



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 2 Aralık/December 2022

**Gerçek Olmayan (Der Irreale Versuch) Teşebbüs - Batıl
İnanca Dayalı Teşebbüse (Der Abergläubische
Versuch) Hâkim Olmanın Ceza Hukuku Öğretisindeki
Zorlukları***

**The Unreal Attempt - On the Difficulties of Criminal Law Dogma-
tics to Master the Superstitious Attempt**

Helmut SATZGER**

Çeviren: Arş. Gör. Mustafa ÇİÇEK***

* Bu makalenin orijinal künyesi: Helmut Satzger, “Der irreale Versuch - über die Schwierigkeiten der Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden”, Juristische Ausbildung (JURA), 2013(10): 1017-1025. Burada yayımlamak için yazarından izin alınmıştır.

** Yazar, Münih Ludwig-Maximilians-Üniversitesi’nde Alman, Avrupa ve Uluslararası Ceza Hukuku; Ceza Usul Hukuku ve Ekonomi Ceza Hukuku alanlarında çalışmakta ve aynı zamanda bu derginin (JURA) co-editörlüğünü yapmaktadır.

*** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Çeviri/Translation

Geliş/Received: 28.10.2022 | Kabul/Accepted: 15.12.2022.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Helmut Satzger (Çev. Mustafa Çiçek), “Gerçek Olmayan (Der Irreale Versuch) Teşebbüs - Batıl İnanca Dayalı Teşebbüse (Der Abergläubische Versuch)

ÖZET

Alman Ceza Hukukunda suçun failinin gerçekleştirdiği hareketler, en başından itibaren neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasa da, cezalandırılmaktadır. Bu kurum elverişsiz teşebbüs olarak ifade edilmektedir. Kural olarak Alman hukuku elverişsiz teşebbüsü cezalandırmaktadır. Elverişsiz teşebbüs başlığı altında bir diğer kurum, ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüstür, bu durumda mahkeme ya cezadan vazgeçebilmekte veyahut cezayı takdiren indirebilmektedir. Elverişsiz teşebbüsün dışında kalan haller ise gerçek olmayan teşebbüs veya batıl inanca dayalı teşebbüs olarak ifade edilmektedir. İşte bu makalede ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs ve gerçek olmayan teşebbüs arasındaki ilişki incelenmekte, gerçek olmayan teşebbüse yönelik ceza hukuku öğretisinin durumu incelenmektedir. Bu özet bölümü çeviren tarafından eklenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Suça Teşebbüs, Elverişsiz Teşebbüs, Gerçek Olmayan Teşebbüs, Batıl İnanca Dayalı Teşebbüