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden...” MALKOÇ, s. 651.

6. CD., T. 07.03.2000, 1026/1515: “...Sanığın müdahil E.A'ya yönelik eyleminde, suça konu eşyaların götürülmek üzere işyerinin kapısı önüne bırakıldığında yakalanmış olması karşısında eyleminin tam teşebbüs aşamasına ulaştığı gözetilmeden eksik teşebbüs kabulü...” MALKOÇ, s. 651.

2. CD., T. 9.3.1993, 2042/3035: “Sanığın bıçağı kendisine savurduğunu, sakınca bıçağın kendisine değmediğini ifade etmesi karşısında eylemini yaralamaya tam teşebbüs niteliğinde olduğunun gözetilmemesi...” MALKOÇ, s. 645.

6. CD., T. 16.4.1993, 2453/3749: “Sanığın suça konu ayakkabılar ile dükkandan çıkmadan fark edilerek yakalanmış olmasına göre eyleminin tam kalkışma aşamasında kaldığı...” MALKOÇ, s. 642 dn. 99.

2. CD., T. 9.2.1993, 470/1476: “Bıçağın mağdurun pantolonunun kemerine isabet ettiği kabul edildiği halde eylemin bıçakla yaralamaya tam teşebbüs niteliğinde olduğu gözetilmeden eksik teşebbüs kabulü ile TCY.'nin 62. maddesi yerine 61. maddesi hükmünün uygulanması bozmayı gerektirmiş.” MALKOÇ, s. 644.

6. CD., T. 5.5.1993, 2965/4215: “Sanığın poşete koyup dükkandan çıkardığı malları, müşteki tarafından görülmesi üzerine ilerde bırakıp kaçtığına göre, eylemin tam teşebbüs aşamasında kaldığının düşünülmemesi...” MALKOÇ, s. 642, dn. 98.

Yargıtay'ın icra hareketlerinin tamamlandığı ancak sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğine dair verdiği çelişkili kararlara örnek;

6. CD., T. 26.2.2004, 22688-1891: “Sanığın çaldığı paraları benzin istasyonunun arkasındaki hurdaliğe sakladığı ve ertesi gün suçu ikrar edip iadeyi sağladığı anlaşılma ile eylem tamamlandığı halde (tam) teşebbüsten hüküm kurulması,....” EROL, s. 199.

11. CD., T. 17.04.2000, 914/1409: “Sanığın suça konu teybi çalıp beraberinde götürdükten sonra 2 km mesafede bulunan başka bir araçtan hırsızlık yapmaya kalkıştığı sırada yakalandığı anlaşılmasına göre suçun tamamlanmadığı gözetilmeden tam kalkışma aşamasında kaldığından bahisle TCK.'nin 62. maddesi uyarınca cezadan indirim yapılması...” MALKOÇ, s. 651.

11. CD., T. 23.6.1999, E. 1999/4350, K. 1999/5618: “Pazar yerindeki tezgah önüne müşteki tarafından bırakılan çantanın çalındığının anlaşılıp kabul edilmesine rağmen,....oluştaya ve dosya içeriğine göre sanığın, kesintisiz takip sonucu yakalandığı anlaşılmasına göre suçun tam teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekirken, tamamlanmış suçtan hüküm kurulması...” YKD, C. 25, S. 12, Aralık 1999, s. 1710-1711

6. CD., T. 14.10.1999, E. 1999/5537, K. 1999/5744: “Özel belgede sahtecilik suçu “kullanma” ile oluşacağından suça konu belgelerin nerede, ne zaman, ne şekilde kullanıldığı karar yerinde açıklanıp, tartışılmadan yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi, kabule göre de;

cc. Failin Kendi İradesiyle Sonucun Gerçekleşmesini Önlemesi (Gönüllü Vazgeçme)

aaa. Genel Olarak

Kanunun ifadesiyle suç sonrası gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen, sonucun gerçekleşmesinin fail tarafından önlenmesidir⁶⁷⁴. Ancak kanunda yer alan bu kavram, doktrinde yerleşmiş tipik aktif pişmanlık kurumuna denk gelmektedir. Bu nedenle, hem bir kavram karmaşasına yol açmamak, hem de kavramı doğru ifade etmek çabasıyla, bu bölümde sonucun gerçekleşmesinin önlenmesine ilişkin gönüllü vazgeçme yerine aktif pişmanlık kavramını kullanacağız.

Fail, suçun tamamlanması için gerekli olan tüm icra hareketlerini tamamladıktan sonra, kendi iradesiyle sonucun gerçekleşmesini engellemektedir. Bu kurum “aktif pişmanlık” olarak adlandırılmaktadır⁶⁷⁵. Aktif pişmanlığın tanımı hususunda, doktrinde fikir birliği bulunmaktadır. Önemli olan icranın bitmesinden sonra failin sonucun gerçekleşmesine, kendi ihtiyarında olan sebeplerle engel olmasıdır⁶⁷⁶.

sahtecilik suçlarına ancak eksik derecede kalkışılacağı, tam kalkışmanın olanaklı bulunmadığının gözetilmemesi,.....” YKD, C. 25, S. 11, Kasım 1999, s. 1611.

6. CD., T. 25.09.1986, 4560/8379: “Sanığın malı almasından sonra aralıksız takip edilerek yakalanması halinde hırsızlığa tam teşebbüs vardır.” **C. I,** s. 1206.

6. CD., T. 27.08.1988, 6554/10132: “Sanıkların çalmak istedikleri mallar ile izlenerek yakalanması halinde hırsızlığa tam kalkışma vardır.” **C. I,** s. 1206.

⁶⁷⁴ VELOTTI, s. 135-136; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 439, s. 442; RANIERI, s. 364.

⁶⁷⁵ CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 86; SALTELLI – ROMANO-DI FALCO, s. 392-393; MARINUCCI – DOLCINI, s. 307; BELTRANI, s. 121.

⁶⁷⁶ VANNINI, **Parte generale**, s. 234; BAYRAKTAR, s. 122.

Gönüllü vazgeçme halinde, failin icra faaliyetlerini yarıda kesmesi, doğrudan harekete yönelik engelleme çabasının bir göstergesidir. Yine failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra pişmanlık duyması ve sonucu engellemeye çalışması, faaliyetin tümüne karşı ortaya koyduğu çabanın bir ürünüdür⁶⁷⁷. Bunun yanında, bu çabanın farklı zamanlarda ortaya çıkması, suç yolunda ilerleyen failin yoğunlaşan tehlikeliliğini ve esasen korunan menfaate verdiği ihlalin ciddiliğini de ortaya koymaktadır. Bir başka ifadeyle, icra hareketlerinin tamamlanmasını kriter alırsak, failin icra faaliyetlerine başlamakla tamamlanması sonrası tehlikeliliği, yoğunluk bakımından farklılık göstermekte, ayrıca normla korunan değere verdiği zarar da daha ciddi olmaktadır⁶⁷⁸. Gerçekten de, fail suçu gerçekleştirme kastında oldukça direnmiş, icra hareketlerinin tümünü tamamladıktan sonra etkisini durdurmaya karar vermiştir⁶⁷⁹. Bunun cezasız bırakılması mümkün değildir.

Teşebbüsün iki ipotez şeklinde oluşabileceğini ve ilk ipotezde failin icra hareketlerini tamamlamama iradesinin, gönüllü vazgeçme kurumu ile somutlaşabileceğini belirtmiştik. İkinci ipotez ise, tamamlanmış teşebbüs⁶⁸⁰ olarak ifade edilmektedir. Tamamlanmış teşebbüs, 765 sayılı Kanun'da yer alan tam teşebbüs ile aynı niteliktedir. Teşebbüsün söz konusu oluşum şekli ile aktif pişmanlık

⁶⁷⁷ MASSARI, **Le dottrine generale del diritto penale**, s. 181.

⁶⁷⁸ Aynı görüş için bkz. SANTANIELLO, s. 185; FLORA – TONINI, s. 129; SABATINI, s. 281; BELTRANI, s. 123; MANTOVANI, s. 432-433.

⁶⁷⁹ CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 87.

⁶⁸⁰ Tamamlanmamış (tentativo incompiuto – imperfetto) ve tamamlanmış teşebbüs (tentativo compiuto – perfetto) şeklinde yapılan ayırım, ilk kez Alman yazarlar tarafından kullanılmıştır. Bkz. ANTOLISEI, **Delitto mancato**, s. 343 vd.

kurumu birlikte değerlendirildiğinde, ancak failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra bu iradesini ortaya koyması mümkün olmaktadır⁶⁸¹.

Aktif pişmanlık kurumunda, icranın tamamlanmış olması önem arz etmektedir. Tamamlanmış olan icra hareketlerini, sonuç aşaması takip edecektir. İşte fail kendi iradesiyle sonucun meydana gelmesini engellemelidir. Bu durumda, failin tüm çabalarına rağmen sonuç gerçekleşirse tamamlanmış suçtan, sonuç gerçekleşmezse teşebbüs aşamasında kalan suç için öngörülen cezadan daha az bir ceza verilmesi gerekmektedir. Örneğin kişiyi öldürmek için nehre attıktan sonra onu kurtarması ya da bir kişiye zehir içirdikten sonra panzehir verilerek ölmesinin engellenmesi durumlarında failin aktif pişmanlığı söz konusudur⁶⁸².

Sonucun gerçekleşmesini önleme şeklinde somutlaşan aktif pişmanlık durumu, olumlu bir nitelik taşımaktadır. Yani failin yeni ve diğer hareketlerinden farklı bir faaliyette bulunması gerekmektedir. Fail, söz konusu hareketi, sonucu önlemek için icra etmelidir⁶⁸³. Örneğin bir kişiyi öldürmek için ateş eden ancak pişman olarak onu hastaneye götüren kişi, icra hareketleri sonucunda oluşacak olan ölümü engellemek için, başka bir icra hareketi yapmaktadır. Yine, kundaklama olayında yangın çıkaran kişinin bunu söndürmesi için, ikinci bir icra hareketinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁶⁸⁴. Örneğin failin ateşe verip yangın çıkmasına

⁶⁸¹ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 439; MANTOVANI, s. 433; PANNAIN, s. 454-455; MEZGER, s. 421; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 526; CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 88.

⁶⁸² ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 439, s. 441; PADOVANI, s. 366; PANNAIN, s. 469.

⁶⁸³ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 439; VANNINI, **Lineamenti di diritto penale**, s. 169-170; DELPINO, s. 401.

⁶⁸⁴ SALTELLI – ROMANO-DI FALCO, s. 393.

sebeup olması ancak pişman olup itfaiyeye haber vermesi, sonucu önlemesi bakımından gerçekleştirdiği icraî bir harekettir⁶⁸⁵.

Tekrar vurgulamak gerekirse, aktif pişmanlık kurumu ile ilgili olarak yapılan bu açıklamalar, olması gereken hukukî düzenlemeye ilişkindir. Kanun koyucu ise, aksi yönde bir düzenleme öngörmektedir.

Konumuza dönecek olursak, failin sonucu önleme konusundaki iradesi, gönüllü olmalıdır. Ancak bu gönüllülük, gerçek anlamda pişmanlık anlamına gelmemektedir. Fail, korktuğu veya kin duyduğu ya da daha uygun koşullarda suç işlemeye olasılığını düşündüğü için sonucu önlemek isteyebilir⁶⁸⁶. Önemli olan failin suç işlemeyebilme iktidarına sahip iken, sonuca engel olmak için olumlu bir hareket icra etmesidir⁶⁸⁷. Pişmanlığın fail tarafından istenmiş olması yeterli değildir, önlemenin fiilen gerçekleşmesi gerekir. Yine failin yapmış olduğu hareketlerin sonucu engellemede etkisiz kalması, ancak sonucun mağdur tarafından önlenmesi halinde aktif pişmanlıktan söz etmek mümkün değildir⁶⁸⁸.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise, aktif pişmanlık kurumu düzenlenmemiştir. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "gönüllü vazgeçme" kenar başlığı altında aktif pişmanlık kurumuna da yer verilmiştir. Bu şekilde bir düzenlemeyle, teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme ile aktif pişmanlık ayırımı kaldırılmıştır. Aktif pişmanlık, sadece suç tamamlandıktan sonra belli suçlar bakımından cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir

⁶⁸⁵ MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, s. 709.

⁶⁸⁶ ANTOLISEI, *Parte generale*, s. 440; RANIERI, s. 364.

⁶⁸⁷ BAYRAKTAR, s. 152.

⁶⁸⁸ SOYASLAN, s. 148.

sebeup olarak kabul edilmiştir⁶⁸⁹. Böylece, 765 sayılı Kanuna göre işlenmek istenen suçta tam teşebbüs olarak nitelendirilen hallerde, faile sonucu engellemek için çaba sarfetmesi şartıyla aynen gönüllü vazgeçmiş gibi ceza verilmeyecektir⁶⁹⁰. Bununla birlikte, failin icra hareketlerini gerçekleştirmiş, ancak mağdura herhangi bir zarar veremediği durumlarda ise, engelleyebileceği bir sonuç olmadığından işlenmek istenen suçta teşebbüsten dolayı ceza verilecektir. Bu gerekçelerin de ötesinde, söz konusu düzenleme, yerleşmiş olan kavramların birbirine karışmasına yol açmakta ve uygulamada da adaletsizliğe neden olmaktadır⁶⁹¹.

Doktrinde bir kısım yazarlar, tipik aktif pişmanlık hallerini, henüz icra hareketleri tamamlanmadığı ve fail tarafından sonucu önlemek için olumlu bir hareket yapıldığı gerekçesiyle gönüllü vazgeçme olarak nitelendirmektedirler. Fail üzerinde hakim olduğu önceki icra hareketlerini iptal ederek sonucu önlemektedir. Örneğin bir kimseyi denize atıp henüz boğulmadan kendisi atlayarak onu kurtarması durumunda faile ceza verilmemesi gerektiğini savunmaktadır ve bu görüşünü de henüz icra hareketlerinin tamamlanmadığı gerekçesiyle gönüllü vazgeçme başlığı altında değerlendirmektedir⁶⁹². Ancak açıktır ki icra hareketleri yapıldıktan sonra

⁶⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, s. 488-489.

⁶⁹⁰ Bu görüşü savunan yazarlar aktif pişmanlık kavramını, suçun tamamlanmasından sonra, failin mağdurun zararını gidermesi ya da başkaca edimleri yerine getirmesini ifade etmek için kullanmaktadırlar. **İÇEL ve diğerleri**, s. 361-362, s. 364.

Diğer yandan, kanun koyucu tarafından sonucun önlenmesi halinde de uygulanması kabul edilen “gönüllü vazgeçme” kurumu, failin lehine bir kurumdur. Bu nedenle, kanunların birbirini izlemesinden dolayı ortaya çıkan sorunlarda, failin lehine bir hüküm olduğu gerekçesiyle, geçmişe uygulanması gerekmektedir.

⁶⁹¹ Aynı görüş için bkz. DEMİRBAŞ, s. 404; ARTUK, Mehmet Emin – ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu – II, TBB. 2004, s. 77.

⁶⁹² TANER, s. 277.

failin kendi iradesiyle sonucu engellemesi aktif pişmanlık durumunu oluşturmaktadır⁶⁹³.

Gerçekten de, yeni Kanundaki düzenlemeye göre; fail elinde olmayan bir nedenle icra hareketlerini tamamlamasına rağmen sonuç gerçekleşmezse, teşebbüs derecesinde kalan bir suçtan dolayı sorumlu olacak, diğer yandan icra hareketlerini tamamlayarak sonucu engellemesi durumunda ise, kastettiği suçun teşebbüs halinden değil, o ana kadar tamamladığı hareketler başka bir suça vücut verirse, o suçtan dolayı ceza alacaktır. Uygulamada sıkıntı doğuracak olan bu durumu somut bir örnekle açıklamak gerekirse; bir kişi öldürmek istediği kişiye kurşun sıkarsa ancak isabet ettiremezse adam öldürmeye teşebbüsten, ancak adamı yaralar ve pişman olur hastaneye yetiştirirse ve adam ölümden kurtulursa yaralamadan sorumlu olacaktır. Suç siyaseti gereğince, pişman olup sonucu engellemeye çalışan faili teşvik etmek ve gönüllü vazgeçme kurumuyla olan ilişkide adaletsizliğe yol açmamak bağlamında, faile kastettiği suç için öngörülen cezanın belli oranlar çerçevesinde indirilerek verilmesi gerekirdi.

Aktif pişmanlık kurumunun biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki anlamı vardır. Kurum, geniş anlamı ile kabul edildiği zaman, failin hem sonucu engellemesini hem de suçun sonuçlarını ortadan kaldırmak için birtakım faaliyetler yapmasını ifade etmektedir. O halde, aktif pişmanlığı suç öncesi ve suç sonrası pişmanlık olarak ayırmak mümkündür. Bazı yazarlar, gerçek anlamdaki pişmanlığın suç öncesinde olabileceğini belirtmektedirler. Suç sonrası gerçekleşen pişmanlıkta ise, suçun işlenmesiyle kanunlar ihlal edilmekte ve kamu düzeni bozulmaktadır. İşte, bu durumda fail suçun izlerini silmeye ve etkilerini ortadan kaldırmaya

⁶⁹³ MANTOVANI, s. 432.

çalışmaktadır⁶⁹⁴. Kanun koyucu, suç sonrası pişmanlıkla ilgili hükümlere özel kısımda yer vermiştir. Bu bağlamda, belli suç tipleri için suç sonrası gerçekleştirilen pişmanlık hallerini indirim nedeni olarak düzenlemiştir.

Aktif pişmanlık yalnızca maddî suçlarda ortaya çıkabilir. Maddî suçlarda, hareket ile sonuç birbirinden ayrılabilir. Bu nedenle failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra sonucu önleyebilmek için pişman olacağı bir zaman aralığı vardır. Oysa ki, şekli suçlarda aktif pişmanlığın gerçekleşmesi mümkün değildir. Hareketin yapılması ile suç meydana geldiğinden, aktif pişmanlık durumu şekli suçların yapısına uymamaktadır⁶⁹⁵. Örneğin, davet ettiği arkadaşının şarabına arsenik koyan failin, mağdurun içeceği sırada bardağa çarpması veya içtikten sonra sonucu önlemek için panzehir içirmesi olayında hareket ile sonuç arasında bir zaman aralığı mevcuttur⁶⁹⁶. Ancak iftira suçunda hareket yapıldığı anda sonuç tamamlanacağından, bu suçlarda failin sonucu önleme çabasının görülmesi mümkün değildir⁶⁹⁷.

Üzerinde durulması gereken bir husus da, hareketi icra eden failin istemi üzerine, sonucun gerçekleşmesinin üçüncü kişiler tarafından engellenmesinin aktif pişmanlık olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Örneğin, kavgalı olduğu komşusunun arabasını ateşleyen, ancak pişman olup itfaiyeyi arayan kişi aktif pişmanlıktan yararlanır⁶⁹⁸. Önemli olan failin kendi iradesiyle sonucun meydana

⁶⁹⁴ BAYRAKTAR, s. 126-127; ÖZBEK, s. 409-410.

⁶⁹⁵ MANTOVANI, s. 432; GAMBERINI, s. 324; RAMACCI, s. 470; CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 87; BELTRANI, s. 123; SOYASLAN, s. 147.

⁶⁹⁶ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 87.

⁶⁹⁷ BELTRANI, s. 123.

⁶⁹⁸ SOYASLAN, s. 147.

gelmesini önlemesidir. Bu fiilen olabileceği gibi, failin isteği üzerine üçüncü kişiler aracılığıyla da yapılabilir.

Aktif pişmanlık, ihmal suretiyle işlenen icra suçlarında gerçekleşebilir. Şöyle ki, baba, ihmalî bir hareketle (hareketsiz kalarak) oğlunun kasten zehirlenmesine neden olur, ancak pişman olup ona panzehir içirirse, bu kurumdan yararlanması gerekir⁶⁹⁹.

Failin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için, sonucun kısmen ya da tamamen gerçekleşmemesi gerekmektedir. Fail sonucun gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan zararların etkilerini azaltmışsa, suç sonrası aktif pişmanlık uygulanır⁷⁰⁰.

Fail sonuca ulaşmak için elinden geleni yaptığı (icra hareketlerini tamamladığı) zaman korunan hukukî değere zarar verme tehlikesi, söz konusu hareketlerin yarıda kesilmesine göre hem objektif hem de sübjektif açıdan daha ileri bir aşamadır⁷⁰¹. Bu nedenle failin yarattığı tehlikelilik halini de dikkate alarak, verilecek cezayı belli oranlarda indirmek gerekmektedir. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nun 56/4. maddesinde bu fikir yönünde bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten de İtalyan Ceza Kanunu'nda failin pişman olup aktif bir şekilde sonucun gerçekleşmesini önlemesi halinde, teşebbüs derecesinde kalan suçtan sorumlu olacağı ancak cezasının belli oranlar içerisinde (ceza 1/3'ten 1/2'ye kadar) azaltılarak verileceği açıkça öngörülmüştür.

⁶⁹⁹ VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 143; ROSSI, s. 131.

⁷⁰⁰ SOYASLAN, s. 147-148.

⁷⁰¹ SOYASLAN, s. 145-146.

bbb. İcra Hareketleri Sonrası Gönüllü Vazgeçmenin Hukukî Niteliği

aaaa. Failin Cezalandırılmasını Savunan Görüşler

Aktif pişmanlığı hukukî yönden açıklayan görüşe göre, suç işleme iradesinin dış dünyada yansıması olan icra hareketleri gerçekleştirilmiş ve bir tehlike meydana getirilmiştir. Fail, icra hareketlerinden sonra sonucun gerçekleşmesini önlemesine rağmen, yapmış olduğu hareketleri silemeyeceğinden, faile teşebbüsten ceza vermek gereklidir⁷⁰².

Diğer yandan suç siyaseti açısından aktif pişmanlık halinde, faile ceza vermek gereklidir. Bir kere fail, icra hareketlerine başladıktan sonra tamamlaması halinde, sonucu engellese bile cezalandırılacağını bilecek ve bu nedenle ilk başta suçlu iradesini ortaya koymaktan çekinecektir. Bunun yanında, aktif pişmanlık halinde de, failin kamu düzeni açısından tehlikeliliği devam etmiş olacaktır⁷⁰³.

bbbb. Failin Cezalandırılmamasını Savunan Görüşler

Aktif pişmanlık durumunda ceza verilmemesini hukukî yönden savunan yazarlar çeşitli teoriler ileri sürmüşlerdir.

Tehlikesizlik teorisine göre, fail suç yolunu kendi iradesiyle tamamlamamış ve sonucu engelleyerek tehlikeli kişiliğinden arınmıştır. Failin tehlikeliliği ortadan kalktığına göre teşebbüsten dolayı ceza verilmemesi gerekmektedir⁷⁰⁴.

⁷⁰² BAYRAKTAR, s. 132.

⁷⁰³ BAYRAKTAR, s. 132.

⁷⁰⁴ BAYRAKTAR, s. 134.

İptal teorisini savunanlara göre ise, aktif pişmanlık halinde teşebbüs derecesinde kalan suçun cezalandırılması için gereken suç işleme kastı yeni bir kast ile bertaraf edilmektedir. Böylece sorumluluğun temeli ortadan kalkmaktadır⁷⁰⁵.

Ceza verilmemesi taraftarı olan bir başka teori ise, *yokluk teorisidir*. Bu teori, teşebbüs durumunda cezalandırılan hususun, suçun bütününe yayılan tamamlama iradesi olduğunu ifade etmektedir. Fail aktif olarak sonucu engellediğinde, bu irade ancak suçtan dönmeden önce gelen hareketler için geçerli olmaktadır. Suçun tamam olması için gereken hareketler yapılmadığından, iradenin eksik olduğu ve ceza vermenin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁷⁰⁶.

Hukukî yönden ceza verilmemesi gerektiğini ileri süren bir başka görüş de, *unsur teorisidir*. Bu görüşe göre, tamamlanmış teşebbüste failin icra hareketlerini tamamlamasına rağmen, kendi iradesi dışında bir nedenle sonucun meydana gelmemesi gerekirken, aktif pişmanlık halinde fail iradesiyle sonuca engel olmaktadır, bu nedenle ceza verilmemesi kabul edilmektedir⁷⁰⁷.

Son olarak *bozucu ve bekletici şart teorisini* ortaya atılmıştır. Suç işleme kastıyla icra hareketlerine başlanması ancak sonucun failin iradesiyle tamamlanamaması durumunda, aktif pişmanlık bozucu bir şart niteliğindedir. Diğer yandan, gönüllü vazgeçme halinde cezasızlık öngörülmesi bir çeşit olumlu bekletici

⁷⁰⁵ BAYRAKTAR, s. 134; BAYRAKTAR bu konuda iptal teorisine yaklaşan ve onu tamamlayan bir düşünceyi benimsemektedir. Şöyle ki, dış dünyada meydana gelen bir olayın ceza hukukunu ilgilendirmesi için, bir takım unsurları haiz olması gerekmektedir. Bunlar kanunîlik, hukuka aykırılık, maddî ve manevî unsurlardır. Manevî unsurun temeli, fiil ile fail arasında var olan psikolojik nitelikteki kusurluluktur. Kusurluluğun en önemli türü kasttır. Bu nedenle kastın suç yolunun tüm aşamalarında var olması gerekmektedir. Oysa aktif pişmanlık halinde artık failin suç işleme kastı bulunmamaktadır. Dolayısıyla faili cezalandırmak mümkün değildir. BAYRAKTAR, s. 137.

⁷⁰⁶ BAYRAKTAR, s. 135.

⁷⁰⁷ BAYRAKTAR, s. 136.

şarttır, aktif pişmanlık durumunda da olumsuz bekletici şart olduğu ifade edilmektedir⁷⁰⁸.

Suç siyaseti açısından ceza verilmemesini savunan yazarlar ise, suç işleme kararı ile icra hareketlerini tamamlayan faile, geriye dönebilmesi ve suçu önlemesi için altından köprü sunulmalıdır. Böylece devlet cezasızlık vaadi ile daha kötü sonuçların doğmasını önlemiş olacaktır⁷⁰⁹.

cccc. Değerlendirme

Kanaatimizce failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra aktif olarak pişman olması ve sonucu önlemesi durumunda, teşebbüsten dolayı belli oranlar çerçevesinde indirim yapılarak ceza verilmesi gereklidir. Suç siyaseti bunu gerektirir. Çünkü, suç yoluna giren bir failin, icra hareketleri sırasında suçu tamamlamaktan vazgeçmesi ile icra hareketlerini tamamladıktan sonra sonucu önleme çabası aynı değildir⁷¹⁰.

Diğer yandan, özel kısımda yer alan kanuni tipler, belli hukukî değerlerin korunması amacı ile düzenlenmektedirler. Failin gerçekleştirdiği fiil, bir yandan sosyal düzeni ihlal ederken diğer yandan da tehlikelilik halini ortaya koymaktadır⁷¹¹. Gerçekten de, tamamlanmış suç hangi amaçla cezalandırılıyor ise, teşebbüs de aynı nedenle cezalandırılmaktadır. Tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalan suçta, failin suçu işleme kararı antisosyal bir karakter taşımaktadır. Fiil, normda korunan menfaate zarar verdiği veya onu tehlikeye maruz bıraktığı gerekçeleriyle, kanun

⁷⁰⁸ BAYRAKTAR, s. 135.

⁷⁰⁹ BAYRAKTAR, s. 136.

⁷¹⁰ SOYASLAN, s. 29, s. 144.

⁷¹¹ ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 60; **İÇEL ve diğerleri**, s. 309.

koyucu tarafından suç olarak öngörülür. İşte, fail tarafından iradi olarak sosyal düzeni ve barışı bozan ve dolayısıyla Devlet tarafından hoşgörü ile karşılanamayan fiiler de cezalandırılmaktadır⁷¹². Bu bağlamda, objektif görüş, tamamlanmış veya teşebbüs halinde kalmış suçun cezalandırılma nedenini açıkça ifade etmektedir. Nitekim teşebbüs durumunda normda korunan hukukî değer tehlikeye düşürülmesi söz konusudur. Şu halde, cezalandırılma nedeni objektif görüşe dayandırılınca, hareketin gerçekleştirdiği tehlike de derecelendirilmelidir⁷¹³. Aktif pişmanlık halinde, fail icra hareketlerini tamamlamıştır, o halde henüz icra hareketlerini bitirmeden iradesiyle vazgeçen faile nazaran yarattığı tehlike daha ciddidir⁷¹⁴. Örneğin, yavaş yavaş zehirleyerek bir kişiyi öldürmek için icraya başlayan ve sadece bir doz verip vazgeçen failin yarattığı zarar ile gerekli dozların tümünü içirip ölüm sonucunu engelleyen failin gerçekleştirdiği zararı aynı kabul etmek ve aynı hukukî sonuca bağlamak mümkün değildir⁷¹⁵.

Önemle üzerinde durulması gereken bir husus da, kanun koyucunun gönüllü vazgeçme ile aktif pişmanlık kurumunu aynı hukukî sonuca bağlamasıdır. Daha önce belirttiğimiz üzere, kanun koyucu tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalmış suçun cezalandırılma nedenini, somut tehlike (maddî objektif görüş) görüşüne dayandırmaktadır. Bu bilgiyi, md. 35'te yer alan "elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama" ibaresinden çıkarmak mümkündür. Objektif görüş, failin

⁷¹² ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 418; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 254; EREM, s. 322; EREM – DANIŞMAN – ARTUK, s. 294; DÖNMEZER, s. 120; ERSOY, s. 117; ÖZTÜRK – ERDEM – ÖZBEK, s. 161.

⁷¹³ SOYASLAN, s. 28-29.

⁷¹⁴ FLORA – TONINI, s. 129; SANTANIELLO, s. 185; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 543; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 572; BETTIOL – MANTOVANI, s. 632.

⁷¹⁵ MANTOVANI, s. 435.

yaptığı hareketleri hukukî değere verdikleri tehlikeye göre derecelendirmektedir. Bu doğrultuda, md. 36'da objektif görüşün kabul edildiği söylenemez. Diğer yandan, kanun koyucunun sübjektif görüşten hareket ettiği ve suçlu iradeyi esas aldığı ileri sürülebilir. Ancak söz konusu hüküm, failin kastının yönelik olduğu sonucu önleme halinde cezasızlık öngörmekte, buna karşılık kastının olmadığı bir suçtan dolayı da ceza verilmesini düzenlemektedir. Bu kusur teorisi ile de çelişmektedir. Örneğin öldürmek kastıyla ateş ettiği kişinin yaralandığını gören ve pişman olup onu hastaneye götüren kişi, adam öldürme suçuna teşebbüsten değil yaralamadan sorumlu olur. Ancak failin kastı öldürmeye yöneliktir, oysa bu düzenlemeye göre fail kastının yönelik olmadığı yaralama sonucundan sorumlu olmaktadır. Doktrinde bu konuda fikirlerini ortaya koyan HAFIZOĞULLARI, bu durumun bizi kusurlu sorumluluktan uzaklaştıracağını ve objektif sorumluluğa geri götüreceğini ifade etmektedir⁷¹⁶.

Bununla birlikte, faile meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığına göre ceza verileceğinden, her ne kadar eksik – tam teşebbüs ayrımını kaldırmış olsa da, uygulamada adı konmadan ya tamamlanmamış (eksik teşebbüs) ya da tamamlanmış teşebbüsten (tam teşebbüs) hareket edilmesi zorunludur⁷¹⁷. Tamamlanmış teşebbüs durumunda fail icra hareketlerini tamamladıktan sonra, iradesi dışında bir nedenle sonucun gerçekleşmemesi durumunda cezalandırılacaktır. Örneğin Türk Ceza Kanunu'ndaki hükmü uygulayacak olursak, daha önce de belirttiğimiz gibi, düşmanını öldürmek isteyen kişinin tabancasındaki kurşunları atmasına rağmen isabet ettirememesi ve ölüm sonucunun gerçekleşmemesi halinde, faili adam öldürmeye teşebbüsten; pişman olup hastaneye götürmesi durumunda ise

⁷¹⁶ HAFIZOĞULLARI, s. 324.

⁷¹⁷ Aynı görüş için bkz. ÖZBEK, s. 407.

yaralamadan sorumlu tutmamız gerekmektedir. Oysa ki, ikinci somut olayda failin meydana getirdiği zarar, birinci olaya nazaran daha ağırdır. Yine bir başka örnek, failin öldürmek istediği kişinin yemeğine zehir karıştırması ancak mağdurun bu yemeği yememesi durumunda faile adam öldürmeye teşebbüsten; zehirli yemeği yiyen mağdura acıyarak onu hastaneye yetiştiren ve midesini yıkatan faile ise, kasten yaralamadan ceza vermemiz gerekir. Ancak somut olaylar üzerinde açıkça görüleceği üzere, bu hüküm ne suç siyaseti açısından ne de hukukî açıdan adaleti sağlayacak düzeyde değildir.

ccc. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Sonucun Önlenmesi Bakımından Gönüllü Vazgeçme

Failler kendi aralarında anlaşabilecekleri gibi, birbirlerinden haberdar olmaksızın da suçu önleyebilir. Pişmanlık, sübjektif karaktere ilişkin bir haldir. İştirak halinde işlenen suçlarda, faillerden birinin sonucu engellemesi diğer faillere sirayet etmemektedir. Sadece sonucu önleyen fail, pişmanlıktan yararlanabilir. Diğer yandan tüm failler, icra hareketlerini tamamlayıp, sonucun gerçekleşmesine engel olabilirler. Bu durumda faillerin tümünün iradesi aynı yönde olduğundan, hepsi de pişmanlıktan yararlanırlar⁷¹⁸.

TCK. md. 36'da aktif pişmanlık hali de gönüllü vazgeçme başlığı altında düzenlenmiştir. Burdan hareketle, birden çok faille işlenen suçlarda aktif pişmanlık söz konusu ise, yine gönüllü vazgeçmeye ilişkin iştirak hükmü uygulanacaktır.

Failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra sonucun gerçekleşmesini önlemesi halinde, kanunumuza göre işlenmek istenen suç için öngörülen cezaya maruz kalmayacaktır. Ancak, daha önce belirttiğimiz üzere, bu düzenleme

⁷¹⁸ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 88; SOYASLAN, s. 147.

kanunumuzun sıkıntılı maddelerindedir. Fail, yaptıklarından pişman olup sonucu önlemek amacıyla olumlu bir davranışta bulunmuşsa, onun cezasının azaltılması (aktif pişmanlık kurumundan yararlanması) gerekmektedir. Kanunun 36. maddesine göre, bu durumda fail işlenmek istenen suça teşebbüsten değil, o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suça vücut verirse o suçtan sorumlu olacaktır.

Yardımcı fail konumunda olanlar ise, kendi hareketlerinin (daha doğrusu fiili birlikte gerçekleştiren fail açısından tipik hareketlerin tamamlanmasını) sonucunu engellerlerse, işlenmek istenen suçtan dolayı sorumlulukları olmaz. Yardımcı failerin kendi hareketleri ile failin hareketinin sonuçları birbirinden farklıdır. Yardımcı failin, suçu gerçekleştirmedeki katkısı ikinci derecededir. Onun icra hareketlerinin sonucu, işlenmek istenen suçun icra hareketlerinden birini oluşturur. Bu nedenle, yardımcı failin icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi, suçu birinci derecede gerçekleştirecek olan failin icra hareketlerini yarıda kesmektedir. Yardımcı fail, örneğin zehir temin etmeye söz vermiş, bunu sağlamış ve faile teslim ettikten sonra, onu failden geri almışsa, kendi hareketlerinden beklenen sonucu önlemiştir. Bu durumda yardımcı failin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak, failin, icra hareketlerinin iradesi dışındaki bir nedenle tamamlanamaması durumunda teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmektedir⁷¹⁹. Bu değerlendirme, her ne kadar kanunundaki düzenleme doğrultusunda yapılmamışsa da, aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Yardımcı fail, ister gönüllü icra hareketlerinden vazgeçsin, isterse aktif olarak sonucu gerçekleştirmeyi önlesin, işlenmek istenen suçtan dolayı sorumlu olmayacaktır.

⁷¹⁹ CARPEGIANI, s. 363.

Yine yardımcı fail, kendi icra hareketlerini değil de, işlenmek istenen suçun sonucunun gerçekleşmesini önlerse, kanuna göre gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır. Oysa ki, olması gereken düzenleme açısından, teşebbüsten sorumlu olmalı, ancak aktif pişmanlık kurumundan yararlanması gerekmektedir. İcra hareketlerini tamamlayan fail ise, bu kurumdan yararlanmaksızın teşebbüsten sorumlu olacaktır. Fakat kanundaki hükme göre, yardımcı failin gönüllü vazgeçmesi veya aktif olarak sonucu önlemesi arasında, sorumluluk açısından bir fark gözetilmemektedir. Bu nedenle, fail işlenmek istenen suç bakımından herhangi bir cezaya maruz kalmayacaktır. Kanunumuz açısından söz konusu ipotezler tek bir hükme bağlandığından, bu tip sorunlar adaletsiz bir şekilde çözüme kavuşturulacaktır. Ancak, tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalan suçların cezalandırılma nedeni, korunan menfaatin devlet tarafından hoş karşılanamayacak derecede zarara uğratılması veya tehlikeye düşürülmesi esasına dayandırılmaktadır; bu noktadan hareketle, menfaate verilen tehlikenin derecelendirilmesi ve failin buna göre cezalandırılması gerekmektedir. Sonuç olarak, kanun koyucu gönüllü vazgeçme ile aktif pişmanlık kurumlarını tek bir hükme bağlayarak, bu hükmün beraberinde getireceği sorunları irdelemek yerine kolayca ve adaletsizce çözüme kavuşturmak istemiştir.

III. TEŞEBBÜSÜN MANEVÎ UNSURU

Teşebbüsün ikinci temel unsuru, failin suç işleme kastını ortaya koymasıdır. Fail, kanunda suç olarak sayılan bir fiili gerçekleştirme iradesiyle hareket etmelidir. Teşebbüsün manevî unsuru, ancak dış dünyada somutlaşan bir fiille belirlenebilir. Teşebbüs aşamasındaki suçlarda, sonuç gerçekleşmediğinden, failin kastını, dış

dünyada somutlaşan ve cezalandırma kapsamına giren hareketleri ortaya koymaktadır⁷²⁰.

Tamamlanmış suçla teşebbüs aşamasında kalan suç arasında manevî unsur yönünden bir farklılık yoktur. Kanunun 35. maddesinden de açıkça anlaşıldığı üzere fail ancak sonucunu bilerek ve isteyerek işlemek istediği suçlara teşebbüs edebilir. Bu nedenle, bu bölümde suça teşebbüs çerçevesinde manevî unsurun bir türü olan kast üzerinde durulacaktır.

A. GENEL OLARAK KASIT

Tipik bir fiil, varlığında hem maddî unsuru, hem de manevî unsuru barındırır. Manevî unsur, kast⁷²¹ ve taksir olmak üzere iki türden oluşmaktadır. Teşebbüs derecesinde kalan suçun oluşabilmesi için mutlaka bir suç işleme kararı gerekir. Suç işleme kararının alınması da, kastın varlığıyla mümkün olur. O halde, failin öncelikle kasten hareket etmiş olması teşebbüs için bulunması zorunlu bir unsurdur. Fail, sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmelidir⁷²². Sonuç, failin gerçekleştirmek istediği sınırlar içerisinde kalmışsa doğrudan kast söz konusu olmaktadır⁷²³. Bir

⁷²⁰ GUADAGNO, s. 303; VANNINI, **Parte generale**, s. 163; ROMANO-DI FALCO, s. 148; SINISCALCO, **La struttura del delitto tentato**, s. 187.

⁷²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GALLO, Marcello, “Dolo (Diritto Penale)”, Enciclopedia del Diritto, Vol. XIII, 1964, s. 750 vd.; VENDITTI, Rodolfo, “Dolo (Diritto Penale)”, In Noviss. Dig. Ital., Vol. VI, 1957, s. 154 vd.

⁷²² FILIÈ, Massimo, “Delitto tentato e dolo eventuale”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1983, s. 748; FORTI, Maria, “Il dolo nel tentativo”, Cass. Pen. 1996, s. 1788; ALTAVILLA, Enrico, “Dolo eventuale e colpa con previsione”, Riv. it. di dir. pen., A. X, 1957, s. 169; RESTA, Aldo, “Dolo eventuale e delitto tentato: ai confini della possibilità”, Giurisprudenza di Merito 1988, s. 313; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 180 vd.

⁷²³ FORTI, s. 1788; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 187-188.

başka ifadeyle, failin öngördüğü ve gerçekleştirmek istediği sonuca yönelik iradesi doğrudan kastı oluşturmaktadır⁷²⁴.

Bununla birlikte, failin kastı, işlenmesi istenilen suça yönelik bir kast olmalıdır. Suçun işlenmesiyle doğrudan doğruya ilgili olmayan her durum teşebbüse vücut vermez. Bu nedenle herhangi bir suç kastına ait hazırlıklar teşebbüs adı altında nitelendirilemez ancak unsurları mevcutsa, başlı başına bağımsız bir suç olarak cezalandırılabilirler⁷²⁵.

Gerçekten de, teşebbüs derecesinde kalan suçlardaki kast, icrasına başlanmış olan suçun tamamlanmasına yönelik bir kasttır. Zira teşebbüs derecesinde kalan suçlarda, fail suç yoluna suçu tamamlamaya yönelik kastla başlamakta, ancak elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamaktadır. Suçu teşebbüs aşamasında bırakma gibi bir kast türünden söz edilmesi mümkün değildir⁷²⁶. Yargıtay, kararlarında kastın tanımına açıkça yer vermiştir ve kavramı şu şekilde ifade etmiştir: “*Kast genel olarak bir cürmü, sonuçlarını bilerek ve isteyerek işleme iradesidir. Failde belirli bir cürmü işleme kastı bulunmalıdır. Teşebbüste aranan kast, icrasına başlanmış cürmü teşebbüs derecesinde bırakma kastı olmayıp söz konusu suçu tamamlamaya yönelmiş kasıttır. Bu itibarla teşebbüs kastından söz edilemez. Tamamlanmış suç için ayrı, teşebbüs derecesinde kalmış suç için ayrı kast düşünülemez*”⁷²⁷.

⁷²⁴ RIGO, Fabrizio, “Dolo e tentativo”, Cass. Pen. 1997, s. 965; RESTA, s. 305.

⁷²⁵ DÖNMEZER, s. 437.

⁷²⁶ ÖNDER, s. 387; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 417; VERONESE, Luigi, “Ancora sul tentativo e dolo eventuale: verso una “definitiva” incompatibilità?”, Cass. Pen., Vol. III, 1992, s. 2353.

⁷²⁷ C.C.K., T. 04.06.1990, 5-10/156, Bkz. C. I, s. 1172-1174.

O halde, manevî unsur bakımından tamamlanmış suç ile teşebbüs derecesinde kalan suç arasında herhangi bir farklılık yoktur. Tamamlanmış suç nasıl bir kastla işleniyorsa, teşebbüs derecesinde kalan suçun da aynı kastla işlenmesi mümkündür⁷²⁸. Fakat burada belirtmemiz gerekir ki, kastın türleri de teşebbüsün yapısına uygun olmalıdır.

Doktrinde, tamamlanmış suç ile teşebbüs derecesinde kalmış suçun manevî unsuru arasında fark olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre; eksik teşebbüs aşamasında, yani icra hareketlerinin irade dışı yarıda bırakılmasında suç, subjektif icra açısından da eksiktir. Oysa ki, icra hareketlerinin tamamlandığı ancak failin iradesi dışındaki bir nedenden ötürü sonucun gerçekleşmediği tam teşebbüs halinde ise, manevî unsur açısından tamamlanmış suç ile bir fark yoktur⁷²⁹. Fakat bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Zira teşebbüs derecesinde kalmış bir suçun tamamlanmış suça nazaran eksikliği maddî unsurda ortaya çıkmaktadır. Nitekim teşebbüs durumunda ya icra hareketleri tamamlanamamakta ya da sonuç gerçekleşmemektedir.

Hareket, sonuç ve nedensellik bağından oluşan maddî pozitif unsur, teşebbüs durumunda ya hareket ya da sonuç unsuru bakımından eksik kalmaktadır.

Failin kastının belirlenmesi, bazı suçların niteliğinin değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Özellikle, failin icra hareketlerini yaralama kastıyla

⁷²⁸ MANTOVANI, s. 416; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 417; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 458; DEMİRBAŞ, s. 385; EREM ise, suç kararı altında ayrı bir teşebbüs kastının varlığından söz etmektedir. EREM'e göre yapma veya yapmama sonucu üç psikolojik bölümden geçerek oluşmaktadır. Bunlar; tasavvur, karar ve icradır. Suça teşebbüste bulunan kast, suç işleme kararı; cürümlerde bulunan kast ise icrayı ifade etmektedir. Bu nedenle EREM, teşebbüste bulunan kasta, "bir cürüm işlemek kararı" adının verilmesinin daha uygun olduğunu savunmaktadır. EREM, s. 323-324. Ancak doktrinde suç işleme kararı ile kast aynı anlamda kullanılmaktadır. Bkz. İÇEL ve diğ^{er}leri, s. 314-315.

⁷²⁹ SOYASLAN, s. 21-22.

mı, yoksa öldürme kastıyla mı gerçekleştirdiğini tespit etmek zorunludur. Zira, fail yaralama kastıyla hareket etmiş ve mağduru yaralamışsa, tamamlanmış bir suçtan; öldürme kastıyla hareket etmiş ve sonuç gerçekleşmemiş ise adam öldürmeye teşebbüsten bahsetmek gerekir. Örneğin, A'nın silahını B'ye karşı boşaltması ancak mermilerin B'nin vücudunu sıyrarak geçmesi olayında, A'nın tamamlanmış bir yaralama suçundan mı; yoksa adam öldürmeye teşebbüsten mi sorumlu olacağına karar verebilmek için öncelikle kastının belirlenmesi gerekir⁷³⁰. Uygulamada, öldürme kastı belirlenirken şu kriterler dikkate alınmaktadır: Suç nedeni, suç aracı, aracın kullanılış şekli ve sonuca yönelişi, isabet alınan bölge, darbe adedi ve şiddeti, suçtan önceki ve sonraki davranışlar gözönünde bulundurularak öldürme kastının varlığı veya yokluğu tespit edilir⁷³¹.

⁷³⁰ TANER, s. 268; HAKERİ, **Kasten Öldürme Suçları**, s. 30 vd.

⁷³¹ Bkz. C.G.K., T. 26.12.1983, 1-145/409

1 CD., T. 11.10.2005, E. 2004/2921, K. 2005/2789: “Sanığın av tüfeği ile etkili mesafeden mağduru hedef alıp yaptığı atışla onu batın, kalça ve diğer bölgelerinden, ince ve kalın bağırsakta muhtelif yırtıklar husule getirecek ve ameliyatla hayatının kurtarılmasına sebebiyet verecek şekilde ağır surette yaraladığının anlaşılmasına göre, öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilmesi gerekir”. YKD., C. 31 (XXXI), S. 12, Aralık 2005, s. 1914-1915.

1.CD., T. 18.06.2001, 2838/2756: “Sanığın başkasıyla evli olduğu halde aynı işyerinde çalıştığı bekar mağdure ile arkadaşlık kurduğu, zamanla ilişkisini ileri düzeye götürme niyetleri sergilediği, olay günü de aşırı sarhoş olduğu halde mağdureye birlikte gezmeyi önerdiği, reddedilince kolundan tutup çektiği, mağdure direnip kurtularak kaçtığında da tabancayla peşinden altı el ateş ettiği, hedef seçerek yaptığı iradi ve dengeli atışlardan biriyle mağdureyi birkaç metrelik mesafede yaraladığı, ameliyatla yaşama döndürülen mağdurenin bu yaralanma sonucu hayati tehlike geçirdiği, her ne kadar mağdure yere düştüğünde sanık koşarak onu kucaklamış ise de, TCY.’nin 61/son maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bu davranışın atılan tek kurşunla açığa çıkan öldürme kastını tartışılır kılmayacağı.....; sanığın TCY.’nin 448, 62 maddelerince cezalandırılması gerekirken vasıfta açık yanılğı ile kabul edilemez gerekçelerle yaralamadan hüküm kurulması..... yasaya aykırı.” MALKOÇ, s. 629.

C.G.K., T. 14.12.1999, 1-278/308: “Failin olay öncesi, olay sırası ve olaydan sonraki davranışları kastın belirlenmesinde ölçü olarak alınmalıdır. Yargıtay’ın yerleşmiş kararlarına göre, adam öldürmeye teşebbüs ve yaralama suçlarını birbirinden ayıran başlıca ölçüler; fail ile mağdur arasındaki husumetin nedeni ve niteliği, failin cürümde kullandığı saldırı aletinin mahiyeti, atış veya darbe sayısı ile mesafesi, mağdurun vücudunda meydana getirilen yaraların yerleri ile nitelik ve nicelikleri, hedef seçme imkânı olup olmadığı, olayın akışı ve sebebi, failin işlemeyi kastettiği cürmün meydana gelmesine iradesi dışında engel bir halin olup olmadığıdır”. HAKERİ, **Kasten Öldürme Suçları**, s. 31.

C.G.K., T. 28.5.1996, 1-106/112: “Sanık ile mağdur amca- yeğendir. Taraflar arasında tarla anlaşmazlığı ve buna dayalı olaylar varsa da bunlar öldürmeyi gerektirir köklü bir husumet değildir. Sanık, araç içerisinde ailesi efradına küfür ve hakaret edilmesi üzerine fevren bu suçu işlemiştir. Suçta kullanılan bıçak rastgele ele geçirilmiştir. Engel sebep olmadığı halde, sanık eylemine kendiliğinden son vermiş ve mağdurun hayati bölgelerine daha fazla sayıda ve şiddette darbe vurmaya olanağı varken, bunu yapmamıştır. Olay sonrasında bu suçu sinirden, kendisini tutamadığı için işlediğini söylemektedir. Darbenin şiddetli olmadığı, organ lezyonu oluşmadığından anlaşılmaktadır. Bu bulgular kül halinde değerlendirildiğinde, sanığın iç dünyası ile ilgili olan kastının yaralama olduğunu kabule zorunluluk bulunmaktadır.” C. I, s. 1208-1209.

C.G.K., T. 2.7.1996, 1-133/170: “Maddî olayda... sanık,.....güçlü-kuvvetli olduğu otopsi tutanağındaki saptamadan (1.80 cm. boy, 90 kg. ağırlık) anlaşılan ölenle başedemediğini anlayınca, lokantadan elde ettiği ekmeğe bıçağı ile, otopsi tutanağı ve Adli Tıp raporunda açıklandığı gibi onu sol alın nahiyesinden 1 cm. derinliğinde kemiğe nazik biçimde darbe vurmuş ve sol kasıktan şiddetli bir darbe ile Ven ve Arterde kesi oluşturacak şekilde yaralayarak, iç kanama sonucu ölümüne sebebiyet vermiştir.

Sanık, önce ölenin şiddetli saldırısına maruz kaldığı halde, sol kasıktan oluşturduğu yaralamadan dolayı gücünün azaldığını farketmediğinden ölene yönelik darbelerine son vermiştir. Sanığın eylemine son vermesinin nedeni sonucu almış olmasına dayalıdır. Ölenin hayati bölgesine yönelik şiddetli darbe ölümü başına oluşturur nitelikte yara açmıştır. Her ne kadar, olay sonrası çevredekilerin etkisiyle öleni hastaneye yetirme çabalarına katılmışsa da, sırf bu yöndeki olumlu davranışı kastını belirleyici etken değildir. Yukarıdan beri açıklanan veriler kül halinde değerlendirildiğinden kastının adam öldürmeye yönelik olduğu sonucuna varılmalıdır.” C. I, s. 1207-1208.

C.G.K., T. 5.12.1994, 1-299/327: “Sanık, yakın ve etkili mesafeden, öldürmeye elverişli av tüfeği ile, çoban köpeklerini öldürdüğü inancını taşıması nedeniyle mağdurların hayati bölgelerine hedef gözeterek, çift av tüfeğindeki fişekleri ateşlemiş ve onları raporlarında açıklandığı gibi hayati tehlike geçirip yapılan operasyonlarla kurtarılan biçimde yaralanmış, daha sonra da saya dışından hedef gözeterek, sayaya doğru 6-7 el ateş ederek takibini önleyici mani hal de yaratmış bulunduğu kastı adam öldürmektir. İcra hareketlerini tamamlamış, ancak, elinde olmayan nedenlerle sonucu alamamış bulunduğu, sanığın her iki mağdura karşı da eylemi adam öldürmeye tam kalkışma suçunu oluşturduğundan....” C. I, s. 1209-1210.

C.G.K., T. 12.12.1994, 1-318/336: “Bağdan su geçirime meselesinden taraflar arasında husumet bulunduğu, olay günü çıkan kavgada müdahil sanık Abdurrahman’ın sanığın eşi Emine’ye sopa ile vurup yere düşürdüğü, müdahil sanıktaki yaraların yeri ve mahiyeti, hayatının acilen yapılan ameliyatla kurtarılabilirdiği, atış mesafesi – sayısı, olayda kullanılan silahın niteliği ve sanığın sonucu aldığı kanısıyla atışına devam etmediği nazara alındığında tabanca gibi öldürmeye elverişli bir silahla etkili mesafeden müdahil sanığın göğüs gibi yaşamsal bölgesini hedef seçip iki el ateş eden sanıkta öldürme kastının bulunduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla sanığın eylemi adam öldürmeye tam kalkışma suçunu oluşturduğu halde yaralama olarak nitelendirilmesine isabet görülmediğinden” C. I, s. 1209.

C.G.K., T. 25.1.1993, 1-346/5: “Sanığın mağdura doğru birden çok kez bıçak sallaması, bunlardan bir tanesinin mağdurun hayati bölgesi olan göğüsüne çok şiddetli biçimde isabet ederek onu raporunda açıklandığı gibi hayati tehlike geçirip 45 gün iş ve güçten kalacak derecede yaralanmasına yol açtığı ve acilen yapılan ameliyat sonucu ölümden kurtarıldığı anlaşılmasına göre, sanıkta öldürme kastının bulunduğu kabul edilmelidir.

O halde, sanığın eylemi adam öldürmeye tam kalkışma suçunu oluşturduğu halde, bıçakla yaralamak suçuna ilişkin direnme kararı isabetli değildir.” C. I, s. 1214.

C.G.K., T. 2.6.1986, 165/335: “Olayımızda, her ne kadar baş gibi yaşam önemi taşıyan bölge hedef seçilmiş ve bunda kafa kırığını oluşturur şiddette vurulmuş ise de; taraflar arasında öldürmeyi gerektirir bir husumet bulunmadığı, esasen mağdurun pencereden bakması nedeniyle vücudunun sair kısımlarının açığa bulunmadığı, sanığın bir defa vurmaya yetenip daha sonra da orada bulunanlarla

Buna karşın, belli bir suç işleme kastı kesin olarak belirlenemiyorsa, fail cezalandırılmaz. Zira, hangi suçun işlenmesine yönelik kast olduğu tespit edilememektedir⁷³². Bu konu, suçun ağırlaştırılmış şeklinin tamamlanamaması durumunda önem kazanmaktadır. Ancak fail, suçun ağırlaştırılmış şeklinin icra hareketlerine başlar ve iradesi dışında bir nedenden ötürü hareketleri tamamlayamaz ise, söz konusu suçun ağırlaştırılmış şekline teşebbüs etmiş sayılır. Örneğin, hırsızlık suçunu evin kapısını kırarak gerçekleştirmek isteyen failin hareketleri

birlikte mağdura yardımcı olduğu hususları nazara alındığında, eylemi adam öldürmeğe kalkışmak olmayıp, TCK.'nun 456/3. maddesine girer niteliktedir.” C. I, s. 1222.

C.G.K., T. 24.3.1986, 364/140: “Sanık, kendisine cinsel ilişki teklifinde bulunarak soyunup saldıran mağdurun bu saldırısını önlemek için onun vücudunun hayati organlarının bulunduğu bölgeler dahil olmak üzere, ongun mutad iştigaline engel olacak şekilde, 28 yerinden bıçakla yaralamasına rağmen bıçağını bir engel olmadığı halde, kuvvetli ve şiddetli saplamadığı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca sanığın kastının ve eyleminin yaralamaya yönelik olduğunun kabulünde zorunluluk vardır.” C. I, s. 1226.

C.G.K., T. 28.1.1985, 190/40: “Sanığın yaptığı bıçak darbesinin şiddetli olması, hayati tehlike meydana getirmesi, tek başına öldürme kastını göstermemektedir. Sanığın öldürme kastını açıklayan diğer yan delillerin de bulunması gerekmektedir.” C. I, s. 1229.

C.G.K., T. 24.12.1984, 346/457: “Bıçak uzaktan atılan taş gibi, hedef alınan yerlerden başka yerlere de isabet edebilen bir alet değil, istenilen nahiyeye tevcih edebilen bir silahtır. Bir kimseyi yaşaması için önemli bulunan bir yerinden derin olarak yaralamak, özel nedenler bulunmadıkça öldürme kastını gösterir.” C. I, s. 1229.

C.G.K., T. 26.12.1983, 1-145/409: “Sanık ile müşteki arasında olay öncesinde ciddi bir husumet bulunmaktadır. Sanık askerden izinli geldikten sonra köyde rastladığı müştekinin peşine takılmış, uygun yer ve zamanı sağladığını düşünerek tabancasını çekmiş, 10 metre gibi etkili mesafeden müştekiye ateş etmiş, müteakip ateşine tabancanın tutukluk yapması nedeniyle devam edememiştir. İlk atış öncesi çıkardığı seslerden geriye dönüp durumu gören müşteki derhal eğilmiş, boşa giden mermi, müştekiden 5 metre mesafede tanık Hacı Metin'in yanından geçmiş, bu tanık neye uğradığını şaşırarak kendisini yere atmış, sonra da evine kaçarak kurtulmuştur. Müşteki, sanığın tutukluk yapan tabancasındaki arızayı gidermeye çalıştığını görmüş, çevredekilerin (kaç, seni öldürecek) uyarısıyla oradaki bir eve girip kendisini kurtarmıştır. Tabancanın ele geçirilip mekanik arızası olup olmadığının fenni şekilde tespit olunmamış bulunması önem arzetmez. Tanık anlatımlarından tabancanın ilk ateşten sonra tutukluk yaptığı, sanığın tabancasını kurcalamaya başladığı, bu arada mermilerin yere döküldüğü, maddî vakiasıyla, tutukluk hali açıkça anlaşılmaktadır. Eylem, öldürmeye teşebbüştür.” C. I, s. 1188.

Benzer kararlar için bkz. (C.G.K., T. 12.11.1984, 125/371), (C.G.K., T. 22.10.1984, 321/331), (C.G.K., T. 24.9.1984, 114/275), (C.G.K., T. 24.9.1984, 71/273), (C.G.K., T. 24.9.1984, 442/272), (C.G.K., T. 16.4.1984, 298/136), (C.G.K., T. 9.4.1984, 184/125), (C.G.K., T. 6.2.1984, 165/51), (C.G.K., T. 22.11.1982, 252/430), (C.G.K., T. 4.2.1985, 1-507/55) C. I, s. 1228-1234; HAKERİ, *Kasten Öldürme Suçları*, s. 30-42.

⁷³² MANZINI, *Parte generale*, s. 138.

tamamlayamaması durumunda, ağırlaştırılmış hırsızlık suçuna teşebbüs ettiği kabul edilir⁷³³.

Suçun hem basit hem de ağırlaştırılmış şekline de teşebbüs etmek mümkündür. Bu ipotez, suça teşebbüs ile suçun ağırlaştırılmış veya hafifletilmiş şekli arasındaki sorunla ilgilidir. Söz konusu ağırlaştırılmış nedenin varlığını belirleme sorunu oldukça güçtür, çünkü bu neden kimi zaman fiile veya faile, kimi zaman da suçun oluşumunun tamamen veya kısmen gerçekleştirilmesine ilişkin olabilir. Faille ilgili olan nedenler, kişisel özellikler; fiile ilişkin olanlar ise, meydana gelen ihlalin ağırlığı, kastın yoğunluğu veya iştirakçilerin sayısı nedeniyle ortaya çıkabilir. Yine pasif süjenin konumu veya niteliği, suçun üzerinde işlendiği şey veya şahıs, ağırlaştırıcı neden olabilir. Söz konusu nedenler, işlenen fiile veya kullanılan araca ilişkinse, suçun ağırlatıcı şekline teşebbüs edilebilmesi için, öncelikle basit şeklinin yapısının müsait olması gerekmektedir⁷³⁴. Ancak suç işleme kastı, suçun ağırlaştırılmış şekli için şüpheli ise, faile basit şekline teşebbüsten dolayı ceza verilmelidir⁷³⁵. Yaralamanın bazı biçimlerinde olduğu gibi, ağırlaştırıcı neden, sonucun gerçekleşmesine bağlıysa, sonuç ortaya çıkmadığında, basit şekle teşebbüsten söz edilmelidir.

⁷³³ PANNAIN, s. 459.

⁷³⁴ RANIERI, s. 359-360.

⁷³⁵ MANZINI, **Parte generale**, s. 138.

B. OLASI KAST⁷³⁶ VE TEŞEBBÜS

Olası kast halinde, teşebbüsün söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki görüş farklılığı yanında, uygulamada da bu konuda bir görüş birliği mevcut değildir.

Olası kast, failin, hareketine bağlı olarak bazı sonuçların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, buna rıza göstermesi, riski göze alarak hareketlerine devam etmesidir⁷³⁷. Bu tür kastta, failin sonucu bilmesi ve istemesi doğrudan değildir. Ancak, kastedilen sonuçla birlikte ortaya çıkma olasılığı olan diğer sonuçlar bakımından, failin az ya da çok bir iradesinin olması gerekmektedir⁷³⁸.

5237 sayılı YTCK.'da “*olası kast*” tanımına yer verilmiştir. Ancak bu tanımın isabetli olduğu söylenemez. YTCK. md. 21/2'ye göre; “*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi*

⁷³⁶ Doktrinde bir kısım yazarlar, olası kastla doğrudan olmayan kast arasında bir ayırım yapmaktadırlar. Şöyle ki, doğrudan olmayan kastta, sonucun gerçekleşmesine veya araçların kullanılmasına zorunlu olarak bağlanan talî sonuçlar fail tarafından kabul edilir. Bir başka ifadeyle, doğrudan istenilmeyen sonucun da diğer sonucun yanında gerçekleşeceği fail tarafından kesin olarak düşünülmektedir. Ancak olası kastta, istenilen sonucun yanında gerçekleşecek olan sonuçlar yalnızca ihtimal dahilindedir. Bkz. PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 506-507.

Ancak kanaatimizce, bu şekildeki bir tanım, doğrudan olan kastın tanımını ortaya koymaktadır. Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüşe göre, doğrudan olmayan kastla olası kast eşanlamlı kavramlardır. Doğrudan olmayan kastla olası kast arasında fark yaratmak, bir takım sonuçları, sıkıntıları da beraberinde getirmektedir. Aynı görüş için bkz. MORSELLI, Elio, “Il dolo eventuale nel delitto tentato”, Ind. Pen. 1978, s. 28, dn. 2 (**Dolo eventuale**); KARAKEHYA, Hakan, “Olası Kast”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 19 v.

⁷³⁷ DE SANTIS, s. 2069; D'ASCOLA, Vincenzo, “Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1979, s. 687; DE MATTEIS, Luca, “Dolo eventuale e tentativo”, Cass. Pen. 1997, s. 993-994; GUARALDA, Renato, “Dolo eventuale e delitto tentato: profili di un'incompatibilità”, Cass. Pen., Vol. II, 1985, s. 1515; CAPUANO-CAPUTO, Maristella, “Delitto tentato e dolo eventuale”, Riv. Pen., A. C, 1974, s. 1073; FORTI, s. 1788; FILIÈ, s. 748; RIGO, s. 965; RESTA, s. 305; SINISCALCO, **La struttura del delitto tentato**, s. 206; VENDITTI, s. 160-161; Ayrıca, olası kastın içeriğine ilişkin doktrinde ileri sürülen farklı görüşler için bkz. ALTAVILLA, s. 170 vd.; KARAKEHYA, s. 31 vd.; HAFIZOĞULLARI, s. 272 vd.

⁷³⁸ DE MATTEIS, s. 993-994; FILIÈ, s. 748.

halinde olası kast vardır". Bu tanım, olası kastın karakteristik unsurlarını ortaya koymaktan uzaktır. Nitekim, bu tanımdan olası kastla bilinçli taksir arasındaki fark anlaşılammaktadır. Bilinçli taksir halinde de, aynen olası kasttaki gibi, sonucun öngörülebilir olması gerekmektedir. Olası kasta karakteristik özelliğini veren, failin, öngörülebilir sonuca rağmen bunun gerçekleşmesine rıza göstermesi, riski göze alarak hareketine devam etmesidir. Oysa ki, bilinçli taksirde, sonuç öngörülmesine rağmen, fail bunun gerçekleşmeyeceği yönünde bir kanaat taşımakta ve hareketlerini gerçekleştirmektedir⁷³⁹.

Bir suçu gerçekleştirmek amacıyla hareket eden fail, kastının yöneldiği sonucun yanında gerçekleşebilecek diğer sonuçları da göze alırsa ve devam ederse, ortaya çıkan suçlardan sorumlu olacaktır. Çünkü bu hareketler, şüpheye yer vermeyecek şekilde sonuca yöneliktir⁷⁴⁰. Ancak bu tartışma konusu dışındadır. Üzerinde fikir birliğine varılamayan husus, failin yöneldiği sonucun teşebbüs aşamasında kalması durumunda, doğrudan olmayan ancak öngördüğü ve göze aldığı diğer sonuçlardan sorumlu olup olmayacağıdır. Olası kast, herşeyden önce tamamlanmış suçlarda bir anlam ifade etmektedir. Fail, öngördüğü ve gerçekleştirmek istediği sonucun yanında gerçekleşme ihtimalini de kabul ettiği sonuçlardan, ancak doğrudan kastının yöneldiği sonuç gerçekleşirse sorumlu olacaktır. Fail, tipik fiilin teşebbüs halinde kalması durumunda, korunan menfaati tehlikeye düşürmesi nedeniyle ceza almaktadır. Diğer yandan gerçekleşme ihtimalinin kabul edildiği ancak gerçekleşmeyen sonuçlar nedeniyle de tehlikenin

⁷³⁹ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 188, s. 208; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 401; HAFIZOĞULLARI, s. 272 vd.; KARAKEHYA, s. 24 vd.

⁷⁴⁰ FILIÈ, s. 749.

tehlikeliliği kabul edilip faile ceza verilecek midir?⁷⁴¹. Örneğin düşmanına karşı her türlü kötülüğü yapabileceğini göstermek amacıyla uyarı niteliğinde onun villasını ateşe vermek isteyen failin, herhangi bir nedenle bu amacına ulaşamaması durumunda, bekçinin de villada olabileceği ve ölebileceği ihtimalini göze aldığı kabul ederek, bekçinin yaralanması halinde hem mala zarar vermekten hem de adam öldürmeye teşebbüsten mi sorumlu tutulması gerekir?⁷⁴²

Yine doktrinde bir kısım yazar, teşebbüs ile olası kast arasındaki sorunun, esasen teşebbüs halinde cezalandırmanın başlangıcının değerlendirilmesinden ortaya çıktığını savunmaktadırlar. Bunun nedeni, teşebbüs halinde cezalandırmanın, doğrudan doğruya icraya yönelik hareketlerle başlamasıdır. Hareketin doğrudan doğruyalığı niteliği, objektif ve sübjektif olarak iki şekilde değerlendirilebilir. Ancak bu iki farklı değerlendirme, iki karşıt görüşü beraberinde getirmektedir⁷⁴³.

Doktrinde konuya olumlu yaklaşan görüşe göre, madem manevî unsur bakımından teşebbüsle tamamlanmış suç arasında fark yoktur, o halde kastın tüm türleri, olası kast da dahil, her iki durumda da bulunabilmelidir. Hatta doktrinde, teşebbüs kastının yalnızca tamamlanmış suçtaki doğrudan kastı belirtmediği, bilâkis kastın tüm türlerini ifade ettiği ileri sürülmüştür⁷⁴⁴. Zira tamamlanmış kasıtlı bir suç için yeterli görülen ancak aynı suçun teşebbüs şeklinden sorumluluk için yetersiz

⁷⁴¹ VERONESE, s. 2353.

⁷⁴² PALAZZO, s. 462.

⁷⁴³ RESTA, s. 311; MORSELLI, *Dolo eventuale*, s. 37 vd.

⁷⁴⁴ Görüşün savunucuları için bkz. RANIERI, s. 356; SCARANO, s. 237; MARINUCCI – DOLCINI, s. 301; MORSELLI, *Dolo eventuale*, s. 40; MORSELLI, *Il tentativo*, s. 132; MORSELLI, *Note in tema di delitto tentato*, s. 86; MORSELLI, *Condotta ed evento*, s. 46-47; VANNINI, *Elemento morale*, s. 413 vd.; RAMACCI, s. 467; ÖNDER, s. 387; VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 49; MEZGER, s. 398; PETROCELLI, s. 35-36; ALIMENA, *Attività esecutiva*, s. 117; GIULIANI-BALESTRINO, s. 6 vd.; SÖZÜER, s. 163 vd.

kalan bir kast türünün niteliğini anlamak oldukça güçtür. Teşebbüs derecesinde kalan suça ilişkin hareket, kastın türünü değişikliğe uğratmamaktadır. Açıkça görülüyor ki, konuya olumlu bir bakışla yaklaşan bu anlayış, olası kastla suça teşebbüs edilebileceğini kabul etmektedir. Örneğin, bir üst geçitten ana yola büyük bir kaya fırlatan kişi, yoldan geçen arabaların sürücülerinin veya yolcuların ölümüne neden olabileceği riskini göze almaktadır⁷⁴⁵. Yine, sigorta bedelini almak için evi ateşe veren fail, evde yaşlı birinin olabileceğini ve ölebileceğini öngörmektedir, herşeye rağmen tüm riskleri kabullenerek hareketine devam etmektedir. Fail, mala zarar verme suçunu oluşturan hareketler yanında, adam öldürme sonucunu doğuracak icraî ve elverişli hareketleri de yapmaktadır. Bu durumda da, fail ölüm sonucunun gerçekleşmesine göre, tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan da sorumlu olacaktır⁷⁴⁶. Bu görüş, olası kast durumlarını, teşebbüs derecesinde kalan suçların cezalandırılma nedeni olan ve tehlike şeklinde ortaya çıkan ihlale dahil etmektedir⁷⁴⁷. Ayrıca, bu görüşü savunanlar, TCK. md. 35'te de yer alan "hareketin doğrudan doğruya suçun icrasına yönelik olması", yani bir anlamda hareketin suça yönelik olmasında şüpheye yer vermezliği kriterini, sadece objektif yönden değerlendirmektedir. Bu bağlamda, değerlendirme hareketin yalnızca dış dünyada sonucu somutlaştırma bakımından gösterdiği elverişliliğe, bir başka ifadeyle sonucu gerçekleştirmedeki nedensel iktidarına göre yapılmalıdır. Fail, hareketinin neticesinde belirlenen sonuçlar yanında, bir takım olası sonuçları da öngörmekte ve bu riske onay vermektedir. O halde, failin hareketi bir takım olası sonuçları da

⁷⁴⁵ RANIERI, s. 356; ANGELINI, Marco, "Dolo eventuale e tentativo: una lunga questione ancora alla ricerca di soluzione", Cass. Pen. 1993, s. 1106 vd.; D'ASCOLA, s. 682 vd.; Ayrıca görüşler için bkz. RIZ, s. 348-349; RESTA, s. 310.

⁷⁴⁶ ANGELINI, s. 1108-1109.

⁷⁴⁷ VERONESE, s. 2353.

doğurabilme iktidarına sahipse, olası kastla teşebbüs derecesindeki bir suçun gerçekleştirilebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Çünkü esas olan hareketin o sonuçları meydana getirebilmesindeki nedensel bağıdır. Bu durum, teşebbüsle olası kastın bir arada bulunabileceğinin bir göstergesidir⁷⁴⁸.

Bu konuda olumlu bir görüş belirten SÖZÜER, failin bir sonucu gerçekleştirmek isterken, bu sonuca zorunlu olarak bağlı bulunan sonuçlar bakımından da doğrudan kastla hareket ettiğini ileri sürmekte ve görüşünü şu örnekle somutlaştırmaktadır: Mirasına sahip olmak amacıyla annesinin bindiği uçağa bomba koyan failin, uçak havada iken patlaması halinde diğer yolcuların da ölebileceğini istediği sonucuna varmak gerekmektedir. Yazara göre olası kast ise, failin gerçekleştirmek istediği asıl sonuca zorunlu olarak bağlı olmayan, fakat gerçekleşme imkân ve ihtimali yüksek olan ikinci sonuçların fail tarafından kabullenilmesidir. Örneğin, fail tarafından kalabalık bir toplulukta bulunan kişiye karşı ateş açılması halinde, başkalarının da ölebileceğinin kabullenilmesi ve failin olursa olsun düşüncesiyle hareket etmesi olayında, istediği sonuç gerçekleşmese dahi, fail adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır.⁷⁴⁹

Olası kastla teşebbüs derecesinde kalan bir suçun işlenebileceği görüşünü savunan PETROCELLI de, tezini anlatabilmek amacıyla şu örneği vermiştir. A, B'yi öldürmek istemektedir. B, C ile birlikte arabada giderken, A, B'yi hedef alarak ateş eder. Ancak tam bu esnada arabanın yoldaki çukura düşmesi ile yönü değişen

⁷⁴⁸ D'ASCOLA, s. 691; Hareketin doğrudan doğrucılığı niteliğini objektif yönden değerlendiren görüş için bkz. MORSELLI, **Dolo eventuale**, s. 34, s. 40; MORSELLI, **Il tentativo**, s. 132; MORSELLI, **Note in tema di delitto tentato**, s. 86; MORSELLI, **Condotta ed evento**, s. 46-47; MARINUCCI – DOLCINI, s. 301-302; Bu görüşlere yer veren yazarlar için bkz. ANGELINI, s. 1108.

⁷⁴⁹ SÖZÜER, s. 163.

kurşun, hem B'nin ölümüne hem de C'nin yaralanmasına neden olmuştur. Yazar, A'nın, B'yi öldürmekten C'yi de öldürmeye teşebbüsten sorumlu olduğunu belirtmiştir⁷⁵⁰. Ancak, yazarın bu görüşünü kabul etmek mümkün değildir. Öncelikle, verilen örnek şahısta (isabette) çift neticeli sapma hipotezini ortaya koymaktadır. Çift neticeli sapma halinde, suç hem kastedilen kişi üzerinde hem de bir başka kişi üzerinde işlenmektedir. Fail, istediği ve gerçekleştirdiği kişi bakımından kasıtlı; ikinci şahıs bakımından da somut olaya göre olası kast, bilinçli taksir veya basit taksirden sorumlu olur. Somut örnekte A, B'yi kasten öldürmekten, C'yi de olası kastla yaralamaktan sorumludur. Ancak, dikkat edilmesi gereken nokta, fail gerçekleştirmek istediği suçu tamamlamış, bu sonuca bağlı olarak ortaya çıkabilecek sonuçların da risklerini almıştır. Burada, failin esas işlemek istediği suçun teşebbüs halinde kalması durumu söz konusu değildir.

Doktrinde bu konuda karşı görüş de ileri sürülmüştür⁷⁵¹. Bu görüşe göre, teşebbüs derecesinde kalmış suçların olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Bunun nedeni, olası kastla teşebbüsün yapısının uyuşmamasıdır. Olası kast, ancak tamamlanmış suçlarda doğrudan kastın yöneldiği sonucun yanında ortaya çıkan diğer sonuçlar için söz konusu olabilir. Bunun nedeni, neticenin olası kastı belirlemesidir. Teşebbüs derecesinde kalan suçlarda, sonuç gerçekleşmediğinden, faile ceza vermek mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle, olası kastla hareket ederek belirli bir

⁷⁵⁰ PETROCELLI, s. 37-38.

⁷⁵¹ Görüşü savunanlar için bkz. MARINI, *Trattato di diritto penale*, s. 697-699; GAMBERINI, s. 318; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 417; DE SANTIS, s. 2067 vd.; FORTI, s. 1787 vd.; GUARALDO, s. 1516; VERONESE, s. 2350 vd.; FILIÈ, s. 749; FIANDACA – MUSCO, *Parte generale 1990*, s. 238; FIANDACA – MUSCO, *Parte generale 1999*, s. 421; CAPUANO-CAPUTO, s. 1073 vd.; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 506; POMPEI, s. 21; D'ASCOLA, s. 689 vd.; DE FRANCESCO, Giovannangelo, "Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato", Riv. it. di dir. e proc. pen. 1988, s. 973 vd.; MANTOVANI, s. 416; BELTRANI, s. 57; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, s. 207-208; GALLO, M., s. 796; HAFIZOĞULLARI, s. 312.

sonucun meydana gelebileceğini öngörmek ve herşeye rağmen vazgeçmeyerek bu sonucu da istemiş olmak konusunda faili, ancak sonuç gerçekleşirse sorumlu tutmak mümkün olur⁷⁵². Bu görüşün temelini, öngörülen hareketin ve sonucun istenmesi ile diğer sonuçların istenmesi arasındaki uyumsuzluk oluşturmaktadır⁷⁵³. Bu bağlamda, failin, öngördüğü zorunlu ya da olası sonuçların gerçekleşmemesi durumunda, faili bu sonuçlardan dolayı teşebbüs derecesinde cezalandırmak, “*netice kastı belirler*” ilkesiyle çelişmektedir⁷⁵⁴. Bu görüşü savunanlar, tamamlanmış suçtan sorumluluk için yeterli olan olası kastın, teşebbüs için yetersiz olmasını kavramanın ilk başta zor olduğunu kabul etmektedirler. Ancak, teşebbüsün oluşumu için failin işlemek istediği sonuca yönelik hareketlerle icraya geçmesi gerekmektedir⁷⁵⁵. Oysa ki, failin iradesi ve buna bağlı olarak icrasına başladığı hareketi bu sonuçlara yönelik değildir⁷⁵⁶. Doğrudan doğruya icraya başlamak, ancak öngörülen ve istenilen bir suçun sonucu için geçerlidir. Teşebbüs halinde kalan suçlarda bulunması gereken kast, işlenmesi kastedilen suçun icrasına başladığını bilmek ve istemekten oluşur⁷⁵⁷. O halde, teşebbüs, doğrudan kastın var olduğu durumlarda kabul edilebilir. Sonucun muhtemel olduğu haller ise, teşebbüsün dışında kalmaktadır. Bir başka ifadeyle, teşebbüsün olası kastla uyumsuzluğu, icra hareketlerinin “*doğrudan doğruyalığı*”

⁷⁵² DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 417; MARINI, **Elementi di diritto penale**, s. 268; NAPPI, s. 457; GUARALDA, s. 1516-1517; MANTOVANI, s. 416; PULITANÒ, s. 481.

⁷⁵³ VERONESE, s. 2351.

⁷⁵⁴ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 458-459; ÖZTÜRK – ERDEM – ÖZBEK, s. 163.

⁷⁵⁵ CADOPPI – VENEZIANI, s. 375; PULITANÒ, s. 481.

⁷⁵⁶ PADOVANI, s. 360-361.

⁷⁵⁷ CONTENTO, s. 436-437; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 262-263.

özelliğinde kendini göstermektedir⁷⁵⁸. İşlenmek istenen suça yönelik kast, şüpheyeye mahal vermeyecek nitelikteki hareketlerden anlaşılır⁷⁵⁹. Bu görüş, hareketin doğrudan doğruya icraya yönelik oluşunu, yalnızca objektif yönden değil, failin iradesinin belirlenmesini sağlayan subjektif yönden de değerlendirmektedir. İşte bunun sonucundadır ki, hareketin doğrudan doğruyalığı niteliği ile olası kast bir arada kabul edilmemektedir⁷⁶⁰. Diğer yandan, failin, iradesinin yöneldiği suçu tamamlamış olması halinde başka sonuçların da doğabileceği riskini kabullenmesi, ancak suçu tamamlayamaması durumunda, ex ante değil, ex post bir değerlendirme ile ortaya çıkar. Hareketin gerçekleştirildiği sıradaki somut koşullar dikkate alınarak bir sonuca varılacak olması halinde ise, failin, iradesinin yönelik olduğu sonuç yanında, başka sonuçların da doğabileceği riskini göze aldığını kabul etmek gerekir. Ancak tamamlanmamış bir fiil sonucunda, tamamlansaydı esas sonuç yanında bir takım başka sonuçların da doğabileceğini kabul etmek, henüz gerçekleşmemiş ihlallere yönelik iradeyi cezalandırmak anlamına gelmektedir ki, bunu kabul etmek oldukça güçtür⁷⁶¹.

O halde denilebilir ki, olası kastla suça teşebbüs edilebileceğini kabul etmek, cezalandırma alanının aşırı şekilde genişletilmesine neden olacaktır⁷⁶². Gerçekten de, teşebbüsün olası kastla işlenmesinin mümkün olması, “*tehlikeye koymanın*

⁷⁵⁸ FORTI, s. 1788; MANTOVANI, s. 416; PULITANÒ, s. 481; FILIÈ, s. 748; GUARALDO, s. 1517; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1990**, s. 238; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 421; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 534; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 562; BETTIOL – MANTOVANI, s. 621; DE FRANCESCO, s. 973; BELTRANI, s. 63; GALLO, M., s. 796.

⁷⁵⁹ VERONESE, s. 2353; DE FRANCESCO, s. 973.

⁷⁶⁰ Görüşler için bkz. ANGELINI, s. 1108; RESTA, s. 311; DE FRANCESCO, s. 982.

⁷⁶¹ DE FRANCESCO, s. 978.

⁷⁶² PULITANÒ, s. 481; ÖZGENÇ, s. 484.

tehlikeliliği”ni cezalandırmak anlamına gelmektedir, bu durum da cezalandırmanın başlangıcının çok öne alınmasına sebep olacaktır⁷⁶³. Bunu kabul etmek mümkün değildir.

Manevî unsur başlığı altında özellikle vurguladığımız nokta, teşebbüsün varlığı için işlenmesi istenilen suça ilişkin bir kastın olması gerektiğidir. Gerçekten de, somut olayda meydana gelen ve doğrudan işlenmek istenilen suça bağlı olmayan ancak doğrudan kastın yönelmiş olduğu suçun gerçekleştirilmesiyle başka sonuçların da doğabileceğinin öngörülmesi ve buna rıza gösterilmesi durumunda, söz konusu suçlara teşebbüs mümkün görünmemektedir. Çünkü fail, doğrudan kastının olmadığı suçlara sadece rıza göstermektedir. Esasen bu suçlara yönelik bir kastı olmadığı gibi, olası kastla işlenen suçların gerçekleşme ihtimali olduğu kadar gerçekleşmeme ihtimali de mevcuttur. Failin sorumluluğunu meydana gelen sonuç belirleyecektir. Dolayısıyla, failin iradesi dışında ortaya çıkan bir engel nedeniyle, olası kastının var olduğu suçların yarıda kesilmesi kabul edilemez⁷⁶⁴. Her ne kadar tamamlanmış suç ile teşebbüs halinde kalmış suçun kastı aynı ise de, olası kastla teşebbüsün meydana gelmesinin imkânsızlığı bu görüşün istisnasını oluşturmaktadır⁷⁶⁵. Olası kastla teşebbüs halinin birlikte var olabileceğini savunan görüşün verdiği örneği kabul etmek de mümkün gözükmemektedir. Çünkü, üst geçitten anayola taş fırlatan gençlerin iradesi yalnızca arabalara zarar vermek veya sadece tehlike yaratmak

⁷⁶³ DE MATTEIS, s. 995; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 511; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 507.

⁷⁶⁴ DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 417.

⁷⁶⁵ PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 511; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 507.

olabilir. Sonuç gerçekleşmeden kesin olarak arabanın sahibini öldürme kastları olduğu ve bunun da teşebbüs aşamasında kaldığı söylenemez⁷⁶⁶.

Teşebbüsle olası kastın bir arada bulunamayacağı görüşünü savunan bir kısım yazar da, bu görüşlerini teşebbüs hükmünün kendine özgü yapısına dayandırmaktadırlar. Madem ki teşebbüse ilişkin hüküm, asıl suçta tamamlayıcı niteliktedir ve kendine özgü maddî – manevî unsura sahiptir, o halde teşebbüs derecesinde kalan suçun tamamlanmış suçla aynı kasta sahip olması sonucu çıkarılmamalıdır. Bu bağlamda, teşebbüs hali ile tamamlanmış suçun aynı manevî unsura sahip olduğunu ve dolayısıyla teşebbüsle olası kastın bir arada bulunabileceği tezini ortaya atan görüş, artık geçerliliğini kaybetmiş olacaktır⁷⁶⁷. Hatta RESTA, bu konuda ikili bir ayırım yapmıştır. Yazar, tamamlanmış suç ile teşebbüs arasında sübjektif unsur yönünden bir aynılık veya farklılık olmasını dikkate alarak değerlendirmede bulunmuştur. Buna göre; manevî unsur açısından tamamlanmış suç ile teşebbüs derecesinde kalan suç arasında bir farklılık olmadığı kabul ediliyorsa, teşebbüs ile olası kastın bir arada bulunması mümkündür. Şayet teşebbüs derecesinde kalan suçun özerk bir yapısı ve kendine özgü unsurları olduğu kabul edilmişse, teşebbüs kastının tamamlanmış suçla olan ayniyeti üzerinden ortaya konulan görüşü savunmak da mümkün olmamaktadır⁷⁶⁸. Ancak, bu konudaki kesin fikrimizi teşebbüs hükmünün niteliğini tartışırken belirtmiştik. Kısaca tekrarlamak gerekirse, teşebbüs hükmü asıl normu tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Karakteri itibariyle, kendine özgü maddî ve manevî unsura sahiptir. Bu nedenle, manevî unsur

⁷⁶⁶ Bkz. DE MATTEIS, s. 994.

⁷⁶⁷ RESTA, s. 310.

⁷⁶⁸ RESTA, s. 310.

bakımından tamamlanmış suçta mümkün olabilen tüm kast türlerinin, teşebbüs halinde de gerçekleşmesi gerekmemektedir.

Doktrinde bir kısım yazara göre ise; teşebbüsle olası kastın bir arada bulunup bulunamaması konusunda, tüm suçlar için geçerli olabilecek bir çözümün var olması imkânsız gözükmemektedir⁷⁶⁹. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü kesin olan bir kural vardır ki, “*netice kastı belirlemektedir*”. Failin doğrudan yönelmediği, doğmamış bir sonuç için sırf meydana gelme ihtimali var diye sorumlu tutulması, kanuni tip olarak düzenlenmemiş ve henüz sosyal tehlike doğurmayan fiilleri cezalandırmak anlamına gelmektedir. Zira, tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalan suçlar, korunan menfaat üzerinde yarattıkları tehlike nedeniyle antisosyal karakter taşımakta ve devlet tarafından hoşgörü ile karşılanmamaktadır⁷⁷⁰.

Yargıtay’ın ise, bu konuda 5237 sayılı Kanun öncesi verdiği bazı kararlarında, olası kastla doğrudan kast arasındaki farkı tam olarak ortaya koyamadığı görülmektedir⁷⁷¹. Ancak yeni Kanunun kabulü ile Ceza Genel Kurulu’nun verdiği bir karar, kanaatimizce Yargıtay’ın konuya bakış açısını da ortaya koymaktadır. Şöyle ki; “*Rastgele yapılan bir ateş sonucu mermilerin araçtakilere isabetiyle, araçtakilerin ölmesi halinde, gayri muayyen (belirsiz) kast kuralları uyarınca, sanık meydana gelen sonuçtan yani öldürmeden sorumlu ise de, ölümün meydana*

⁷⁶⁹ DE MATTEIS, s. 996.

⁷⁷⁰ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 418; PANNAIN, s. 453; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 254; EREM, s. 322; EREM – DANIŞMAN – ARTUK, s. 294; DÖNMEZER, s. 120; ERSOY, s. 117; ÖZTÜRK – ERDEM – ÖZBEK, s. 161.

⁷⁷¹ **1. CD., T. 24.5.1983, E. 1983/1812, K. 24.5.1983**: “*Tabancayı düğün yerinde bulunan topluluğa doğru yatay ve hatta yukarıdan aşağı eğik durumda tevcih ederek müteaddit el ateş eden ve hayati nahiyeden isabet sağlayan sanıkta öldürme bilinci ve muayyen olmayan öldürme kastının varlığı kabul edilmelidir. Sanığın normal bir insan boyundan daha aşağı seviyede topluluğa yönelerek yaptığı müteaddit atışlardan çıkan mermilerin kişi veya kişilere isabet edeceğini bilmesi gerekir. Bu itibarla, olayda muayyen olmayan kastla adam öldürmeye tam teşebbüste bulunmak suçu oluşmuştur*”. YKD., C. IX, S. 9, Eylül 1983, s. 1381-1382.

gelmemesi halinde, öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamaz, aksi kabul belirsiz kast (gayrimuayyen kast) durumunda kastın sınırlarını öngörülemeyecek derecede genişletme sonucunu doğurur. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sanığın meydana gelen yaralama sonucundan belirsiz (gayrimuayyen) kast kuralları çerçevesinde sorumlu tutulması gerekirken, boş tabanca ile hedef gözetilerek ikinci kez tetik düşürüldüğüne ilişkin kuşkulu kabule dayanılarak, sanığın eyleminin adam öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğuna ilişkin Yerel Mahkeme direnme kararı isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir”⁷⁷².

C. ÖZEL KAST VE TEŞEBBÜS

Bazı fiillerin suç sayılabilmesi için genel kast yeterlidir. Yani, failin kanunun suç saydığı bir sonucu bilerek ve isteyerek işlemiş olması gerekmektedir. Gerçekten de, bazı suçlar bakımından, fiilin kasten işlenmiş olması yeterli olmaktadır. Ancak, kanun bazı suçların belli bir saikle işlenmiş olmasını aramaktadır. İşte faili harekete geçiren saikin, suçun unsuru olarak kabul edildiği hallerde “özel kast” adını almaktadır⁷⁷³.

Saik, bazı suçlara verilecek olan cezayı etkilemekte ve verilecek olan ceza üzerinde azaltıcı veya ağırlatıcı bir işleve sahip olmaktadır. Ayrıca, saik, maddî unsurları birbirine benzeyen suçları da ayırmada esas alınmaktadır⁷⁷⁴.

Tamamlanmış suçun gerçekleşmesi için özel kastın varlığı gerekli ise, bu suçun teşebbüs şekli bakımından da aynı türden bir kast gereklidir. Özel kast, saikin suçun unsuru sayıldığı hallerde söz konusu olur⁷⁷⁵.

⁷⁷² C.G.K., T. 27.12.2005, 1-131/167.

⁷⁷³ ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 145-147.

⁷⁷⁴ ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 145-147.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BAZI SUÇLAR BAKIMINDAN TEŞEBBÜS SORUNU

I. GENEL OLARAK

Teşebbüse ilişkin hükümler genel kısımda düzenlenmiştir. Bu nedenle, kural olarak tüm suçlar için uygulanabilen genel bir niteliğe sahiptirler. Özel kısımda yer alan suç ipotézlerinin teşebbüs derecesinde kalması durumunda, o suça ait maddede bir açıklık bulunmasına gerek olmaksızın, teşebbüs hükümleri uygulanır. Ancak nitelikleri gereği, teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı suçlar da vardır⁷⁷⁶.

Bu bölümde, çeşitli suçlar bakımından teşebbüs sorunu irdelenmektedir. Bu bağlamda, teşebbüsün yapısıyla taksirli suçlar, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar, olası kastla işlenen suçlar ve ayrıca hareket açısından özellik gösteren tehlike suçları, sırf hareket suçları ve ihmal suçları tartışılmaktadır. Bu suçlar incelenirken, hareket unsurunun bir oluşum süreci gerektirip gerektirmediği esas alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır. Bunun yanında, cezalandırılabilme şartı içeren suçlara, kesintisiz (mütemadî) şekilde işlenen suçlara ve kalkışma suçlarına teşebbüsün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği değerlendirilmektedir.

⁷⁷⁵ Kastın türleri için bkz. ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 147.

⁷⁷⁶ FLORIAN, **Diritto penale**, s. 641.

II. TAKSİRLİ SUÇLAR

TCK.'nın 35. maddesinde belirtildiği üzere, teşebbüs için kast gereklidir. Md. 35'te “...işlemeyi kastettiği bir suç...” ifadesi yer almaktadır. Fail işlemeyi kastettiği bir suçun icrasına başlamaktadır. Failin kendi hareketinin sonucunu bilmesi ve istemesi gerekir. Teşebbüs derecesindeki suçlarda, failin kastı hem icra hareketlerine, hem de sonuca yöneliktir. Ayrıca, failin hareketi ile ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik bağı da olmalıdır. Ancak, sonuç failin elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmemektedir⁷⁷⁷.

Taksirli suçlarla, kasıtlı suçları ayıran temel unsur; taksirli suçlarda, kasıtlı suçların aksine hareketin istenmesi, ancak sonucun istenmemesidir. Taksirli suçlarda iradi olan yalnızca harekettir, oysa ki kasıtlı suçlarda hem hareketin, hem de sonucun iradi olması gerekir. Taksirin cezalandırılmasının esasını ise, failin üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ve dolayısıyla kınanması oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, fail, kanun koyucu tarafından önlenmeye çalışılan zararlı sonuçları, üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ihlal etmekte ve bu nedenle sorumlu tutulmaktadır⁷⁷⁸.

YTCK.'nın 22/2. maddesinde taksir şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir*”. Ancak kanunun

⁷⁷⁷ BELTRANI, s. 55-56; MARINI, **Elementi di diritto penale**, s. 264; MASSARI, **Le dottrine generale del diritto penale**, s. 163, s. 165.

⁷⁷⁸ ANGIOLINI, Alfredo, “Il tentativo ne’delitti colposi”, La Scuola Positiva 1897, s. 601, s. 607; SCARANO, s. 236; Kast ve taksir kavramları için bkz. TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 180 vd.; ÖNDER, s. 293 vd.; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 390; ÖZTÜRK – ERDEM – ÖZBEK, s. 251 vd.; ÖZBEK – BACAĞSIZ – DOĞAN, s. 197 vd.; EREM, s. 510 vd.; DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II*, İstanbul 1997, s. 216 vd. (C. II).

bu tanımı eksik düzenlenmiştir. Taksir, gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle öngörülebilir bir sonucun, öngörülmemesinden ibarettir. Tanımda “özen yükümlülüğü”ne yer verilmektedir. Bu kavram anlam itibariyle, tedbirsiz veya dikkatsiz şekilde gerçekleştirilen hareketleri de kapsamaktadır⁷⁷⁹. Örneğin, annenin çocuklarının oynadığı odadaki masanın üzerine zehirli hapları bırakması ve oradan uzaklaştıktan sonra, çocukların bunların tadına bakmaları ve ölmeleri olayında, açıktır ki annenin kusuru söz konusudur. Ancak kusuru taksir derecesindedir, çünkü anne gerekli özeni göstermiş olsaydı, bu sonucun doğabileceğini öngörecekti⁷⁸⁰. İşte, taksirli suçlarda hareketin istenip sonucun irade edilmemiş, yani fiil için gereken kurucu unsurlardan birinin eksik olması, bu tür suçların teşebbüs halinde ortaya çıkmasını mümkün kılmamaktadır⁷⁸¹.

Tamamlanmış suç için taksirin yeterli olduğu durumlarda dahi, bu suçun taksirli şekline teşebbüsten dolayı ceza verilemez⁷⁸². Teşebbüs ile taksirin bir arada bulunması mümkün değildir. Bunun nedeni, teşebbüsün belli bir sonucu gerçekleştirmek üzere bilinçli hareket etmeyi gerektirmesidir⁷⁸³. Doktrinde, taksirli suçlara teşebbüs edilememesini nedeni, bu suçların varlığının, fiil dışında, fiilin icrasını takip eden bir değişikliğin gerçekleştirilmesine bağlı kılınmasıdır⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ HAFIZOĞULLARI, s. 281 vd.; ÖNDER, s. 317.

⁷⁸⁰ ALIMENA, Francesco, “Il concetto unitario del reato colposo”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1939, s. 367 (**Reato colposo**); Benzer örnek için bkz. VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 17.

⁷⁸¹ MARINI, **Elementi di diritto penale**, s. 264; MASSARI, **Le dottrine generale del diritto penale**, s. 163, s. 165; SINISCALCO, **La struttura del delitto tentato**, s. 193; VANNINI, Ottorino, “Dell’elemento morale nel tentativo”, Riv. Pen. 1919, s. 394 (**Elemento morale**).

⁷⁸² DÖNMEZER – ERMAN, **C. I.**, s. 417.

⁷⁸³ RIZ, s. 349-350.

⁷⁸⁴ VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 62.

Taksirin basit şekli için geçerli olan sonucun istenmemesi şartı, bilinçli taksirle işlenen suçlarda da farklılık arzmemektedir. YTCK.'nın 22/3 maddesinde bilinçli taksir tanımına yer verilmiştir. Bu maddeye göre; “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır*”. Ancak, kanun koyucu bu tanımı da eksik düzenlemiştir. Şöyle ki; bilinçli taksirde, fail hareketi istemekte ancak sonucu öngörmesine rağmen önleyebileceği düşüncesiyle devam etmektedir. Sonuç, failin düşüncesinde soyut bir ipotez olarak kalmaktadır, somut olarak gerçekleştirilmesi düşünülmemektedir⁷⁸⁵. Fail, sonucun gerçekleşmesi konusunda negatif bir kanı taşımaktadır. Bu bağlamda, failin sonucu istemesinden bahsetmemiz mümkün değildir⁷⁸⁶. Çünkü teşebbüsün varlığı için gereken unsur, sonucun öngörülüp öngörülmemesi değil, bilâkis sonucun kendisinin gerçekleştirilmesinin istenmesidir. Görüldüğü üzere, bilinçli taksir ile olası kast ortak unsurlara sahiptir, ancak sonuç kısmının gerçekleştirilmesinin irade edilip edilmemesi noktasında farklılık göstermektedirler. Ancak kanun koyucu, bilinçli taksir ile olası kastın tanımını ayırdedici biçimde düzenlememiştir⁷⁸⁷. Nitekim, fail öngörülebilir bir sonucun her koşulda gerçekleşmesine rıza gösterirse, olası kasttan; bu sonucu önleyebileceği kanısıyla hareket ederse bilinçli taksirden söz edilir⁷⁸⁸. Kanun koyucu, iki kusur türü arasındaki ayırımı maddeye yansıtamamıştır.

Sonuç olarak, taksirli suçlar, ister basit ister bilinçli bir şekilde işlensin, yapı itibariyle teşebbüsün oluşumuna uygun değildir.

⁷⁸⁵ DE MATTEIS, s. 991.

⁷⁸⁶ RESTA, s. 307.

⁷⁸⁷ HAFIZOĞULLARI, s. 284 vd.

⁷⁸⁸ ALTAVILLA, s. 174.

Buna karşın, doktrinde taksirli suçlarda teşebbüsün mümkün olabileceği ileri sürülmüştür⁷⁸⁹. Bu görüşe göre; korunan hak veya menfaate yönelen iradi hareket, öngörülebilir kötü bir sonuca neden olmuşsa cezalandırılabilir hatta cezalandırılması gerekir. O halde, parçalara ayrılabilen irade, durdurulur ve bozulan toplum düzeni bu şekilde savunulur. İrade edilen hareket cezalandırılır ancak bunun anlamı gerçekleştirilmeyen veya gerçekleştirilmesi istenmeyen fiilin de cezalandırılacağı anlamına gelmez. Taksirli suçlarda teşebbüsün mümkün olamayacağı görüşünü destekleyen yazarların düştüğü hata, teşebbüsün var olabilmesi için hareketin amacının tek kriter olarak ele alınmasıdır. Oysa ki, taksirle teşebbüs durumunun bir arada bulunması mümkündür. Taksirli suçlarda hareketin isteyerek yapılmaya başlanması gerekir. O halde, nerede irade edilmiş bir hareket varsa, orada teşebbüs halinden bahsedilebilir. Bu görüş bir sonuca varamamış ve etkisiz kalmıştır⁷⁹⁰. Yine bu görüşü savunanların verdiği örnek şudur: Fail, öldürmeyi düşündüğü saldırgana karşı bu niyetle tabancayla ateş eder, ancak isabet ettiremezse, bu olayda kasıtlı adam öldürmeye teşebbüsü düşünmeye gerek yoktur. Bu durum tipik taksirli adam öldürmeye vücut verir⁷⁹¹.

Teşebbüs, failin yöneldiği amaca karşı değildir, taksirli suçlarda ortaya çıkan sonuç failin amacı ve iradesi dışında kalmaktadır. Teşebbüsün anlamı, kesin bir sonucu gerçekleştirmeye çabalamaktır⁷⁹². Taksirli suçlarda ise, fail bir sonucu gerçekleştirme çabası içinde değildir, YTCK.'nın ifadesiyle özen yükümlülüğünü

⁷⁸⁹ Görüşü savunanlar için bkz. ALIMENA, **Reato colposo**, s. 374-377.

⁷⁹⁰ VANNINI, **Elemento morale**, s. 396-397.

⁷⁹¹ ALIMENA, **Reato colposo**, s. 377.

⁷⁹² Taksirli suçlarda teşebbüsün mümkün olup olmayacağına ilişkin görüşler için bkz. VANNINI, **Elemento morale**, s. 396 vd.

yerine getirmeyerek, yani sadece tedbirsiz, dikkatsiz veya özensiz davranarak bu sonucun ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

III. OLASI KASTLA İŞLENEN SUÇLAR

Olası kast halinde, teşebbüsün söz konusu olup olmayacağı, ikinci bölümde manevi unsur başlığı altında ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır. Bu nedenle, bu bölümde yalnızca sorunun esasını ve bu konudaki kanaatimizi belirtmekle yetineceğiz.

5237 sayılı YTCK.'da “*olası kast*” tanımlanmıştır. Ancak bu tanım isabetli değildir. YTCK. md. 21/2'ye göre; “*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır*”. İlk olarak, bu tanım olası kastın belirleyici unsurlarını ortaya koyamamaktadır. Olası kast, failin, öngörülebilir sonuca rağmen bunun gerçekleşmesine rıza göstermesi, riski göze alarak hareketine devam etmesi şeklinde tanımlanabilir. Ancak, kanundaki tanımda failin “rıza göstermesi veya riski kabullenmesi” unsuru eksik düzenlenmiştir⁷⁹³.

Konuyla bağlantılı olarak, doktrinde tartışılan husus, olası kastla teşebbüsün bir arada bulunup bulunamayacağıdır. Bir başka ifadeyle, failin yöneldiği sonucun teşebbüs aşamasında kalması durumunda, doğrudan olmayan ancak öngördüğü ve göze aldığı diğer sonuçlardan sorumlu olup olmaması, esas sorunu oluşturmaktadır.

Kanaatimizce, teşebbüs derecesinde kalmış suçların olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Bunun nedeni, “*neticenin olası kastı*” belirlemesidir. Olası kastla

⁷⁹³ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 188, s. 208; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 401; HAFIZOĞULLARI, s. 272 vd.; KARAKEHYA, s. 24 vd.

hareket ederek belirli bir sonucun meydana gelebileceğini öngörmek ve vazgeçmeyerek bu sonucu da istemiş olmak konusunda faili, ancak sonuç gerçekleşirse sorumlu tutmak mümkün olur⁷⁹⁴. Failin, öngördüğü zorunlu ya da olası sonuçların gerçekleşmemesi durumunda, faili bu sonuçlardan dolayı teşebbüs derecesinde cezalandırmak, “*netice kastı belirler*” ilkesiyle çelişmektedir⁷⁹⁵.

Ayrıca, teşebbüste icra hareketlerinin “*doğrudan doğrualığı*” unsuru, olası kastla uyumsuzluk göstermektedir⁷⁹⁶. İşlenmek istenen suça yönelik kast, şüpheye yer vermeyecek nitelikteki hareketlerden anlaşılmaktadır⁷⁹⁷. Hareketin doğrudan doğruya icraya yönelik oluşu, failin iradesinin belirlenmesini sağlayan subjektif yönden de değerlendirilmelidir. Bunun sonucunda, hareketin doğrudan doğrualığı niteliği ile olası kastın bir arada bulunmasının kabul edilmesi mümkün değildir⁷⁹⁸.

IV. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN SUÇLAR

Kanun koyucu, ceza hukuku sistemimizden objektif sorumluluk hallerini kaldırmak amacıyla, genel kısımda, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların tanımına yer vermekte ve bu suçlarda, gerçekleşen sonuç bakımından failin kusurunu aramaktadır. Böylece, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar da, YTCK.’daki düzenleme ile kusurlu sorumluluğa dahil olmuşlardır.

⁷⁹⁴ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 417; MARINI, **Elementi di diritto penale**, s. 268; NAPPI, s. 457; GUARALDA, s. 1516-1517; MANTOVANI, s. 416; PULITANÒ, s. 481.

⁷⁹⁵ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 458-459; ÖZTÜRK – ERDEM – ÖZBEK, s. 163.

⁷⁹⁶ FORTI, s. 1788; MANTOVANI, s. 416; PULITANÒ, s. 481; FILIÈ, s. 748; GUARALDO, s. 1517; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1990**, s. 238; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 421; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 534; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 562; BETTIOL – MANTOVANI, s. 621; DE FRANCESCO, s. 973; BELTRANI, s. 63; GALLO, M., s. 796.

⁷⁹⁷ VERONESE, s. 2353; DE FRANCESCO, s. 973.

⁷⁹⁸ Görüşler için bkz. ANGELINI, s. 1108; RESTA, s. 311; DE FRANCESCO, s. 982.

YTCK.'nın 23. maddesine göre; *“Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir”*. Objektif sorumluluğu kaldırma çabasıyla düzenlenen bu hüküm, bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir sonucun oluşumuna sebebiyet vermesi durumunda, failin kusurunun en az taksir derecesinde olmasını aramaktadır. Kanun koyucu, bu şekilde objektif sorumluluk hallerini bertaraf etmek istemiştir.

Genel kısımda, kanun her ne kadar neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suçtan söz ediyorsa da, bu hükümde iki ipotez söz konusudur. Nitekim, özel kısımda düzenlenen suç tipleri de bu düşüncemizi doğrulamaktadır. Örneğin, YTCK. md. 87/4, kastı aşan suç ipotezine uymaktadır. Kastı aşan suç, özü itibariyle neticesi sebebiyle ağırlaşan suç kategorisine dahildir. Her iki suç tipinde de, failin icraî veya ihmalî hareketinden, istenilen veya öngörülen sonucun ötesinde başka bir sonuç meydana gelmektedir. Ancak kastı aşan suçlarla neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar arasında, bir takım farklılıklar da vardır. Bu farklılıklar, ihlal edilen hukukî değer veya menfaatin niteliği ve suç niteliğinin değişmesi bakımından ortaya çıkmaktadır⁷⁹⁹.

⁷⁹⁹ HAFIZOĞULLARI, nitelikleri bakımından birbirinden tamamen farklı olan bu iki tür suçun, tek bir hüküm altında düzenlenmesinin yanlış olduğunu düşünmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI, s. 292 vd.

Kastı aşan suçlarla neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar arasındaki farklılık iki başlık altında toplanmaktadır. Birinci farklılık, ihlal edilen hukukî değer veya menfaatin niteliği bakımından ortaya çıkmaktadır. Kastın aşılması suretiyle işlenen suçlarda ihlal, aynı hukukî varlık veya menfaat üzerinde gerçekleştiğinden, ikinci sonuç bakımından ortada bir nitelik farkı yoktur. Oysa, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda iki sonuç arasında bir nitelik farkı bulunmaktadır. Kastı aşan suç ile neticesi sebebiyle ağırlaşan suç arasında, suç niteliğinin değişmesi bakımından da farklılık söz konusudur. Kastı aşan sonuç, gerçekleşen ağır sonuç nedeniyle yeni bir suç tipi ortaya çıkarmaktadır. Failin işlemeyi kastettiği suçtan, başka bir niteliğe sahip olan bağımsız bir suç meydana gelmektedir. Neticesi nedeniyle ağırlaşan suçlarda, gerçekleşen ağır sonuç yönünden temel suçun niteliğinde bir değişiklik olmamaktadır, yalnızca ceza ağırlaşmaktadır. Bkz. ÖZEN, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, s. 218 vd.

Doktrinde CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, kanunda ilk ipotez olarak düzenlenen kastı aşan suçları “gerçek netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar”, ikinci ipotezde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları ise “gerçek olmayan veya görünüşte netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar” olarak nitelendirmektedir⁸⁰⁰.

Biz, YTCK.’da, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar tek bir hüküm başlığı altında toplansa da, her iki suç tipinde teşebbüs halinin mümkün olup olmadığını ayrı ayrı incelemekte fayda görüyoruz.

A. KASTIN AŞILMASI SURETİYLE İŞLENEN SUÇLAR

Kastın aşılması suretiyle işlenen suçlarda⁸⁰¹, failin kastettiği sonuçtan daha ağır bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, kanun faili iradesinin yöneldiği daha hafif sonuçtan değil, kastının olmadığı daha ağır sonuçtan sorumlu tutar⁸⁰². Ancak failin meydana gelen ağır sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için, kusurunun en azından taksir derecesinde olması gerekmektedir (YTCK. md. 23).

Kanun koyucunun, objektif sorumluluk hallerini ortadan kaldırma çabasının bir ürünü olan bu düzenlemede, failin sonuç bakımından taksirle hareket etmesi aranmaktadır. Kastı aşan suçların hukukî mahiyetine ilişkin bir çok görüş ileri sürülmüştür⁸⁰³. Ancak kanunumuzun da esas aldığı eski ve yaygın görüşe göre, kastın aşılması, taksirle karışık kasttan ibarettir. Daha açık ifadeyle, istenen sonuç

⁸⁰⁰ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 415 vd.

⁸⁰¹ Kastı aşan suçlarla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, s. 123 vd.

⁸⁰² DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 454.

⁸⁰³ Görüşler için bkz. ÖZEN, s. 126 vd.

yönünden kast; istenenin ötesinde gerçekleşen sonuç içinse taksir derecesinde kusur kabul edilmektedir⁸⁰⁴.

Kastın aşılması suretiyle işlenen suçlarda ya failin hareketinden, kastının yönelmiş olduğu sonuç ya da daha ağır bir sonuç meydana gelmektedir. İlk ipotezde fail işlemeyi kastettiği suçtan sorumlu olur, çünkü iradesinin yöneldiği sonuç gerçekleştiğinden suç tamamlanmıştır ve teşebbüs durumu olması söz konusu değildir. İkinci ipotez ise, failin hareketinden kastının yönelik olduğu sonuçtan daha ağır bir sonucun gerçekleşmesidir. Bu durumda da, failin kastını aşan bir sonuç ortaya çıktığından yine bu suça teşebbüs elverişli değildir⁸⁰⁵.

Kastı aşan suçlardan anlaşılması gereken, her halde sonucun gerçekleştiğidir. Açıktır ki, sonucun gerçekleşmesiyle, suç tamamlanmaktadır. Bu aşamadan sonra, teşebbüsten söz etmek mümkün değildir. Ancak, henüz kastın aşılması suretiyle meydana gelen bir sonuç gerçekleşmemişse, fail tarafından işlenmek istenen suçun teşebbüs derecesinde kalması, kuşkusuz kabul edilmektedir.

YTCK.'nın 87/4. maddesinde düzenlenen hükmünde, yaralama kastıyla hareket eden failin, mağdurun ölümüne yol açması halinde kastın aşılması suretiyle işlenen bir suç söz konusudur. Bu hallerde, fail kastettiği hafif sonuçtan değil, ortaya çıkan daha ağır sonuçtan sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle, bu suçlarda ağır sonuç gerçekleştiğinden teşebbüs halinin söz konusu olması mümkün değildir. Bununla

⁸⁰⁴ Doktrinde bu teori eleştirilmiştir. Eleştirinin içeriğine göre, kast ve taksir, iradenin birbiri ile bağdaşmayan, yani bir arada bulunması mümkün olmayan iki ayrı davranışdır. Fakat açıktır ki, bu eleştiri doğru değildir. Söz konusu bağdaşmazlık, yalnızca aynı sonuç yönünden bir anlam ifade eder. Failin, aynı sonucu, aynı anda hem istemiş, hem de istememiş olması kabul edilemez. Bu bağlamda, suçla iki ayrı sonuç bulunduğundan, failin bunlardan birini istemiş, diğerini istememiş olması mümkündür. Fail, ikinci sonuca tedbirsiz veya dikkatsiz davranışlarla neden olabileceğinden, manevî unsurun her iki şeklinin (kast ve taksir) birlikte bulunabilmesi kabul edilebilir bir yaklaşımdır. Bkz. TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 115.

⁸⁰⁵ CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 94; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 454; ÖZGEN, s. 65.

birlikte, YTCK.'nın 23. maddesinde kastın aşılması suretiyle işlenen suçlarda, failin ağır sonuç yönünden taksir derecesinde bir kusuru aranacağından, teşebbüsün suç işleme kastına ilişkin unsuru da gerçekleşmemektedir⁸⁰⁶.

B. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN SUÇLAR

YTCK.'nın 23. maddesine göre; *“Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir”*.

İkinci ipotezde düzenlenen suç, adı üzerinde neticesi sebebiyle ağırlaşmaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, suçun varlığı için gerekli olan başka, zararlı veya tehlikeli bir sonuç meydana gelmekte ve ceza ağırlaşmaktadır⁸⁰⁷.

Bu tür suçlar, temel ve ağırlaştırıcı nitelik taşıyan kanuni tip olmak üzere iki hükmün bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Temel suç, failin işlemeyi kastettiği sonucu gerçekleştirmesini cezalandırmaktadır. Ağırlaştırıcı hükümse, temel suçta yer alan hareketle bağlantılı olarak kanuni tipte belirtilen sonucun gerçekleşmesi halinde, daha ağır cezanın verilmesini gerektiren hükümdür⁸⁰⁸.

O halde, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda bir temel hükümden, bir de belli bir sonuç doğduğunda nedensellik bağıyla temel suçtaki harekete bağlanabilen ve cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren ağırlatıcı hükümden bahsetmek zorunludur.

⁸⁰⁶ Aynı görüş için bkz. CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 475.

⁸⁰⁷ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 341.

⁸⁰⁸ CONCAS, Luigi, “Delitti dolosi aggravati da un evento non voluto e tentativo”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1967, s. 837; ÖZEN, s. 186.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, ağırlaştırıcı neden sayılan sonuç fail tarafından istenilmemelidir. Aksi takdirde, ağır sonucun irade edilmiş olması tipik kasıtlı bir suçun oluşumuna vücut verir. Bu tür suçları, kasıtlı suçlardan farklılaştıran unsur da, suçun ağır sonucunun irade edilip edilmemesidir⁸⁰⁹.

Gerçekten de, söz konusu suçlarda mutlaka bir sonuç gerçekleşmeli, bu sonuç da kastedilenden daha ağır olmalıdır. Ayrıca cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran sonuç, temel suçtaki hareketin bir sonucu olmalıdır. Kanundaki düzenlemeye göre, istenilmeyen ancak meydana gelen bu ağır sonuç bakımından da failin en azından taksirli bir şekilde kusurlu hareket etmesi gerekmektedir (md. 23). Bu nedenle, bu tür suçlardan ancak ağır sonuç doğduğunda söz edilebilir. Gerçekten de, suçun basit şekli için failin kasıtlı bir şekilde hareket ederek belli bir sonucu gerçekleştirmesi gerekmektedir. Kanun koyucu, kastedilen sonuçtan başka, ağır bir sonucun meydana gelmesini cezanın artırılması için gerekli bir neden kabul etmiş ve söz konusu ağırlaştırıcı neden bakımından da failin taksirini aramıştır⁸¹⁰.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda teşebbüsle ilgili olarak ortaya çıkan esas sorun şudur: Temel suçun teşebbüs derecesinde kalması durumunda, daha ağır sonucun temel suçun tamamlanması için gerekliliğinin öngörülüp öngörülemeyeceği tartışmalıdır⁸¹¹.

Doktrinde hakim olan görüşün aksine, bazı yazarlar, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suçun teşebbüs halinde kalmasını, temel suçun nitelikli hali gibi kabul ederek aynı ceza sistemini uygularlar. Bu şekilde bir uygulamanın

⁸⁰⁹ CONCAS, s. 810.

⁸¹⁰ DÖNMEZER – ERMAN, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda temel suçun hem kastla, hem de taksirle işlenebileceğini ileri sürmektedirler. Bkz. DÖNMEZER – ERMAN, **C. II**, s. 292

⁸¹¹ CONCAS, s. 811.

kabul edilmesinin nedeni de Şu Şekilde açıklanmaktadır: Suçun nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda, ceza nitelikli hal üzerinden teşebbüs hali için bir indirim yapılarak tespit edilir. Herhangi açıklanamaz bir duruma sebebiyet vermemek için de, temel suçun teşebbüs halinde kalması, ancak teşebbüs hareketlerinin istenilmeyen ağır sonuca neden olmaları durumunda da, ceza yine ağırlaştırılmış sonucun gerçekleştirilmesine bağlı öngörülen artırımın üzerinden, teşebbüs hali için öngörülen indirim yapılarak verilmelidir⁸¹² (YTCK. md. 61).

Temel suçun sonuç nedeniyle ağırlaşması durumunda, ağırlaştırılmış ceza, bağımsız nitelikte düzenlenebileceği gibi, temel suçta yer alan cezaya atıfta bulunularak belli bir oranda arttırılması Şeklinde de ngrlebilir⁸¹³.

Daha önce de bahsedildiği üzere, teşebbüs ancak kasıtlı, yani sonucun irade edildiği suçlarda gerçekleşebilir. Oysa ki, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda ağır sonuç fail tarafından işlenmesi kastedilen sonuç değildir. Aynı zamanda, bu tür suçlarda suça niteliğini veren, ağır sonucun meydana gelmesidir. Bu gerekçelerle, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda teşebbüs halinden söz etmek imknsızdır⁸¹⁴.

Ceza kanununda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların bir çok rneği bulunmaktadır. Bu tür suçlar yönünden bir ayırım yapılması gerekmektedir. Kanun koyucu, bazen ikinci sonuç yönünden, failin psişik hareketi ister taksirli, ister kasıtlı olsun cezanın arttırılmasını öngörmektedir. Örneğin, yalan tanıklık (YTCK. md. 272) ve iftira (YTCK. md. 267) suçlarında, bu fiillerin belirli mahkumiyetlere neden olması halinde, ceza ağırlaşmaktadır. Bu tür suçlarda önemli olan, failin ikinci sonuç

⁸¹² CONCAS, s. 813.

⁸¹³ ÖZEN, s. 190.

⁸¹⁴ CONCAS, s. 837-838.

bakımından en azından taksir derecesinde kusurunun bulunmasıdır⁸¹⁵. Ağır sonuç, suçun ismini değiştirmez, yalnız cezaya etki eder. Gerçekleşen iki sonuç arasında nitelik farkı vardır⁸¹⁶.

Ancak bazı suçlarda, suçu ağırlaştırıcı sonuç, fail tarafından dolaylı da olsa istenmemelidir. Bir başka ifadeyle, ikinci sonuç yönünden failin hareketinin taksirli olması gerekmektedir. Aksi takdirde, ikinci sonuç fail tarafından istenmişse, yani fail kasıtlı olarak hareket etmişse, başka bir suç ortaya çıkar. Bu durumda da, sonuçları ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen hükümler değil, başka hükümler uygulanır. Örneğin, terk etme suçunda, terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, bu ikinci sonuçlar bakımından failin taksirli olması koşulu ile, neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç söz konusu olur. Şayet, ikinci sonuçlar bakımından fail kasıtlı olarak hareket etmişse, artık yaralama veya adam öldürme suçundan bahsetmek gerekmektedir⁸¹⁷. Örneğin, çocuk düşürme suçunda kadının ölmesi olayında, hem çocuk düşürme hem de ölüm sonucu gerçekleşmektedir. Failin hareketi gerçekleşen ölüm sonucu bakımından taksirli ise, neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suçtan; kasıtlı ise adam öldürme suçundan cezaî sorumluluk söz konusu olur.

Diğer yandan, ağırlatıcı neden sonucun meydana gelmesi halinde cezayı artırıyorsa, teşebbüs derecesinde kalan suçlarda bu ağırlatıcı nedenin uygulanması mümkün değildir. Sonuç meydana gelmedikçe, ağırlatıcı neden uygulanamaz⁸¹⁸. Ancak ağırlatıcı neden, harekete ilişkin ise, örneğin silah kullanmak, sonuç meydana

⁸¹⁵ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 210.

⁸¹⁶ ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 157 vd.

⁸¹⁷ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 210.

⁸¹⁸ CONCAS, s. 839-840.

gelse de gelmese de, ceza artırılmaktadır. O halde, ağırlatıcı nedenin, harekete ve sonuca ilişkin olması, teşebbüs halinde kalan suçlarda bu nedenin uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Ağırlatıcı neden, harekete ilişkin ise, suç ister tamamlansın ister teşebbüs aşamasında kalsın ceza artırılır; sonuca ilişkin ise ancak sonucun gerçekleşmesi halinde cezanın artırılması mümkün olur⁸¹⁹.

V. TEHLİKE SUÇLARI

Tehlike suçlarının varlığı için, zarar tehlikesinin doğması gerekmektedir. Tehlike, esasen zarar doğması ihtimalinin bulunması demektir. Bu nedenle, tehlike suçlarında, korunan hukukî menfaat açısından sadece tehlikenin doğması yeterli olmaktadır. Örneğin, halkın farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etme tehlike suçudur⁸²⁰.

Tehlike suçlarında teşebbüsün mümkün olup olmayacağı konusu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, tehlike suçlarında teşebbüs mümkün değildir. Bunun nedeni, “*tehlikenin tehlikeliliği*”nin kabul edilmesi ile, cezalandırmanın başlangıcının çok öne alınması olarak ifade edilmektedir⁸²¹.

Buna karşılık, bu tür suçlarda da teşebbüsün gerçekleşebileceği ileri sürülmüştür. Tehlike suçlarında, hukukî konu zarara uğratılmaz, yalnızca tehlikeye düşürülür⁸²². Örneğin, tehlikenin derecelendirilmesi düşüncesine göre, ulaşımın

⁸¹⁹ BETTIOL – MANTOVANI, s. 622; CONCAS, s. 835-836.

⁸²⁰ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 260 vd.; ÖNDER, s. 175-176; TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 124.

⁸²¹ Görüşü savunanlar için bkz. PETROCELLI, s. 51; MANTOVANI, s. 426; Görüşe yer verenler için bkz. FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1999**, s. 422-423; CADOPPI – VENEZIANI, s. 372; PALAZZO, s. 463.

⁸²² ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 444.

güvenliğini tehlikeye düşürmek için, yola doğru büyük bir kaya sürüklerken durdurulan kimse, bu suça teşebbüs etmiş sayılır⁸²³. Bir başka olay üzerinden konuya yaklaşırsak, örneğin mektupla tehdit suçunda, söz konusu suçun birbirini takip eden icra hareketleriyle işlenmesi mümkün olduğundan, muhatabına ulaşmadan önce tehdit mektubunun ele geçirilmiş olması durumunda, teşebbüs oluşur. Ancak suçun teşebbüs aşamasında sayılması için, gerçekleştirilen hareketin elverişli ve şüpheye yer vermeyecek olması yanında, failin niyetini de kesin olarak ortaya koyması gerekmektedir⁸²⁴. O halde, tehlike suçlarında hareket, bir oluşum sürecine sahip ve dolayısıyla bölünmeye uygun ve elverişli ise, teşebbüs kabul edilmektedir⁸²⁵.

Bu konuda ortaya atılan üçüncü bir görüş ise, tehlike suçlarını somut ve soyut olarak ele almakta ve teşebbüs durumunu da bu ayırımı göre değerlendirmektedir. Somut tehlike suçlarında, hareket suç konusu bakımından gerçekte bir zarar tehlikesi yaratmış olmalıdır. Bu nedenle, somut tehlike suçlarında teşebbüs kabul edilmemektedir. Şayet kabul edilirse, “tehlikenin tehlikeliliği” cezalandırılmış olacağından, cezaî sorumluluğun alanının da oldukça genişleyeceği ileri sürülmüştür. Somut tehlike suçları maddi suçlardandır. Buradaki tehlike varsayıma dayanmamaktadır. Somut tehlike suçlarının varlığı için mutlaka tehlikenin gerçekleşmesi gerektiğinden, bu tür suçlara teşebbüs etmek mümkün değildir. Diğer yandan, soyut tehlike suçlarında, suçun varlığı için, somut bir tehlikenin gerçekleşmesine gerek yoktur. Zira, kanuni tanımda yer alan bu tür suçların özünde, tehlikenin var olduğu farzedilmektedir. Soyut tehlike suçlarında, hareketin suç

⁸²³ NAPPI, s. 452; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 525; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 520-521.

⁸²⁴ MANZINI, **Il tentativo**, s. 937.

⁸²⁵ MAGGIORE, s. 450; SALTELLI – ROMANO-DI FALCO, s. 389; ROMANO-DI FALCO, s. 150.

konusu üzerinde tehlike yaratmış olup olmadığı araştırılmaz. Tehlikenin bulunduğu bir varsayımdır. Kanun koyucu, icraî veya ihmalî hareketin yapılması ile, korunmak istenen suç konusunun tehlikeye maruz kaldığını kabul etmektedir. Soyut tehlike suçları, şekli suçlardır. Bu nedenle, hareketin bölünebilir olması halinde soyut tehlike suçlarına teşebbüs etmek mümkündür⁸²⁶.

Biz de, tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olduğu görüşüne katılmaktayız. Ancak, hareketin bir oluşum sürecine sahip olması veya parçalara bölünebilmesi gerekmektedir. Tehlike suçları, şekli suçlardandır. Bu durumda mülga Kanunun ifadesiyle bu suçlara eksik teşebbüs kabul edilmektedir. Tehlike suçlarında, hareketin yapılması ile suç tamamlandığından, tam teşebbüsün gerçekleşmesi mümkün değildir⁸²⁷.

⁸²⁶ NAPPI, s. 453; PADOVANI, s. 362; DELOGU, s. 559; ÖNDER, s. 175-176.

⁸²⁷ **C.G.K., T. 25.4.1983, 6-98/194:** “...Paraya ihtiyacı olan sanık, paralı olduğunu bildiği mağduru korkutarak ondan para almaya karar vermiştir. Bu kararını icraya başlamış ve mağdura ilk mektubu göndermiştir. Durumu izlemiş, tertibat alındığını farketmediği için paranın konmasını istediği apartman kapısına yaklaşmamıştır. Buna rağmen sanık vazgeçmemiş, icraî hareketlerini sürdürmüş, mağdura ikinci mektubu göndererek hem istediği para miktarını artırmış, hem de paranın kapıcı ile iskeleye gönderilmesini istemiştir. Bununla da yetinmemiş, daha da ileri giderek, durumu yakından izlemek için kardeşi olan kapıcının yanına gelmiştir. Burada, mağdurun polise haber verdiğini ve polisçe önlem alındığını öğrenmiştir. İşte sanığın iradesine bağlı olmayan bu engeller “mani sebepler” yüzünden icra hareketi tamamlanamamıştır.

Bu durumda,sanığın eyleminin gasba eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden.....hüküm tesisi yasaya aykırı olduğundan..... direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir”. **C. I,** s. 1190.

VI. SIRIF HAREKET SUÇLARI⁸²⁸

Kanun bazı suçların gerçekleşmesi bakımından, sadece hareketin yapılmasını yeterli görmektedir. Ayrıca bu hareketten bir sonuç doğmasını aramamaktadır. Kanun koyucunun suçun varlığı ve dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için aradığı unsur, hareketin yapılmasıdır. Bu nedenle bu suçlara “sırf hareket suçları” adı verilir⁸²⁹.

Sırf hareket suçları, bazen tek bir davranışın oluşturduğu, bazen de birden çok davranışın oluşturduğu hareketlerle gerçekleştirilebilir. İşte, bazı suçların varlığı için, yalnızca hareketin yapılması yeterlidir. Fail, icra hareketini yapıp bitirdiğinde, ayrıca doğal anlamda bir sonucun doğması gerekmez. Yapılan hareketle birlikte suç tamamlanmıştır⁸³⁰. Her suçun bir sonucu olması gerektiğini savunanlara göre; kanunun suçun varlığı ve failin cezalandırılabilmesi açısından, hareketin yapılmasını yeterli görmesi, bu suçlarda bir sonucun meydana gelmeyeceği anlamına

⁸²⁸ MASSARI, “sırf hareket suçları”nı ayrı bir kategori olarak kabul etmemektedir. Çünkü her suçun bir sonucu olduğunu ve bu sonucun da korunan hukukî konuyu ihlal ettiğini belirtmektedir. Bazı suçlar vardır ki, bunların cürmi faaliyeti ile sonucu aynı zamanda gerçekleşmektedir. Bu suçlarda, söz konusu iki aşama (hareket-sonuç) sadece sözde var olmaktadır. Buna karşın, bazı suçlarda, kronolojik olarak bu aşamaları birbirinden ayırmak mümkündür. İşte ilk tanım şekli suçları, ikinci ise maddî suçları oluşturmaktadır. Bu bağlamda, maddî ve şekli suçlar arasındaki farkın önemi, teşebbüs halinde ortaya çıkmaktadır. Şekli suçlar açısından teşebbüs, yalnızca icra hareketlerinin tamamlanamadığı ipotезде söz konusu olabilir. Tüm icra hareketlerinin tamamlandığı ancak sonucun gerçekleşmediği hallerde teşebbüsü kabul etmek mümkün değildir. Çünkü şekli suçların temel özelliği, hareketle birlikte sonucun gerçekleşmesi, hareket ile sonuç arasında kısa da olsa bir zaman aralığının girmemesidir. Bkz. MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 186; KUNTER, *Maddî Unsurlar*, s. 104 vd.

⁸²⁹ Doktrinde doğalcı anlayışın kabul edilmesi ve sonucun her suçta bulunması gerekli unsur olarak benimsenmesi doğrultusunda, bu suçlara “neticesi harekete bitişik suçlar” da denilmektedir. Bu anlayışa göre, her suçun bir sonucu vardır, ancak sonuç bazen hareketten ayrı, bazen de harekete bitişiktir. Bazı hallerde kanun sadece ihlal edici hareketin yapılmasını suçun tamamlanması için yeterli görmektedir. Bkz. KUNTER, *Maddî Unsurlar*, s. 104.

⁸³⁰ GUADAGNO, s. 306; MANTOVANI, s. 425; CADOPPI – VENEZIANI, s. 372; MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 165; NUVOLONE, s. 418; CAVALLO, *Parte generale*, s. 733; PAGLIARO, *Parte generale 2000*, s. 524; PAGLIARO, *Parte generale 1998*, s. 519-520; VELOTTI, s. 136; ADORNATO, s. 45.

gelmemektedir. Bu anlayışa göre; kanun sadece hareketin yapılmasını suçun tamamlanması için yeterli saymakla, bunun ötesinde bir araştırma yapılmasına gerek olmadığını ifade etmek istemiştir.

Sırf hareket suçlarında icra hareketlerinin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmaktadır. Her ne kadar yeni kanun, eksik – tam teşebbüs ayırımını benimsememişse de, sırf hareket suçlarında, icra hareketlerinin tamamlanmasını ancak sonucun gerçekleşmemesini ifade eden tam teşebbüs mümkün değildir. Suç tamamlandığı için, dış dünyada bir sonucun meydana gelip gelmediği araştırılması yapılmamaktadır. Ancak, diğer bir teşebbüs hipotezi olan icra hareketlerinin tamamlanamaması durumunda (mülga TCK.'ya göre eksik teşebbüs) ise, hareket parçalara bölünebiliyorsa teşebbüs halinin mümkün olduğunu kabul etmek gerekecektir. Daha açık bir ifadeyle, bu suçlarda, eski kanunun tabiriyle “tam teşebbüs” mümkün değildir, bunun nedeni tam teşebbüsün oluşabilmesi için icra hareketlerinin tamamlanıp failin iradesi dışındaki bir sebeple sonucun gerçekleşmemesinin gerekliliğidir. Sırf hareket suçlarında, suç hareketin yapılması ile tamamlanacağından, artık bu suçun teşebbüs halinden bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte, yine eski kanunda yer alan “eksik teşebbüs”ün varlığı için, failin iradesi dışındaki bir sebeple icra hareketlerinin tamamlanamaması gerekir. Bu durumda bir ayırım yapmak gerekmektedir. Suç tek hareketten oluşuyorsa, yani tek bir hareketin yapılmasıyla suçun ortaya çıkması söz konusuysa eksik teşebbüs de mümkün olmaz. Gerçekten de, tek bir davranışın oluşturduğu hareketle fiilin tamamlandığı ve dolayısıyla suçun gerçekleştiği hallerde, teşebbüsün kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü, teşebbüs için hareketin bölünebilir olması

gerekmektedir⁸³¹. Yani, bazı suçlarda hareket tek bir davranıştan oluşur ve parçalara bölünemez. Eğer suç, tek bir davranışın yapılması ile gerçekleşirse, bu bölünemeyeceğinden, bu suça teşebbüs mümkün değildir. Örneğin sözlü hakaret suçunda, söz söylendiği anda suç tamamlanmaktadır, bu suça teşebbüs edilmesi söz konusu olamaz⁸³². Eğer hareket birden çok davranışa bölünebilirse, bu davranışların tümünün tamamlanamama olanağı söz konusudur. İcra hareketlerinin gerçekleştirilmesiyle suç olduğundan, sırf hareket suçlarında yalnızca icra hareketlerinin parçalara ayrılabilmesi durumunda teşebbüs hali söz konusu olabilir⁸³³. Bu suçların yapısı, yalnızca icra hareketlerinin tamamlanamaması şeklinde ortaya çıkan, mülga kanunun ifadesiyle eksik teşebbüse uygundur⁸³⁴. O halde, birden çok davranışın oluşturduğu sırf hareket suçlarına teşebbüs mümkündür. Örneğin hakaret içeren mektuba, mağdura ulaşmadan önce posta dairesinde el konulması halinde, söz konusu suçlarda da (eksik) teşebbüsün olabileceği kabul edilmektedir⁸³⁵.

⁸³¹ GUADAGNO, s. 306; MANTOVANI, s. 425; CADOPPI – VENEZIANI, s. 372; MASSARI, **Le dottrine generale del diritto penale**, s. 165; NUVOLONE, s. 418; CAVALLO, **Parte generale**, s. 733; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 524; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 519-520; VELOTTI, s. 136.

⁸³² VANNINI, **Il problema giuridico**, s. 31; POZZOLINI, s. 101; MANTOVANI, s. 425-426; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 444; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 539; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 568; BETTIOL – MANTOVANI, s. 627; CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 90.

⁸³³ MANTOVANI, s.425-426; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 444; BETTIOL, **Parte generale 1976**, s. 539; BETTIOL, **Parte generale 1982**, s. 568; BETTIOL – MANTOVANI, s. 627; RAMACCI, s. 458; SELÇUK, s. 814.

⁸³⁴ CARPEGGIANI, s. 364; MANTOVANI, s. 426; DÖNMEZER – ERMAN, **C. I**, s. 454-455.

⁸³⁵ MALKOÇ, s. 625.

Yargıtay da sırf hareket suçlarında tam teşebbüsün mümkün olamayacağını, bu suçlarda ancak (eksik) teşebbüsün söz konusu olabileceğini ifade etmiştir⁸³⁶.

VII. CEZALANDIRILABİLME ŞARTI İÇEREN SUÇLAR

Bu tür suçlarda, cezalandırılabilme, tipik fiilde öngörülen şart(lar)ın gerçekleştirilmesine bağlıdır. Ancak, suçun şartları ile cezalandırılabilme şartları birbirinden farklı kavramlardır. Cezalandırılabilme şartı, suçun icrası sürecinden bağımsız olarak gerçekleşmesi aranmaktadır⁸³⁷. Herşeyden önce söz konusu şart, suçun bir unsuru değildir, suçun tüm unsurlarıyla gerçekleşmesinden sonra varlığı aranan olgulardır ve ancak bazı suçlar bakımından söz konusu olabilirler⁸³⁸. Bir başka ifadeyle, suçun cezalandırılabilme şartları fiilden önce gelmeyip, suçun bütün unsurları ile tamamlanmasından sonra söz konusu olan ve o suçtan dolayı failin ceza görmesine imkân veren hususlardır. Bu şartlar, kronolojik olarak unsurlarla birlikte veya unsurlardan sonra gerçekleşmektedirler⁸³⁹.

Cezalandırılabilme şartları, suç teşkil eden fiille doğrudan doğruya ilişkide bulunmalarına karşın, hukuka aykırılığın ve kusurluluğun bünyesine girmezler. Bu

⁸³⁶ **Y.C.G.K., T. 21.2.1983, 6/455-64:** “Neticesi harekete bitişik suçlar yapısı itibariyle tam teşebbüse elverişli değildir. Bu tür suçlarda sadece eksik teşebbüs söz konusu olabilir.” MALKOÇ, s. 642.

Y.C.G.K., T. 3.2.1992, 291/1: “...Irza geçme suçları neticesi harekete bitişik suçlardandır. Şekli, sonuçsuz yahut sırf hareket suçları da denilen bu tür suçlarda, icraî hareketler (yapıcı davranışlar) yapıldığında suç tamamlanmaktadır. Yani hareketin bitmesi ile snucun alınması aynı anda gerçekleştiğinden, hareketin bitmesi fakat mani sebep yüzünden sonucun alınmaması halinde uygulanması gereken tam teşebbüs hükmünün burada uygulanması olanaksızdır. Tam teşebbüs, ancak neticesi hareketten ayrı suçlarda söz konusudur. Neticesi harekete bitişik suçlardaki hareket bölünebilirse de, failin bu hareketlerden bir kısmını yapması ve diğer hareket bölünebilirse de, failin bu hareketlerden bir kısmını yapması ve diğer kısmını engel sebepten yapamaması halinde eksik teşebbüs hükümleri uygulanabilir”. MALKOÇ – GÜLER, s. 484.

⁸³⁷ DELOGU, s. 553.

⁸³⁸ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 213-214.

⁸³⁹ HAFIZOĞULLARI, s. 310; KUNTER, **Kanunî Unsurlar**, s. 185 vd.; ÖNDER, s. 376; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 188-189.

itibarla, suçun oluşmasını etkilememekte, cezalandırmada doğrudan doğruya etkili olmaktadır. Kanun koyucu, failin cezalandırılabilmesi için, suçun unsurlarının gerçekleşmiş olması yanında objektif bir şart aramışsa, bu şart gerçekleşmedikçe herhangi bir yaptırım uygulanmaz⁸⁴⁰.

Cezalandırılabilme şartının tanımını yaptıktan sonra, suç teorisi içindeki yerinden bahsetmekte yarar görmekteyiz. Bu görüşleri iki grupta toplamak mümkündür. Bir kısım yazar, cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul etmezken, diğer kısmı bu şartların bağımsız bir varlığa sahip olduklarını benimsemektedirler. Bunlar da, cezalandırılabilme şartlarını, suç teorisine girip girmedikleri konusunda bir ayırımı tabi tutmaktadır. Suç teorisine girdiğini kabul edenler, bu şartları özel unsur veya cezalandırılabilmeden bağımsız genel unsur ya da bu genel unsurun şarta bağlı bir şekli olarak sınıflandırmaktadır⁸⁴¹.

Cezalandırılabilme şartları konusunda doktrinde yapılan bu ayrımlar, bu şartlara bağlı suçlarda teşebbüsün kabul edilip edilmemesi açısından önem arz etmektedir.

Cezalandırılabilme şartlarına bağımsız bir varlık tanımayanlar, bu şartların suçun kurucu unsuru olduklarını, failin faaliyetinden meydana gelmeseler bile, onun hareketinin neden olduğu bir sonuca ilişkin olduğunu belirtmektedirler. Diğer yandan bu şartların bağımsız varlığını kabul edenlerin bir kısmına göre, bu şartlar suçun bir unsuru değildirler. Bu fikri savunanlar, şartlar gerçekleşmeden önce suçun tamamlandığını ve dolayısıyla cezalandırılabilme şartlarının suç genel teorisi içinde yer almadığını belirtmektedirler. Bu şartlara hem bağımsız varlık tanıyıp, hem de suç teorisi içinde yer veren yazarlara göre ise, cezalandırılabilme şartları suçun özel

⁸⁴⁰ İÇEL ve diğerleri, s. 13 vd.

⁸⁴¹ KUNTER, **Kanuni Unsurlar**, s. 188-189.

unsurları arasındadır. Bu nedenle, bu şartlar gerçekleşmeden suçun meydana gelmesi de mümkün değildir. Bir başka görüşe göre, cezalandırılabilme şartları ayrı bir varlığa sahip ve suç genel teorisi içinde de suçun genel bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu görüşte olanlar, bu şartları suçun unsurlarını sayarken ayrı ayrı belirtmişlerdir. Son olarak, bazı yazarlar bu şartların hukuka aykırılık veya cezalandırılabilme genel unsurunun bir şeklinden ibaret olduğunu ifade etmişlerdir. Bu yazarlara göre de, cezalandırılabilme şartları bağımsız bir varlığa sahiptir ve suç genel teorisi içinde yer almaktadır. Bunun nedeni, bu şartlar oluşmadan suçun cezalandırılması mümkün olmadığından, söz konusu şartların yeri suç genel teorisidir. Bu şartlar cezalandırılabilme unsurunun bir şeklinden ibarettir. Nitekim, bazı suçlarda bu unsur kayıtsız şartsız vardır, bazılarında ise şarta bağlanmıştır. Suçun cezalandırılabilme şartına bağlı olduğu durumlarda, kanun koyucu gerçekleştirilen fiili cezalandırma, daha açık ifadeyle korunan menfaate verilen zararın ağırlığı konusunda tereddüte düşmektedir. İşte zararın cezalandırmayı gerektirecek derecede olup olmadığı konusunda karar verebilmek için, kanun koyucu suçun sonucundan başka bir sonucun da meydana gelmesini aramaktadır. Korkulan zarar meydana gelmişse, bunun anlamı cezalandırılma konusunda herhangi bir tereddüte yer kalmadığıdır⁸⁴².

Bu bağlamda kısaca açıklamaya çalıştığımız bu görüşlerden herhangi birinin kabulü, cezalandırılabilmesi şarta bağlı olan suçlarda teşebbüsün mümkün olup olmayacağını etkilemektedir.

Nitekim, doktrinde, bu konuda iki farklı görüş mevcuttur.

Bizim de taraftar olduğumuz diğer görüşe göre; cezalandırılabilme şartını içeren suç tipinde, bu şart gerçekleşmedikçe faile ceza verilemez. Bu nedenle, bu suç

⁸⁴² KUNTER, **Kanuni Unsurlar**, s. 189-198.

tiplerine teşebbüs etmek mümkün değildir⁸⁴³. Gerçekten de, fiil varlığı için gerekli bütün unsurlara sahip olmasına rağmen, cezalandırılabilmesi şarta bağlanmışsa, bu fiile ceza verilemez⁸⁴⁴. Şart gerçekleşmişse, cezalandırılabilen bir suç söz konusudur; şart gerçekleşmemişse de cezalandırılabilen bir suçtan bahsetmek imkânsızdır⁸⁴⁵. O halde, bu şartlara ayrı bir varlık tanıyan ve suç genel teorisi içinde suçun genel unsurunun bir şekli olarak kabul eden görüşün bir sonucu olarak, cezalandırılabilme şartına bağlı suçlarda teşebbüs mümkün değildir⁸⁴⁶.

VIII. İHMAL SUÇLARI

Doktrinde sırf ihmal ile ihmal suretiyle işlenen icra suçları arasında bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmiştir. Olumsuz hareketle işlenen suçlara ihmalî suçlar denilmektedir. İhmalî suçlarda, fail kanunun emrettiği hareketi yapmamakla suçu gerçekleştirmiş olur⁸⁴⁷. Yani, ihmalî suçlarda fail, hareketsiz kalarak sonucu gerçekleştirmekte, daha açık ifadeyle suçu tamamlamaktadır. Bu aşamadan önce faili cezalandırmak, soyut düşünceyi cezalandırmak anlamına gelmektedir ve bu da modern ceza hukuku anlayışı ile örtüşmemektedir⁸⁴⁸.

⁸⁴³ MASSARI, *Le dottrine generale del diritto penale*, s. 183; BATTAGLINI, *Parte generale*, s. 438; PAGLIARO, *Parte generale 2000*, s. 524; PAGLIARO, *Parte generale 1998*, s. 521; KUNTER, *Tipicità*, s. 360; SCARANO, s. 234-235; BELTRANI, s. 81-82; ÖNDER, s. 378.

⁸⁴⁴ SCARANO, s. 235.

⁸⁴⁵ CAVALLO, *Il delitto tentato*, s. 92.

⁸⁴⁶ KUNTER, *Kanuni Unsurlar*, s. 210-214.

⁸⁴⁷ DÖNMEZER – ERMAN, *C. I*, s. 376-377.

⁸⁴⁸ DÖNMEZER – ERMAN, *C. I*, s. 456.

A. SIRF İHMAL SUÇLARI

Sırf ihmal suçlarında, fail yalnızca olumsuz bir davranışla, yani hareketsiz kalarak bu suçların gerçekleşmesine neden olmaktadır. Doktrinde sırf ihmal suçlarında teşebbüsün mümkün olup olmayacağı konusu tartışmalıdır.

Doktrinde bir kısım yazarlarca⁸⁴⁹ da benimsenen görüşe göre; ihmal suçlarında teşebbüs hali mümkündür. Bu konudaki görüşleri ile dikkat çeken CARACCIOLI, sırf ihmal suçlarında teşebbüsün mümkün olmaması halinde, bu imkânsızlığın tüm ihmal suçları için geçerli olacağını ifade etmektedir⁸⁵⁰.

CARACCIOLI sorunun çözümünde, araştırmanın genel nitelikte iki farklı alan üzerinde yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bunlardan ilki, sırf ihmal suçlarında tipik hareketin belirlenmesine; diğeri de suç tiplerinde öngörülen ve normla korunan menfaate ilişkindir. Bu görüşte olan yazarlar, madem ki ihmal suçlarının gerçekleştirilebilmesi için, mutlaka kısa da olsa bir süreye ihtiyaç vardır, o halde bu sürenin geçmesinden önceki aşamada suçun tamamlanmasının engellenmesi olasıdır. Bu durum, yükümlülüğün yerine getirilmesinden önce, gerekli olan fiilin tamamlanmasının imkânsız hale gelmesi ile cereyan edebilir. İhmal suçları yapılması gereken yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ile ortaya çıkar. Yazara göre, ihmal suçlarının tipik hareketi, sürenin sona ermesinden önce yapılan son harekettir. Teşebbüs de, bu tipik hareketin gerçekleştirilme imkânsızlığının içinde ortaya

⁸⁴⁹ CARACCIOLI, Ivo, *Il Tentativo nei Delitti Omissivi*, Milano 1977, s. 1 vd.; FIANDACA, Giovanni, “Sulla configurabilità del tentativo nei delitti di omissione”, *Ind. Pen.* 1976, s. 29-30; CONTENTO, s. 441; FIANDACA – MUSCO, **Parte generale 1990**, s. 351.

⁸⁵⁰ CARACCIOLI, s. 80 vd.

çıkılmaktadır⁸⁵¹. Şüphesiz ki fail, bu gerçekleştirme imkânsızlığı içinde, elverişli (ihmalî) hareketlerle doğrudan doğruya suçun icrasına yönelik davranışlarda bulunmalıdır. Bu olasılığın da, teşebbüs derecesine ulaşmış, ancak tamamlanamamış olan hareketler bakımından söz konusu olacağı kuşkusuzdur⁸⁵².

Ancak, gerçekleştirilmesi mümkün olan ve bu aşama içinde gerçekleştirilen son hareket, ihmal suçları için gerekli olan sürenin sona ermesi ile örtüşmeyebilir. Bunun anlamı sürenin sona ermesinin fiilin bir parçası olmadığıdır. Ayrıca sürenin bitmesi, hareket ile sonuç arasında olmasına rağmen, bir sonuç değil, nedensellik bağına ilişkindir. CARACCIOLI'ye göre, sürenin sona ermesi, bir şarttır, bir cezalandırılabilme şartıdır. Süre sona ermişse, failin buna iradi olarak devam ettiği ve suçu gerçekleştirdiği anlaşılmalıdır. Süre sona ermemiş ve gerçekleştirme imkânsızlığı içinde olan failin, vazgeçtiği suça devam ettiği kabul edilmelidir. Sürenin bitmesinin, suçun tamamlanması için bir şart olarak nitelendirilmemesi halinde, sırf ihmal suçlarında teşebbüsten bahsetmek mümkün hale gelir⁸⁵³. Nitekim cezalandırılabilmesi şarta bağlı suçlarda, bu şartlara ayrı bir varlık tanımayan görüş, bu suçlarda teşebbüs halinin olabileceğini kabul etmektedirler. Zira, şartları failin hareketinin neden olduğu sonuç içinde mütalaa etmektedirler⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ CARACCIOLI, s. 80 vd.; GIULIANI-BALESTRINO, Ubaldo, "Aspetti del tentativo nei delitti di omissione", Riv. it. di dir. e proc. pen. 1977, s. 428-429 (**Delitti di omissione**); FIANDACA, s. 18-19; GIULIANI-BALESTRINO, **Il delitto tentato**, s. 76, s. 81.

⁸⁵² CARACCIOLI, s. 75, s. 107, s. 124; CONTENTO, s. 441.

⁸⁵³ CARACCIOLI, s. 84; GIULIANI-BALESTRINO, **Delitti di omissione**, s. 429; FIANDACA, s. 19.

⁸⁵⁴ CARACCIOLI, s. 120; KUNTER, **Kanuni Unsurlar**, s. 211.

Diğer yandan, kanun koyucu tarafından korunan menfaat, sırf ihmal suçlarının tamamlanmasından önce de teşebbüs halinde tehlikeye maruz kalabilir⁸⁵⁵.

CARACCIOLI, teşebbüsün, tamamlanmış suçun ortaya çıkış biçimi olduğunu söyleyerek, failin, teşebbüs hükmünde öngörülen işlemeyi kastettiği suçun icrasına, ihmalî bir hareketle başlaması mümkündür. CARACCIOLI'ye göre; teşebbüs açısından, madem ki suçun icrasına başlamak önemlidir, ihmalî hareketle işlenen suçların icrasına da hareketsiz kalarak başlanması kabul edilmelidir. Bu bağlamda, sırf ihmal suçlarında teşebbüsün cezalandırılmayacağını, çünkü bunun düzenleme olarak mümkün olmadığını ileri sürmek doğru değildir⁸⁵⁶.

CARRARA da, CARACCIOLI ile aynı görüşü savunmaktadır. Ancak yazarın bu doğrultuda verdiği annenin henüz göbek kordonu bağlanmamış bebeğini beslemeden terk etmesi ve ordan geçen merhametli bir kişinin bebeğe yardım ederek ölümden kurtarması örneği, kuşkusuz ihmal suretiyle işlenen icra suçları için geçerlidir⁸⁵⁷.

Konuya olumsuz yaklaşan ve bizim de katıldığımız karşıt görüşe göre ise⁸⁵⁸, sırf ihmal suçlarına teşebbüs etmek mümkün değildir. Bunun nedeni, öngörülen hareketin yapılması için gerekli süre geçmemişse, kanun tarafından belirtilen yükümlülüğün ihlali söz konusu olmaz, ancak süre geçmiş ise zaten ihmalî suç

⁸⁵⁵ CARACCIOLI, s. 83.

⁸⁵⁶ CARACCIOLI, s. 51 vd.; FIANDACA, s. 14-15.

⁸⁵⁷ Bkz. SALTELLI-ROMANO-DI FALCO, s. 389.

⁸⁵⁸ Görüşü savunanlar için bkz. GIULIANI-BALESTRINO, **Delitti di omissione**, s. 440; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 443; CADOPPI – VENEZIANI, s. 373; VANNINI, **Lineamenti di diritto penale**, s. 170-171; PALAZZO, s. 462; CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 91-92; PETROCELLI, s. 50.

tamamlanmış demektir⁸⁵⁹. Gerçekten de, sırf ihmal suçlarında, ihmalle birlikte suç tamamlanmaktadır. Bu tür suçlarda, tamamlanma aşamasından önce teşebbüsün gerçekleşebileceği bir aşama bulunmamaktadır⁸⁶⁰.

B. İHMAL SURETİYLE İCRA SUÇLARI

İhmal suretiyle icra suçları, icraî olarak işlenebilecek suçların ihmalî şekilde işlenmesidir. İhmal suretiyle işlenen icra suçları, sırf ihmal suçlarından farklıdır. Bu farklılık, bu suçlarda teşebbüs durumunun gerçekleşmesini mümkün kılmaktadır. Bu tür suçlarda, suç yolunun oluşumuna ihmalle başlanmakta ve bu ihlalin bir müdahale ile durdurulmasına kadar belli bir süre devam etmesi aranmaktadır. İhmal suretiyle icra suçlarında, failin sonuca ulaşabilmesi için, negatif bir hareketi ortaya koyması, yani ihmalle bu suçun oluşum sürecini başlatması gerekir. Bu sürecin failin iradesi dışındaki bir nedenle kesilmemesi durumunda, ihmal suretiyle icra suçu gerçekleşecektir. O halde, bu suçlar, ihmal ve sonuç olmak üzere iki aşamaya ayrılır. İşte, sonucun gerçekleşmesinden önceki ihmal aşamasında, failin iradesi dışındaki bir nedenle bu tür suçların teşebbüs aşamasında kalması mümkündür. Örneğin, bir annenin bebeğini öldürmek için onu beslemeye ara vermesi durumunda, üçüncü bir kişinin bebeği beslemesi gibi, kendi isteği dışında bir nedenle bu ihmalî hareketi amacına ulaşamayabilir⁸⁶¹. Yine bir başka örnek, hastabakıcının ameliyat sonrası belirli zamanlarda hastaya vermesi gereken ilaçları vermemesi halinde, bu ihmalî

⁸⁵⁹ CONTENTO, s. 441; ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 443; CADOPPI – VENEZIANI, s. 373; VANNINI, **Lineamenti di diritto penale**, s. 170-171; PALAZZO, s. 462; CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 91-92; PETROCELLI, s. 50.

⁸⁶⁰ SALTELLI – ROMANO-DI FALCO, s. 389; MAGGIORE, s. 449; SCARANO, s. 235; CAVALLO, **Il delitto tentato**, s. 92.

⁸⁶¹ ANTOLISEI, **Parte generale**, s. 443; PAGLIARO, **Parte generale 2000**, s. 524; PAGLIARO, **Parte generale 1998**, s. 520; PANNAIN, s. 470; VANNAIN, **Parte generale**, s. 237; PETROCELLI, s. 50.

hareketi bir başka hastabakıcının ilaçları vermesi ile sonuca ulaşmadan durdurulabilir⁸⁶².

IX- KESİNTİSİZ (MÜTEMADÎ) ŞEKİLDE İŞLENEN SUÇLAR

Kesintisiz şekilde işlenen suç, tek bir suçtur. Bu tür suçlarda, ihlalin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmamaktadır. Kesintisiz suçun varlığı için, ihlalin asgari bir süre devam etmesi gerekmektedir. İşte, bu andan önce teşebbüs durumu mümkün olabilmektedir. Kesintisiz suçlarda mülga TCK.'nın ifadesiyle eksik teşebbüsün gerçekleştirilebileceği kabul edilir⁸⁶³. Zira, zorunlu kesintisiz suçların tamamlanması için hareketle birlikte sonucun, mutlaka zaman içerisinde sürmesi gerekmektedir. Zorunlu kesintisiz suçlarda, genellikle icraî bir şekilde başlayan hareket, sonucun gerçekleşmesiyle ihmalî bir şekilde devam ettirilmektedir. Ancak ihmalî bir hareketle başlayıp, yine ihmalî bir şekilde devam etmesi de mümkündür. Nitekim sonucun oluşması, ancak belli bir süre devam etmesi, failin iradi hareketinin varlığıyla mümkündür. Fail, bu aşamada yapması gerekeni yapmamakla hareketini sürdürmektedir. Ancak şüphesiz ki, hareket ister icraî ister ihmalî şekilde gerçekleştirilsin, bu nitelikler hareketin işleniş şekline özgüdür. Bu noktada kesintisiz suça özelliğini veren, aslında devam eden sonuç değil, hukuka aykırı durumdur⁸⁶⁴.

Bu tür suçların teşebbüs aşamasında kalabilmesi için, sonucun gerçekleşmemesi, dolayısıyla hareket safhasında failin iradesi dışındaki bir nedenle kesintiye uğraması gerekmektedir. Bunun nedeni, hareket ve sonucun yani ihlalin belli bir süre devam etmesinin, zorunlu kesintisiz suçların tamamlanabilmesi için

⁸⁶² MARINUCCI – DOLCINI, s. 304.

⁸⁶³ MANTOVANI, s. 407-408; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 494; GAMBERINI, s. 307.

⁸⁶⁴ MASSARI, *Il momento esecutivo*, s. 91 vd.; ADORNATO, s. 110, dn. 47; ÖNDER, s. 186-187.

zaruri olmasıdır. Örneğin kişi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunda, bir kimseyi kaçırma hareketi ile birlikte özgürlükten mahrum etme sonucu elde edilmiştir, ancak bu ihlalin suçun tamamlanması için devam etmesi gerekmektedir. Devam etmemişse kesintisiz şekilde işlenebilen suçlara teşebbüs etmek mümkün olacaktır⁸⁶⁵. Ancak, burada bir ayırım yapmak gerekmektedir. Şayet, mütemadi şekilde gerçekleştirilecek olan suç, icraî bir hareketle başlamışsa, bu suçun teşebbüs aşamasında kalması kabul edilebilir. Ancak, ihmalî bir hareketle başlayan kesintisiz suçun, teşebbüs aşamasında kalması, kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü, biz sırf ihmal suçlarında teşebbüsün olamayacağı görüşüne katılmaktayız⁸⁶⁶. Doktrinde, sırf ihmal suçlarında teşebbüsün olabileceği görüşünü savunanlar, kesintisiz suçların ihmalî hareketle işlenmesi aşamasında da teşebbüsün mümkün olacağını ileri sürmektedirler⁸⁶⁷.

Devamlılık, hem harekete hem de sonuca içkindir. Zorunlu kesintisiz suç sayılan, binayı işgal etme fiili (YTCK. md. 154, hakkı olmayan yere tecavüz) için, belirlenen işgalin bu niteliklerde olması, bir başka ifadeyle hareketin bölünebilir olması gerekmektedir. Failin yöneldiği amaç gelecektedir, yani ihlalin devam etme niteliği gelecektedir⁸⁶⁸. Bu nedenle, mülga TCK.'nın ayırımından hareketle, bu tür suçlara tam teşebbüsün değil, eksik teşebbüsün; 5237 sayılı Kanunun ifadesiyle de teşebbüsün olabileceği kabul edilmektedir.

⁸⁶⁵ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2005, s. 83 (**Özel Kısım**).

⁸⁶⁶ Aynı görüş için bkz. PETROCELLI, s. 48-49.

⁸⁶⁷ KATOĞLU, Tuğrul, Mütemadî Suç, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1996, s. 133 (**Mütemadî Suç**).

⁸⁶⁸ SANTORO, **Tentativo**, s. 1138-1139.

Suç, ihlalin devamlılığını sağlayan iradî fiilin sona erdirilmesiyle son bulur. Kesintisiz suç, failin ihlali devam ettirme iktidarı olmasına rağmen, iradî olarak buna son vermesi şeklinde gerçekleşebilir. Ayrıca, söz konusu hareketi gerçekleştirmenin imkânsız olması, örneğin failin ölmesi ya da faillerden birinin durdurulması ile de suçun sona ermesi mümkündür⁸⁶⁹.

Ancak, doktrinde kesintisiz suçta devam eden unsurun yalnızca sonuç olduğundan hareket eden bir başka görüşe göre ise, hareketin bölünebilir olması halinde zorunlu olarak kesintisiz şekilde işlenen suçlara (eksik) teşebbüsün kabul edilebileceği ileri sürülmüştür⁸⁷⁰. Teşebbüsün gerçekleşmesinin mümkün kabul edilmesi açısından doğru olan bu görüş, kesintisiz suçların yapısında hataya düşmektedir. Zira, bu görüş, ihlali devam ettiren unsurun yalnızca sonuç olduğunu belirtmekte ve hareket unsurunu hariç tutmaktadır. Ancak, daha önce ifade edildiği üzere, kesintisiz suçlarda, hareketin yapılması ile sonuç meydana gelmekte ve bununla birlikte de korunan menfaat ihlal edilmektedir, fakat kuşkusuz suç yolu tamamlanmamaktadır. Bunun için mutlaka bu ihlalin bir süre devam etmesi şarttır. Devamlılık da, hem hareketin hem de sonucun sürmesini gerektirdiğinden, zorunlu kesintisiz şekilde işlenebilen suçlarda (eksik) teşebbüsün mümkün olabileceği kabul edilmelidir.

Doktrinde diğer bir görüş, teşebbüsün yalnızca muhtemel kesintisiz suçlarda mümkün olabileceğini savunmaktadır. Bu görüşü ileri süren VANNINI, sadece hareketin devam edip etmemesini kriter olarak almaktadır. Yazara göre; bir suçun tamamlanması için hareketin bitmiş olması gerekmektedir. Hareket bitmişse, ihlalin

⁸⁶⁹ MANTOVANI, s. 407-408; SANTANIELLO – MARUOTTI, s. 494; GAMBERINI, s. 307.

⁸⁷⁰ PETROCELLI, s. 48-49.

devamlılığı söz konusu olamaz. Devamlılık, ancak neticesi harekete bitişik suçlarda söz konusu olabilir. Çünkü bu suçlarda devam eden unsur, harekettir. Hareket bittikten sonra sonuç meydana geldiği için, maddî suçlarda hareketin devamlılığından bahsedilemez. O halde, devamlılık, ancak hareketten ayrı bir sonuç gerektirmeyen suçlarda, hareketin devam etmesi ile mümkün olabilir. Bir başka ifadeyle, zorunlu kesintisiz suçlara, bu niteliği veren hareketin belli bir süre devam etmesidir. Hareket, failin iradesi dışında bir nedenle kesilecek olsa, belli bir süre devam etme şartı gerçekleşmediğinden, kesintisiz bir şekilde işlenebilen suçtan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, bu görüşe göre, zorunlu kesintisiz suçlara ne tam ne de eksik teşebbüs mümkündür⁸⁷¹.

Kesintisiz suçlarda, herhangi bir ayırım yapılmaksızın teşebbüsün mümkün olamayacağını ileri süren yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre; kesintisiz suçun varlığı için, hareketten doğan tipik sonucun belirli bir süre devam etmesi gerekmektedir. Bu suçlarda tipik sonucun gerçekleşmesi ile suç tamamlanacağından, temadinin devamı sırasında, suçun tamamlanmaması gerekçesiyle teşebbüsten bahsedilmesi mümkün değildir⁸⁷².

Yargıtay'ın kesintisiz şekilde gerçekleştirilen suçlarda (eksik) teşebbüsün mümkün olabileceğine dair kararları vardır⁸⁷³.

⁸⁷¹ VANNINI, *Il problema giuridico*, s. 150.

⁸⁷² SÖZÜER, s. 220.

⁸⁷³ **5. CD., T. 8.10.1991, 310/4098:** “Sanığın, arabasına aldığı mağdure ile Osmaniye’den hareketle Ceyhan istikametine 15 km. kadar gittiği sırada, arkadan başka bir vasıta ile gelen mağdurenin annesinin farkına vararak mağdureyi orada bırakıp, eylemine son verdiği anlaşılmış olması karşısında, sanığın takip nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamadan ve mağdureyi egemenlik alanına sokmadan eyleminin kesintiye uğradığı, bu sebeple kaçırma suçunun eksik kalkışma aşamasında kaldığı nazara alınarak TCK’nun 61. maddesi uyarınca cezasından indirme yapılması gerekirken hakkında tam fiilden ceza tayini, yasaya aykırı,” MALKOÇ – GÜLER, s. 441.

Y.C.G.K., T. 18.12.1989, 314/399: “Olay incelendiğinde; saat 20.00 sularında mağdurenin evine gelen sanıkların kapıyı çaldıkları, kapının mağdurenin annesi tarafından açılması üzerine sanıklardan

X- KALKIŞMA SUÇLARI (TAMAMLANMASI ÖNE ALINMIŞ SUÇLAR)

Kalkışma suçları, kanun koyucunun korumak istediği menfaatin önemini dikkate alarak, tamamlanmasını öne aldığı suçlardır. O halde, kalkışma suçları, henüz hukukî korumanın konusunu oluşturan varlığa zarar vermeyen hareketlerin, tamamlanmış suç olarak kabul edilmesi olarak tanımlanmaktadır⁸⁷⁴. Bu suçlarda, esasen korunmak istenen menfaatin zarar tehdidine maruz bırakılması, cezalandırılmaktadır. Bu nedenle, bu suçların tamamlanması daha ön bir safhaya alınmakta ve kanun koyucu suçun hazırlık hareketlerini veya teşebbüs durumunu tamamlanmış suç olarak düzenlenmektedir. Kuşkusuz ki, kanun koyucunun korunan menfaate tanıdığı üstün değer nedeniyle bu tip suçlara yer verilmektedir⁸⁷⁵.

Kanunda kalkışma suçlarının sayıları oldukça azdır. Bu suçlarda, sırf hareket cezalandırılmaktadır. Bu suçlara, niteliklerinden ötürü teşebbüs etmek mümkün değildir⁸⁷⁶.

Ali'nin elinde bıçak olduğu halde, birlikte eve girdikleri, kaçıracaklarını söyleyip mağdureyi zorla dışarı çıkarıp sürükleyerek 350-400 m. kadar uzaklaştırdıkları, mağdurenin annesinin bağırıp komşularına haber vermesi üzerine tanık M.'nin sanıkların peşlerine düştüğü, kaçırılma sırasında sanıklara sürekli direnen mağdurenin sanık A.'nin elini ısırarak elindeki bıçağı aldığı ve peşlerinden tanıkların geldiğini gören sanıkların mağdureyi bırakıp kaçtıkları sübuta erdiğine ve bu hususta herhangi bir ihtilaf da bulunmadığına göre, sanıkların icra hareketlerini bitirmedikleri açıktır. Mağdure emniyet sahasından çıkarılamamış, sanıkların nüfuz ve hakimiyet sahasına sokulamamıştır. Esasen yukarıda da açıklandığı üzere, icra hareketlerinin bittiği anda neticenin de alınması gerekeceğinden fiil tamamlanacaktır. İcra hareketleri direnme ve tanıkların gelmesi gibi engel sebeplerle tamamlanamadığı cihetle eylem eksik teşebbüs aşamasında kalmıştır.” MALKOÇ, s. 646.

C.G.K., T. 05.03.1979, 5-24/101: “Toplanan delillere ve oluşa göre sanıkların mağdureyi yayla evinden zorla çıkarıp götürmeye çalıştıkları, 10-15 metre kadar sürükledikleri sırada, mağdure ve annesinin feryat mümaneatlarının da devam ettiği ve olay yerine gelen tanık Hikmet Karazeybek'in müdahale etmesi üzerine mağdureyi bırakıp kaçtıkları ve böylece icraî hareketlere başlamakla beraber mağdurenin mukavemetini kıramadıkları ve onu emniyet sahasından çıkaramadıkları anlaşılmıştır. Sanıklar mağdureyi emniyet sahasından çıkarmak isterken mani sebeplerle icraî hareketleri tamamlamadan onu bırakmak ve kaçmak zorunda kaldıklarından eylemleri eksik teşebbüs niteliğindedir.” C. I, s. 1192.

⁸⁷⁴ TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 269.

⁸⁷⁵ ÖNDER, s. 176.

⁸⁷⁶ HAFIZOĞULLARI, s. 326.

Kanunumuzda kalkışma suçlarına, 227., 309., 311., 312. maddelerde yer verilmiştir. Hazırlık hareketlerinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasına örnek olarak 227. madde verilebilir. Bu maddeye göre, çocuğu fuhuşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhuşuna aracılık eden kişi ve ayrıca, bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri yapan kişi veya kişiler de, tamamlanmış suç gibi cezalandırılırlar (YTCK. md. 227/1).

Kalkışma suçlarının ikinci şekli, teşebbüs durumunun tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını öngören hükümlerdir. Bu suçlara örnek olarak 309. maddede düzenlenen, “Anayasayı ihlal” suçu verilebilir. Bu maddeye göre; 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 cezalandırılır (YTCK. md. 309/1).

Bu maddede ve kalkışma suçlarına örnek oluşturan diğer maddelerde geçen “teşebbüs etmek” ibaresi, bu suçların tek maddî unsuru anlamında anlaşılmalıdır. Kanun koyucunun bu şekilde düzenleme yapmasındaki amaç, bu suçların teşebbüs derecesinde kalmış şeklini tamamlanmış suç gibi cezalandırmaktır⁸⁷⁷.

⁸⁷⁷ EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2003, s. 65.

SONUÇ

Teşebbüs kurumu, Yeni TCK. ile birlikte ceza hukuku sistemimizde yeniden en çok tartışılır hale gelmiştir. Bu düzenleme, yapısı itibariyle sıkıntılı bir kurum olan teşebbüsü, daha da karmaşık bir hale sokmuştur. Bu anlamda, bu düzenleme sorunları ortadan kaldırmak için somut çözümler getirmekten çok uzaktır.

Teşebbüs genel hükümlere ilişkin bir kurumdur. Bu nedenle, genel kısımda düzenlenmiştir. Suçta ve cezada kanunîlik ilkesi gereği, teşebbüs derecesinde kalmış bir hareketin cezalandırılabilmesi, ancak kanunda yer alan bir hükümle mümkün olabilmektedir. Ancak kanun koyucu, teşebbüs hükümleriyle henüz tamamlanmamış bir fiili cezalandırmaktadır. Kanun koyucuyu, henüz tamamlanmayan bir fiili cezalandırmaya sevk eden neden, kanaatimizce objektif anlayış paydasında toplanan görüşlerdir. Şöyle ki, devlet, aynen tamamlanmış suçlarda olduğu gibi, dış dünyada somutlaşan fiilin antisosyal niteliğini esas alarak, teşebbüs derecesinde kalan hareketleri de hoş karşılamamaktadır. Kanun koyucu bir fiilin sosyal düzeni bozucu nitelik taşıdığına, onun korunan hak veya menfaate verdiği zararı veya tehlikeyi değerlendirmekle karar verebilir. Esas olarak, ceza kanununun ortaya çıkış sebeplerinden biri de, toplumdaki sosyal düzeni, bireyler arasındaki sosyal barışı sağlamak ve korumaktır. Fail tarafından iradi olarak yapılan ve sosyal düzeni bozan fiil, korunan menfaat bakımından bir zarar veya tehlike taşımakta ise, kanun koyucu tarafından ceza kanununda suç olarak düzenlenmekte ve fail de bu nedenle cezalandırılmaktadır.

Teşebbüs hükümleri, suçu tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır, yani esas normu genişletici bir işleve sahiptir. Ancak, teşebbüs, tamamlanmış suçtan tamamen ayrı bir niteliğe sahip değildir, bilâkis onun ortaya çıkış şeklidir.

Teşebbüs derecesinde kalan suç, tamamlanmış suçun ortaya çıkış şekillerinden birini oluştursa da, kendine özgü unsurlara sahiptir. Bu yönde, fail suçun doğrudan icrasına yönelik elverişli hareketlerle suç teşkil eden fiili işlemeye başlamalı ancak iradesi dışında bir nedenle söz konusu fiili tamamlayamamalıdır. Kanunî düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, teşebbüs konusunda yeni bir takım kavramlar öngörülmüştür. İlk olarak “*doğrudan doğruya*” kavramının anlamı ortaya konulmalıdır. Bu doğrultuda, “*doğrudan doğruya*” kavramının içini, İtalyan Ceza Kanunu’nda yer alan “*şüpheye yer vermeme*” kriteri ile doldurmak ve belirgin bir kavram haline getirmek gerekmektedir. Bu kriter, aynı zamanda hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımında da belirleyici bir ölçü oluşturmaktadır.

Failin doğrudan doğruya suçun icrasına yönelik hareketleri “*elverişli*” olmalıdır. İkinci olarak Yeni TCK. ile getirilen diğer kavram “*elverişli hareket*”tir. Elverişli hareket, 765 sayılı mülga TCK.’da yer alan “*elverişli araç*” kavramına göre daha geniştir. Bu nedenle elverişlilik kavramı üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Kanaatimizce, elverişlilik, korunan menfaat bakımından yarattığı zarar veya tehlikeye göre değerlendirilmelidir. Elverişlilik, fiile ilişkin bir niteliktir. Elverişli hareket, hukuka aykırı veya ihlal edici niteliğe sahiptir. İşte, tamamlanmış suçlarda zarara, teşebbüste tehlikeye yol açan hareketin, elverişliliği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, hareketin korunan menfaati ihlal etmesi açısından “*gerçek tehlike*” görüşünden hareket etmek gerekmektedir. Yargıç, hareketin işlendiği ana geri giderek, somut tüm şartları ortalama bir insanın bakış açısıyla

değerlendirecek, ayrıca failin özel bilgisini de dikkate alacaktır. Bu değerlendirmeye “*ex ante*” bir muhakeme gerektirmektedir.

Elverişlilik değerlendirilirken, işlenemez suç ipotezi de gündeme gelmektedir. Kanunumuzda işlenemez suça ilişkin ayrı bir hüküm mevcut değildir. Ancak işlenemez suçun, suç genel teorisi içerisinde tipiklik unsuruna olan etkisi bakımından ele alınması, ayrı bir hükme gerek kalmaksızın makûl bir sonuca ulaşmamızı mümkün kılmaktadır.

Nitekim elverişli bir hareket olmadan, ihlal edici bir fiilin ortaya çıkması imkânsızdır. İşlenemez suçtan bahsedilebilmesi, ancak aracın elverişsiz olması veya maddî konunun bulunmaması halinde söz konusu olur. Aracın elverişsizliği değerlendirilirken, *ex ante* bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, elverişli hareket, elverişli aracı da içine alan geniş bir kavramdır. Bu bağlamda, Yeni TCK.’da bu kavramın kullanılması isabetli olmuştur. Diğer yandan, maddî konunun yokluğu da, *ex ante* bir değerlendirilme ile belirlenebilir. Bu nedenle, *a posteriori* yani hareketin gelişmesi sırasında ve son bulma sonucunda öğrenilebilecek, bilinebilecek durumların dikkate alınması ve bu verilere göre değerlendirme yapılması taraftarı değiliz. Yargıç, normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini, ayrıca “*id quod plerumque accidit*” ilkesini ve failin olay bakımından sahip olduğu özel bilgisini de dikkate alarak, hareketin gerçekleştirildiği anda, maddî konunun varlığının muhtemel olup olmadığını araştırmalı ve elde ettiği sonuca göre ya cezalandırılabilir bir teşebbüsün ya da cezasızlık öngörülen işlenemez suçun varlığına karar vermelidir.

Teşebbüsün işlenmesine karar verilen suçun icrasına başlamayı gerektirmesi, sözde suçla olan ilişkisini de ortaya koyma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Nitekim, sözde suç hipotezlerinde de, fail esasen bir suç işleme niyetiyle hareket etmekte, hatta kendi zihninde bir suç işlediğini düşünmektedir. Ancak, teşebbüs halinde kanun koyucu tarafından yasaklanmış bir fiil mevcut iken, sözde suç durumunda failin gerçekleştirdiği fiil hukuk düzeniyle çatışmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, fail suç işlediği düşüncesiyle hareket etmekte, ancak hukuken meşru bir fiil gerçekleştirmektedir.

Failin teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için, icra hareketlerine başlaması ancak suçu tamamlayamaması gerekmektedir. Suç yolu iki şekilde tamamlanamayabilir. Fail ya icra hareketlerini tamamlayamaz veya tamamlamasına rağmen sonucu elde edemez. Kuşkusuz teşebbüsten sorumluluk için, suç yolunu durduran nedenin, failin iradesi dışında olması gerekmektedir. Ayrıca suç yolu, failin iradesine bağlı olarak belirtilen her iki aşamada da durdurulabilir. İşte, Yeni TCK. ile getirilen, ancak bir takım sıkıntılı durumlara yol açacak olan “*gönüllü vazgeçme*” hükmü bu konuya ilişkindir. Nitekim, failin icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi anına kadar, korunan menfaate verdiği zarar ile icra hareketlerini tamamladıktan sonra sonucu önlemek şeklinde gösterdiği pişmanlık anına kadar, verdiği zararın aynı olduğu ileri sürülemez. Ancak, kanun koyucu, her iki durumu aynı hukukî sonuca bağlamıştır. Fakat, bu getirilen düzenlemenin adalet duygusunu rahatsız etmesi yanında, hem uygulamada, hem de doktrinde büyük bir kavram karmaşasına neden olduğunu söylemek mümkündür. Teşebbüs halinde şayet failin, korunan menfaate verdiği zarar tehlikesi değerlendirilecekse, bu aşamada da bu ölçünün dikkate alınması gerekmektedir. Kanun koyucu, bu düzenlemeyi tekrar

gözden geçirmeli ve suç yolunda failin katettiği yolu esas alarak, icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi halinde işlenmek istenen suç bakımından cezasızlık; icra hareketlerini tamamlayıp sonucu önlemesi bakımından da belli oranda indirim yapılması hükmünü getirmelidir. Suç ve ceza siyaseti de bunu gerektirmektedir.

Teşebbüste, fail bir suç işleme kararıyla hareket etmelidir. Bu bakımdan ele alındığında, teşebbüsün manevî unsuru da ortaya konmuş olmaktadır. Teşebbüs, hem hareketi, hem de sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmeyi gerektirir. Bu nedenle, olası kastın varlığı halinde teşebbüsten bahsetmek mümkün değildir. Zira, olası kastta fail, gerçekleştirmek istediği sonuç yanında meydana gelebilecek diğer sonuçların da gerçekleşebileceğini öngörmekte, ancak olursa olsun diyerek hareket etmektedir. Olası kast, failin sadece doğrudan kastının yönelmiş olduğu bir fiile ilişkin değildir. Olası kastı, sonuç belirlemektedir. Yani, failin iradesinin yöneldiği sonuç yanında, bir başka sonucun da doğması halinde, olası kastın varlığından söz edilebilir. Bu nedenle, failin iradesinin yöneldiği suçun teşebbüs halinde kalması durumunda, bu sonuç yanında ortaya çıkabilecek diğer sonuçları cezalandırmak, henüz gerçekleşmemiş bir ihlali cezalandırmak anlamına gelmektedir ki, bunu da kabul etmemiz mümkün değildir.

Teşebbüs, bir suç işleme kararı gerektirdiğinden ancak kasıtlı suçlarda söz konusu olabilir. Taksirli suçlarda, esasen taksirin yapısı gereği teşebbüsün var olması imkânsızdır. Aynı şekilde, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda da, gerek kastın aşılması, gerekse istenilenden daha ağır bir sonucun doğması halinde, teşebbüs kabul edilemez. Ancak, bazı suçlar vardır ki, hareketin bölünebilir bir oluşum sürecine sahip olması durumunda, teşebbüsten bahsedilmesi mümkün olabilmektedir. Bunlardan tehlike suçları, esas itibariyle daha genel bir suç şekli olan sırf hareket

suçları ve kesintisiz (mütemadî) şekilde işlenen suçlarda, failin hareketi oluşum sürecine sahipse, bunun tamamlanamaması olasılığı mevcuttur. Bu tür suçların teşebbüs durumu söz konusu olabileceğinden, failin mülga kanunun ifadesiyle eksik teşebbüsten sorumlu tutulması gerekmektedir. Kanun koyucu meydana gelen zararın veya tehlikenin ağırlığına göre, yine dolaylı bir şekilde eksik ve tam teşebbüs ayırımına başvurarak failin cezalandırılmasını öngörmektedir.

İhmal suçları da teşebbüs açısından ikili bir ayırma tabi tutularak değerlendirilmelidir. Nitekim, sırf ihmal suçları yapısı itibariyle teşebbüse uygun değildir, ancak ihmal suretiyle işlenen icra suçlarının teşebbüs halinde kalabilmesi mümkündür.

Yapısı itibariyle özellik gösteren bir başka suç, kalkışma suçu olarak adlandırılan tamamlanması kanun koyucu tarafından öne alınmış olan suçlardır. Bu suçlarda da, kanun koyucu korumak istediği menfaatin önemi nedeniyle, henüz bu menfaate zarar vermeyen hareketleri tamamlanmış suç olarak kabul etmekte ve cezalandırmaktadır. Tamamlanması öne alınmış olan suçlarda, kanun koyucunun tamamlanmış suç gibi cezalandırdığı bazen suçun hazırlık hareketi, bazen de teşebbüs durumudur. Bu nedenle, bu suçların teşebbüs halini cezalandırmak kabul edilemez. Aksi takdirde, cezalandırma alanı oldukça geniş bir yelpazeye yayılmış olur.

Tamamlanma anı diğer suçlara göre özellik gösteren kesintisiz (mütemadî) suçlarda ise, teşebbüsün gerçekleşmesi mümkündür. Nitekim, hareketin icraî bir hareketle başlaması halinde, bunun failin iradesi dışında bir nedenle tamamlanamaması olasıdır. Ancak, kanaatimizce ihmalî bir hareketle başlayan

kesintisiz suçlarda, teşebbüs kabul edilemez. Esasen biz, sırf ihmal suçlarında da teşebbüsün mümkün olamayacağı görüşünün doğru olduğunu düşünmekteyiz.

Her ne kadar teşebbüs kurumunun 5237 sayılı Kanundaki düzenlemeyle yeni bir çehre kazandığı ve var olan sorunları ortadan kaldırdığı söylene de, biz aynı kanaati taşımamaktayız. Çalışmada yaptığımız değerlendirmeler sonucunda, açıkça görüleceği üzere, bu düzenleme var olan sorunları çözümlenmekten çok, kurumu, hem teorik, hem de pratik açıdan çıkmaza sokmuştur. Kanun koyucunun, doktrinsel görüşleri ve uygulamadaki sıkıntıları da dikkate alarak, teşebbüs kurumunu yeniden düzenlemesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA*

ADORNATO, Carlo, *Il Momento Consumativo del Reato*, Milano 1966.

ALACAKAPTAN, Uğur, *İşlenemez Suç*, Ankara (tarihsiz) (**İşlenemez Suç**).

ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara 1967 (**Suçun Unsurları**).

ALBAMONTE, A., “L’estensibilità delle circostanze al delitto tentato”, *La Giust. Pen.*, (Parte seconda) 1973, s. 238-242.

ALEO, Salvatore, *Il Sistema Penale*, Milano 2004.

ALIMENA, Bernardino, “Ricerche intorno alla nozione del tentativo”, *Riv. Pen.*, A. XXII, Vol. XLIII, Torino 1896, s. 529-551.

ALIMENA, Francesco, “Il concetto unitario del reato colposo”, *Riv. it. di dir. e proc. pen.* 1939, s. 349-382 (**Reato colposo**).

ALIMENA, Francesco, “L’attività esecutiva nel tentativo”, *Il Foro It.* 1936, s. 99-119 (**Attività esecutiva**).

ALIMENA, Francesco, *La Questione dei Mezzi Inidonei nel Tentativo*, Roma 1930 (**Mezzi inidonei**).

ALLEGRA, Giuliano, “Sul tentativo”, *Riv. Pen.*, Vol. CVI, Roma 1927, s.101-117.

ALTAVILLA, Enrico, “Dolo eventuale e colpa con previsione”, *Riv. it. di dir. pen.*, A. X, 1957, s. 169-179.

ANGELINI, Marco, “Dolo eventuale e tentativo: una lunga questione ancora alla ricerca di soluzione”, *Cass. Pen.* 1993, s. 1106-1111.

ANGIOLINI, Alfredo, “Il tentativo ne’ delitti colposi”, *La Scuola Positiva*, 1897, s. 599-609.

ANTOLISEI, Francesco, “Origine e svolgimento della dottrina del delitto mancato”, *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, Parte I, 1911, s. 321-349 (**Delitto mancato**).

* Aynı yazarın birden çok eserine atıf yapıldığında, kaynakçada parantez içerisinde verilen kısaltmalar kullanılmıştır.

- ANTOLISEI, Francesco, Manuale di Diritto Penale, PG., Milano 1989 (**Parte generale**).
- ANTONINI, Anna Maria, “Gli “atti preparatori” nel codice e nella legislazione speciale”, La Giust. Pen. 1982, s. 237-255.
- ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002.
- ARTUK, Mehmet Emin – ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu – II, TBB. 2004.
- BATTAGLINI, Giulio, “L’incompiutezza dell’azione nel tentativo”, A. XIII, Roma 1935, s. 142 -148 (**L’incompiutezza dell’azione**).
- BATTAGLINI, Giulio, “Sul concetto del tentativo”, Ann. di dir. e proc. pen. 1935, s. 417-421 (**Tentativo**).
- BATTAGLINI, Giulio, Diritto Penale, PG., Padova 1949 (**Parte generale**).
- BAYRAKTAR, Köksal, “Faal Nedamet”, İHFM, C. 33, S. 3-4, 1969, s. 120-154.
- BELTRANI, Sergio, Il Delitto Tentato, PG. e PS., Cedam, 2003.
- BETTIOL, Giuseppe – MANTOVANI, Luciano Pettoello, Diritto Penale, PG., Padova 1986.
- BETTIOL, Giuseppe, Diritto Penale, PG., Padova 1976 (**Parte generale 1976**).
- BETTIOL, Giuseppe, Diritto Penale, PG., Padova 1982 (**Parte generale 1982**).
- BONINI, Giotto, “Momento del comesso reato”, Riv. Pen., 1935, s.1121-1128.
- BOSCARELLI, Marco, Compendio di Diritto Penale, PG., Milano 1994.
- CADOPPI, Alberto – VENEZIANI, Paolo, Elementi di Diritto Penale, PG., Cedam, Padova 2002.
- CAPUANO-CAPUTO, Maristella, “Delitto tentato e dolo eventuale”, Riv. Pen., A. C, 1974, s.1073-1074.
- CARACCIOLI, Ivo, Il Tentativo nei Delitti Omissivi, Milano 1977.

CARNELUTTI, Francesco, “Tentativo di chiarire il concetto del tentativo”, Riv. it. di dir. pen., A. VI, 1953, s. 673-677 (**Tentativo**).

CARNELUTTI, Francesco, Lezioni di Diritto Penale, Il Reato, V. I, Milano 1943 (**Lezioni di diritto penale**).

CARPEGGIANI, Gianluigi, “Desistenza volontaria e recesso attivo del concorrente non esecutore”, Riv. Pen., A. CIII, 1977, s. 361-366.

CARRARA, Francesco, “Grado nella forza fisica del delitto”, Opuscoli di Diritto Criminale, Vol. I, Prato 1878 (**Grado nella forza fisica**).

CARRARA, Francesco, Programma del Corsi di Diritto Criminale, PG., Vol. I, Firenze 1897 (**Programma**).

CASSIANO, Alberto, “Del tentativo punibile”, Riv. Pen., A. LXXV, 1950, s. 366-373.

CAVALLO, Vincenzo, Diritto Penale, PG., Vol. 2, Napoli 1955 (**Parte generale**)

CAVALLO, Vincenzo, Il Delitto Tentato, Napoli 1934 (**Il delitto tentato**).

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005

CERASE, Marco, “Contrasti giurisprudenziali in tema di reato impossibile”, Cass. Pen., Vol. II, 1991, s. 1786-1787.

CONCAS, Luigi, “Delitti dolosi aggravati da un evento non voluto e tentativo”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1967, s. 809-840.

CONTENTO, Gaetano, Corso di Diritto Penale, Vol. II, 1996.

COSTANZO, Giovanni Zuppello, “Le circostanze relative all’entità del danno e il tentativo”, Ann. di dir. e proc. pen. 1940, s. 679-683.

ÇAĞLAYAN Muhtar, Türk Ceza Kanunu, Açıklamalı-İçtihatlı-Gerekçeli, Ankara 1984.

D’ASCOLA, Vincenzo, “Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1979, s. 682-692.

- DE FRANCESCO, Giovannangelo, “Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1988, s. 963-983.
- DE MARSICO, Alfredo, Diritto Penale, PG., Napoli 1937 (XV).
- DE MATTEIS, Luca, “Dolo eventuale e tentativo”, Cass. Pen. 1997, s. 991-996.
- DE SANTIS, Anna Maria, “Sulla compatibilità tra dolo eventuale e delitto tentato”, Cass. Pen., Vol. II, 1988, s. 2067-2069.
- DE SIMONE, Francesco Saverio, “In tema di desistenza del partecipe”, Il Foro Pen., 1949 (Gennaio- Febbraio), s. 25-34.
- DEL CORSO, Stefano, “Il tentativo nel Codice Zanardelli”, Riv. it. di dir. e proc. pen., Vol. II, 1990, s. 955-996.
- DELOGU, Tullio, “La struttura del reato tentato”, Ann. di dir. e proc. pen. 1937, s. 551-564.
- DELPINO, Luigi, Diritto Penale, PG., Napoli 2000.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.
- DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I, 12. Bası, İstanbul 1997 (C. I).
- DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, İstanbul 1997 (C. II).
- DÖNMEZER, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.
- EREM, Faruk – DANIŞMAN, Ahmet – ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997.
- EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2003.
- EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I, Genel Hükümler, Ankara 1995.
- EROL, Haydar, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, (En Son Değişiklikleriye), 2005.

- ERRA, Carlo, “La desistenza volontaria nel tentativo”, Ann. di dir. e proc. pen. 1937, s. 760-770, s. 950-962.
- ERRA, Carlo, “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, (Çev: SAHİR ERMAN) İHFM, C. X, S. 1-2, 1944, s. 679-720.
- ERSOY, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- FACCHIANO, Augusto, “In tema di desistenza volontaria”, Il Foro It., Vol. II, 1941, s.145-147.
- FAVINO, Alfonso, “Reato tentato e reato perfetto indiziariamente”, Arch. Pen., Vol. 5, Parte II, 1949, s. 314-315.
- FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo, Diritto Penale, PG., 1990 (**Parte generale 1990**).
- FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo, Diritto Penale, PG., Bologna 1999 (**Parte generale 1999**).
- FIANDACA, Giovanni, “Sulla configurabilità del tentativo nei delitti di omissione”, L’Ind. Pen. 1976, s. 13-30.
- FILIÈ, Massimo, “Delitto tentato e dolo eventuale”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1983, s. 744-750.
- FIORE, Carlo, “L’idoneità dell’azione nella struttura del fatto tipico”, Il Foro Pen. 1963, s. 246-275 (**Idoneità dell’azione**).
- FIORE, Carlo, Diritto Penale, PG., Vol. II, Torino 1995 (**Parte generale**).
- FIORE, Carlo, Il Reato Impossibile, Napoli, 1959 (**Reato impossibile**).
- FLORA, Giovanni – TONINI, Paolo, Nozioni di Diritto Penale, Milano 1997.
- FLORIAN, Eugenio, Corso di Diritto e Procedura Penale, Torino 1932 (**Procedura penale**).
- FLORIAN, Eugenio, Trattato di Diritto Penale, Milano 1934 (**Diritto penale**).
- FORTI, Maria, “Il dolo nel tentativo”, Cass. Pen., Vol. II, 1996, s. 1787-1792.
- GALLO, Ettore, “Reato impossibile per apparente consumazione”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1964, s. 1120-1129.

- GALLO, Marcello, “Dolo (Diritto Penale)”, Enciclopedia del Diritto, Vol. XIII, 1964, s. 750-802.
- GAMBERINI, Alessandro, Introduzione al Sistema Penale, Vol. II, Torino 2001.
- GIANNITI, Francesco, Prospettive Criminologiche e Processo Penale, Milano 1984.
- GIULIANI – BALESTRINO, Ubaldo, “Aspetti del tentativo nei delitti di omissione”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1977, s. 427-458 (**Delitti di omissione**).
- GIULIANI – BALESTRINO, Ubaldo, Il Delitto Tentato, Milano 2002 (**Il delitto tentato**)
- GRAMATICA, Filippo, Principi di Diritto Penale Soggettivo, Torino 1934.
- GRANATA, Luigi, “Riflessioni sulla desistenza”, Arch. Pen., Fasc.11-12, 1949, s. 369-373.
- GRANDE, Elisabetta, “Gli articoli 49 2° comma e 56 C.P. rivisitati”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1991, s. 1258-1277.
- GRIECO, Antonio, “Appunti sul reato impossibile e sul reato apparente”, La Giust. Pen., Parte Seconda, 1954, s. 910-917.
- GUADAGNO, Gennaro, Manuale di Diritto Penale, PG. e PS., Roma 1962.
- GUARALDA, Renato, “Dolo eventuale e delitto tentato: profili di un’incompatibilità”, Cass. Pen., Vol. II, 1985, s. 1515-1517.
- GUARNERI, Giuseppe, “Limiti della punibilità del tentativo”, Giuris. It, Vol. II, 1959, s. 107-110 (**Limiti della punibilità**).
- GUARNERI, Giuseppe, “Tentativo di delitto, vecchia e nuova maniera di intenderlo”, Giuris. Pen., Vol. II, 1955, s. 45-50 (**Tentativo di delitto**).
- GULLO, Luigi, “Profilo di un criterio diagnostico della idoneità degli atti nel delitto tentato”, La Giust. Pen.1950, s. 481-497.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, www.zekihafizogullari.com, Atf tarihi: 2.5.2007.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003 (**Ceza Hukukunda İhmal**).

HAKERİ, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, TCK 81-82-83, Ankara 2006 (**Kasten Öldürme Suçları**).

IMPALLOMENE, G.B., Istituzione di Diritto Penale, Torino 1921.

ISAIA, Gregori, “La specialità del fatto nel tentativo punibile”, Ann. di dir. e proc. pen. 1936, s. 246-257.

İÇEL, Kayıhan – AKINCI, Füsün Sokullu – ÖZGENÇ, İzzet – SÖZÜER, Adem – MAHMUTOĞLU, Fatih S. – ÜNVER, Yener, Suç Teorisi, İstanbul 2000 (**İÇEL ve diğerleri**).

İÇEL, Kayıhan – YENİSEY, Feridun, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994.

KARAKEHYA, Hakan, “Olası Kast”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 19-46.

KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003 (**Hukuka Aykırılık**).

KATOĞLU, Tuğrul, Mütamadî Suç, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1996 (**Mütamadî Suç**).

KEYMAN, Selahattin, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4, 1980, s. 59-105.

KUNTER, Nurullah, “Tipicità e punibilità come elementi legali del reato”, Riv. Pen. 1950, s. 349-365 (**Tipicità**).

KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949 (**Kanuni Unsurları**).

KUNTER, Nurullah, Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954 (**Maddî Unsurları**).

L’INNOCENTE, Giulio, “Considerazioni in tema di reato impossibile”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1961, s. 1085-1098.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele, La Desistenza Volontaria, Napoli 1964.

LEONE, Francesco, “Gli atti punibile a titolo di tentativo”, Riv. Pen. 1957, s. 333-348.

LEONE, Giovanni, Elementi di Diritto e Procedura Penale, 4. edizione, Napoli 1975.

MAGGIORE, Giuseppe, Principi di Diritto Penale, Vol. I, PG., Bologna 1937 (XV).

MALINVERNI, Alessandro, “La volontarietà della desistenza nel tentativo”, Giuris. Pen., Parte seconda, 1948, s. 217-224.

MALKOÇ, İsmail – GÜLER, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler 1, Ankara 1996.

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Son Değişiklikler ve İçtihatlarla), C. I, Ankara 2002.

MANTOVANI, Ferrando, Diritto Penale, PG., 2. edizione, Padova 1988.

MANZINI, Vincenzo, “Il tentativo nel delitto di minaccia”, Ann. di dir. e proc. pen. 1939, s. 937-938 (**Il tentativo**).

MANZINI, Vincenzo, Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Vol. I, PG., Padova 1949 (**Parte generale**).

MANZINI, Vincenzo, Trattato di Diritto Penale Italiano, Vol. II, Torino 1981 (**Trattato di diritto penale italiano**).

MARINI, Giuliano, Elementi di Diritto Penale, PG., Vol. I, Torino 1978 (**Elementi di diritto penale**).

MARINI, Giuliano, Lineamenti del Sistema Penale, Torino 1988 (**Lineamenti del sistema penale**).

MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio, Diritto Penale, PG., Milano 2002.

MARMO, Mariano, “In tema di reato impossibile”, Ann. di dir. e proc. pen. 1940, s. 228-234.

MASSARI, Eduardo, Il Momento Esecutivo del Reato, Napoli 1934 (**Il momento esecutivo**).

MASSARI, Eduardo, Le Dottrine Generale del Diritto Penale, Napoli 1930 (**Le dottrine generale del diritto penale**).

MESSINA, Salvatore, “La desistenza volontaria dal tentativo come causa di Esclusione della capacità a delinquere”, La Scuola Positiva 1954, s. 10-38.

MEZGER, Edmondo, Diritto Penale, Padova 1935.

MOLETI, L., “In tema di reato impossibile”, La Giust. Pen., Parte Seconda, 1954, s. 836-842.

MORSELLI, Elio, “Condotta ed evento nella disciplina del tentativo”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1998, s. 36-64 (**Condotta ed evento**).

MORSELLI, Elio, “Il dolo eventuale nel delitto tentato”, L’Ind. Pen. 1978, s. 27-40 (**Dolo eventuale**).

MORSELLI, Elio, “Il tentativo”, La Giustizia Penale, Parte Seconda, 1988, s.129-140 (**Il tentativo**).

MORSELLI, Elio, “Note in tema di delitto tentato”, Arch. Pen., N. 14, 1987, s. 79-100 (**Note in tema di delitto tentato**).

NAPPI, Aniello, Guida al Codice Penale, PG., Milano 2003.

NEPPI-MODONA, Guido, “I concetti di “idoneità degli atti” e “inidoneità” dell’azione”, struttura e accertamento”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1963, s. 753-795 (**Idoneità degli atti**).

NEPPI-MODONA, Guido, “Reato impossibile”, In Noviss. Dig. Ital., Vol. XIV, 1967, s. 974-991 (**Reato impossibile 1967**).

NEPPI-MODONA, Guido, Il Reato Impossibile, Milano 1973 (**Reato impossibile 1973**).

NUVOLONE, Pietro, Il Sistema del Diritto Penale, 2. edizione, Padova 1982.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

ÖNER, Hamdi, “Kalkışmada Kasdi Belirten Hareketler”, AD. 1945, s. 467-477.

ÖZBEK, Veli Özer – BACAĞSIZ, Pınar – DOĞAN, Koray, Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Ankara 2006.

ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Genel Hükümler, C. I, Ankara 2005.

- ÖZEN, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998.
- ÖZGEN, Eralp, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara 2005.
- ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa R. – ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 1998.
- PADOVANI, Tullio, Diritto Penale, Milano 1999.
- PAGLIARO, Antonio, Principi di Diritto Penale, PG., Milano 1998 (**Parte generale 1998**).
- PAGLIARO, Antonio, Principi di Diritto Penale, PG., Milano 2000 (**Parte generale 2000**).
- PALAZZO, Francesco, Corso di Diritto Penale, PG., Torino 2005.
- PANNAIN, Remo, Manuale di Diritto Penale, PG., Vol. I, Torino 1950
- PAOLI, Giulio, “Valore del danno nel tentativo”, Ann. di dir. e proc. pen. 1935, s. 671-674.
- PETROCELLI, Biagio, Il Delitto Tentato, Padova 1955.
- PIACENZA, Scipione, “Reato putativo”, In Noviss. Dig. Ital., Vol. XIV, 1967, s. 1003-1006.
- PIOLETTI, Ugo, “Reato permanente”, In Noviss. Dig. Ital., Vol. XIV, 1967, s. 996-1003.
- POMPEI, Raffaele, “Dell’ inidoneità nel tentativo”, Riv. Pen., 1902, s. 16-42.
- POZZOLINI, Alfredo, Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Vol. I, Firenze 1921.
- PULITANÒ, Domenico, Diritto Penale, Torino 2005.
- RAMACCI, Fabrizio, Corso di Diritto Penale, Torino 2001.
- RANIERI, Silvio, Manuale di Diritto Penale, PG., Padova 1952.
- RESTA, Aldo, “Dolo eventuale e delitto tentato: ai confini della possibilità”, Giurisprudenza di Merito, 1988, s. 304-314.
- RIGO, Fabrizio, “Dolo e tentativo”, Cass. Pen. 1997, s. 964-971.

- RIZ, Roland, Lineamenti di Diritto Penale, PG., Cedam, Padova 2000.
- ROMANO-Di Falco, Enrico, Manuale di Diritto Penale, Roma 1957.
- ROSSI, Antonio, Natura Giuridica e Struttura della Desistenza Volontario, Cosenza 1968.
- SALTELLI, Carlo – ROMANO-Di Falco, Enrico, Commento Teorica-Pratico del Codice Penale, Vol. I, Roma 1956.
- SANCAR, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998.
- SANTANIELLO, Giuseppe – MARUOTTI, Luigi, Manuale di Diritto Penale, PG., Milano 1990.
- SANTANIELLO, Giuseppe, Manuale di Diritto Penale, Milano 1957.
- SANTORO, Arturo, “Tentativo – Diritto Penale”, In Noviss. Dig. Ital., Vol. XVIII, 1971, s. 1133-1154 (**Tentativo**).
- SANTORO, Arturo, Manuale di Diritto Penale I, Torino 1958 (**Manuale di diritto penale**).
- SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. I, Ankara 1999 (**C. I**).
- SCARANO, Luigi, Il Tentativo, Napoli 1952.
- SECHI, Orazio, “In tema di desistenza volontaria”, Il Foro It., Vol. II, 1941, s. 210-211.
- SELÇUK, Sami, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, AD., C. 74, S. 5, Eylül-Ekim 1983, s. 798-815.
- SINISCALCO, Marco, “Delitto tentato e limite iniziale della punibilità”, La Scuola Positiva, 1962, , s. 136-143 (**Limite iniziale della punibilità**).
- SINISCALCO, Marco, La Struttura del Delitto Tentato, Milano 1959 (**La struttura del delitto tentato**).
- SOYASLAN, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994.
- SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.

- TANER, Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, İstanbul 1953.
- TOLOMEI, Alberto Domenico, “Il problema giuridico della desistenza dal tentativo”, Riv. it. di dir. e proc. pen., Parte I, 1912, s. 193-210, s. 257-270.
- TOROSLU, Nevzat, “Ceza Hukukunda Okullar”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998 (**Ceza Hukukunda Okullar**).
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2005 (**Özel Kısım**).
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 2004 (**Ceza Hukuku**).
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2005 (**Genel Kısım**).
- TOSUN, Öztekin, Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul 1982.
- Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu – II , TBB. 2004.
- TÜRKÇE SÖZLÜK, Cilt I, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1988.
- VANNINI, Ottorino, “Dell’elemento morale nel tentativo”, Riv. Pen. 1919, s. 391-423 (**Dell’elemento morale**).
- VANNINI, Ottorino, “La dottrina del “delitto mancato” ”, Riv. Pen., A. XLIX, s. 510-517 (**Delitto mancato**).
- VANNINI, Ottorino, “Reato impossibile”, Arch. Pen., Fasc.11-12, 1949, s. 363-368 (**Reato impossibile**).
- VANNINI, Ottorino, “Tentativo di reato e reati di tentativo”, Riv. Pen., Vol. 79, 1914, s. 605-615 (**Tentativo di reato**).
- VANNINI, Ottorino, Il Problema Giuridico del Tentativo (Art. 56 del Codice Penale), Milano 1952 (**Il problema giuridico**).
- VANNINI, Ottorino, Lineamenti di Diritto Penale, PG., Firenze 1933 (XI) (**Lineamenti di diritto penale**).
- VANNINI, Ottorino, Manuale di Diritto Penale, PG., Firenze 1954 (**Manuale di diritto penale**).
- VASSALLI, Giuliano, “La disciplina del tentativo”, Scritto Giuridici, Vol. I, Milano 1997, s. 621-648.

VELOTTI, Giuseppe, Manuale di Diritto Penale, PG., Roma 1957.

VENDITTI, Rodolfo, “Dolo (Diritto Penale)”, In Noviss. Dig. Ital., Vol. VI, 1957, s. 154-160.

VERONESE, Luigi, “Ancora sul tentativo e dolo eventuale: verso una <definitiva> incompatibilit ?”, Cass. Pen., Vol. III, 1992.

VIOLENZA, Luciano, “Sulla struttura dell’atto di desistenza del concorrente”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1968, s. 837-851.

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. 13, S. 10, Ekim 1987.

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. 14, S. 2, Şubat 1988.

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. 15, S. 11, Kasım 1989.

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. 25, S. 11, Kasım 1999.

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. 25, S. 12, Aralık 1999.

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. 31, S. 11, Kasım 2005.

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. 31, S. 12, Aralık 2005.

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. 32, S. 12, Aralık 2006.

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. 33 (XXXIII), S. 1, Ocak 2007.

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. 9, S. 9, Eylül 1983.

YÜCE, Turhan Tufan, Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İllet Teorisinin Bu Probleme Tatbiki Denemesi, Erzurum 1968 .

ZAGNONI, Piera, “Desistenza volontaria e riparazione del danno non patrimoniale”, Riv. it. di dir. e proc. pen. 1983, s. 1294-1314.

ÖZET

Teşebbüs kurumu, YTCK. ile birlikte ceza hukukunun en fazla tartışmayı beraberinde getiren kurumlarından biridir. Bu tartışmalar soyut olarak kurumun yapısı ve anlaşılışı bağlamında yapıldığı gibi, her bir suç tipi bakımından da yapılmaktadır. Yeni düzenleme, teşebbüsle ilgili olarak yaşanan sorunları çözümlenmek bir yana, bu sorunlara yenilerini eklemiştir. Bu anlamda, bu düzenleme sorunları ortadan kaldırmak için somut çözümler getirmekten çok uzaktır. Çalışma, esasen bu sorunları ortaya koymak, olabildiğince çözüm bulmaya çalışmak ve bu şekilde özellikle uygulamaya ışık tutmak amacıyla gerçekleştirilmiştir.

Teşebbüs kurumu, ilk kez Ortaçağ hukukçuları tarafından ortaya atılmıştır. Teşebbüs, düşünmek (cogitare), eylem yapmak (agere) ve tamamlayamamak (sed non perficere) olarak tanımlanmaktadır

Herşeyden önce, teşebbüs, 765 sayılı TCK.'da iki ayrı madde halinde düzenlenirken, 5237 sayılı Kanunda “suça teşebbüs” kenar başlığı altında tek madde olarak öngörülmüştür. Ayrıca yeni Kanun, gönüllü vazgeçmeye yer vermekte ve failin suç yolunda hangi aşamada olursa olsun, suçun gerçekleşmesini önleyecek şekilde vazgeçmesini aynı hükme bağlamaktadır. Ancak, konuyla ilgili olarak yapılan düzenlemeler, çok önemli sorunları da beraberinde getirmektedir. Çünkü, tek bir hükümle iki ipotez, yani failin hem icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi, hem de icra hareketleri sonrası sonucun gerçekleşmesini önlemesi düzenlenmiş ve bu iki ipotez aynı hukukî sonuca bağlanmıştır.

Çalışma, üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, suç yolu, teşebbüsün hukuki yapısı ve cezalandırılma nedeni tartışılmıştır. Suç yolu, en genel tanımıyla bir suçun oluşması için geçmesi gereken aşamalardır. Bu yolu incelememizdeki amaç, teşebbüs derecesinde kalan suçların hukukî yapısını da ortaya koymaktır. Teşebbüs hükümleri, suçu tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır, yani esas normu genişletici bir işleve sahiptir. Teşebbüs, tamamlanmış suçun ortaya çıkış şeklidir.

Teşebbüs genel hükümlere ilişkin bir kurumdur. Suçta ve cezada kanunîlik ilkesi gereği, teşebbüs derecesinde kalmış bir fiilin cezalandırılabilmesi, ancak kanunda yer alan bir hükümle mümkün olabilmektedir. Kanun koyucu, teşebbüs hükümleriyle henüz tamamlanmamış bir fiili cezalandırmaktadır. Kanun koyucuyu, henüz tamamlanmayan bir fiili cezalandırmaya sevk eden neden, kanaatimizce objektif anlayış paydasında toplanan

görüŖlerdir. Ŗöyle ki, devlet, aynen tamamlanmıŖ suçlarda olduğu gibi, dıŖ dünyada somutlaŖan fiilin antisosyal niteliğini esas alarak, teŖebbüs derecesinde kalan hareketleri de aynen tamamlanmıŖ suçlar gibi hoŖ karŖılamamakta ve bu nedenle cezalandırılmaktadır.

TeŖebbüs derecesinde kalan suçun da maddî ve manevî unsurları vardır. Maddî unsur, failin “*doğrudan icraya yönelik elveriŖli hareketlere baŖlaması ancak suçu tamamlayamaması*”, manevî unsur ise “*failin suç iŖleme iradesinin dıŖ dünyada somutlaŖması*” Ŗeklinde ifade edilmiŖtir. Kanunî düzenlemeden de anlaŖılacađı üzere, teŖebbüs konusunda yeni bir takım kavramlar öngörölmüŖtür. Bu doğrultuda, ilk olarak öngörölen “*doğrudan doğruya*” kavramının içini, İtalyan Ceza Kanunu’nda yer alan “*Ŗüpheye yer vermeme*” kriteri ile doldurmak ve belirgin bir kavram haline getirmek gerekmektedir. Bu kriter, aynı zamanda hazırlık hareketi – icra hareketi ayırımında da belirleyici bir ölçü oluŖurmaktadır.

Yeni TCK. ile getirilen diğer kavram “*elveriŖli hareket*”tir. ElveriŖli hareket, 765 sayılı mülga TCK.’da yer alan “*elveriŖli araç*” kavramına göre daha geniŖtir. Bu nedenle elveriŖlilik kavramı üzerinde ayrıntılı bir Ŗekilde durulmuŖtur. Kanaatimizce, elveriŖlilik, korunan menfaat bakımından yarattığı zarar veya tehlikeye göre değerlendirilmelidir.

Tipik fiilin tamamlanmaması iki Ŗekilde olabilir. Fail, iradesi dıŖında bir nedenle ya icra hareketlerini tamamlayamaz ya da sonucu gerçekteŖtirmemez. Bir de, fail kendi iradesiyle ya icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçer ya da sonucun gerçekteŖmesini önler. Kanun koyucu gönüllü vazgeçme kurumunu, her iki ipotezi de kapsayacak Ŗekilde düzenlemekte ve aynı hukuki sonuca bağlamaktadır. Ancak, daha önce de ifade ettiğimiz üzere bu durum, uygulamada bir çok sıkıntıyı da beraberinde getirecektir.

TeŖebbüs hem hareketin hem de sonucun istenmesi bakımından failin bilinçli davranmasını gerektirmektedir. Kanun hükmünden de anlaŖılabileceđi gibi, fail bir suç iŖlemeye kastetmelidir. O halde, teŖebbüsün manevi unsuru kasttır.

Son bölümde çeŖitli suçlar bakımından teŖebbüs sorunu tartıŖılmıŖtır. Bu anlamda, taksirli suçlar, olası kastla iŖlenen suçlar, neticesi sebebiyle ađırlaŖan suçlar, ayrıca hareket bakımından özellik gösteren tehlike suçları, sırf hareket suçları, ihmal suçları incelenmiŖtir. Yine, cezalandırılabilme Ŗartı içeren suçlarda, kesintisiz suçlarda ve kalkıŖma suçları ele alınmıŖtır.

SUMMARY

Attempt to crime is one of the disputatious institutions in the New Turkish Criminal Code. The debates arise either structure and understanding of the attempt or structure of each crimes. Before the new code, the article which is related to attempt, had some complex problems, but after the new change, it has more confused questions. So it is very difficult to get some concrete solutions.

Therefore, the aim of our study focus on the articles of attempt in the New Turkish Criminal Code. Because, the attempt rules have a different content with new code. In our opinion, the new articles cannot solve the problems of the structure of attempt. Also it arises the new questions.

The notion of attempt is collected under one article in the new code. The old code had two hypothesis of attempt; the acts of author cannot be completed or the results of crimes cannot be obtained. Also the other article includes the volunteer abandon which author acts for preventing to commit crimes in the way of it (*iter criminis*). Under this article, there are two hypothesis; author gives up the idea of completing the act or committing the crimes.

The study includes in three parts. In the first part, it is examined on the way to commit crime, the legal characteristic of it and the reason of punishment. The attempt is a combination of two rules which are main and secondary characteristics. But it is not attempt crime, on the contrary it has a complementary feature. So it is possible to attempt to a crime.

The principle of legality requires that if a crime is punished, it has to place in the criminal code. So in the case of attempt to crime, it is punished a non-complete crime because of the rule of attempt. The reason of punishment bases on the objective opinions. Because the state does not assent to commit antisocial act which violates the protected benefits.

Attempt to crime has two elements; *actus reus* and *mens rea*. *Actus reus* may be any act or omission which is provided with the intent of committing offences and goes beyond mere preperation. The *actus reus* of attempt are that the act has to start with convenient behaviours which are directed towards to crime but author cannot complete the crime which is aimed. The *mens rea* is an intention to commit a crime. In the case of attempt to

crime, it is important to arise the volition of committing crime as concrete in the external world.

However, the problem of attempt appear on the element of actus reus. Directly to start behaving is an important notion. Because the phrase which has been filled in the meaning with other expressions, has a frame rule. There is a similar expression in italian criminal code. The phrase is “no doubts of action”. This criterion also constitute a measurement between preparatory and act.

In our opinion, the convenient behaviours have a wide meaning which include the suitable tools. The notion of convenient is based on the objective views which are defended concerning the offences of the protected benefits. The judges evaluate the notion of convenient acts in the methods of *ex ante*. This means that, the judges go to the past period that crimes were occurred. They have to take into consideration the concrete properties of the case, also the special knowledge of author about the way of committing crimes.

The complete crime cannot be finished by the authors in two ways:

- It is not possible to complete the acts because of the reasons that occur out of author.
- It is not possible to commit a crime because of the incomplete result. These hypothesis constitute the forms of attempt to crimes.

However, the author can stop committing crimes. The articles of attempt in the criminal code include volunteer will. Author can act voluntarily and stop the acts or prevent the results. On the other hand, in the way of crime, author causes different levels volutions on the protected benefits. This means that, it is impossible to collect these hypothesis under one article. Because, the degree of violations is different and in the first hypothesis it is lighter than second hypothesis. For this reason, the punishment has to be different.

Also the notion of attempt requires an intended result. Author has to know and desire the acts and their results. So it is possible to say that, the attempt to crime is carried out only in the intentional crime.

There are many kinds of crimes which are impossible to attempt them because of taking into consideration their structures. For example; the crimes that may be carried out with the recklessness, the crimes that may include only omission action and probable intention, the crimes of dangerous and with the condition of punishing. But there is an important point, if the action has a development (process), the attempt may happen because of the divisibility action.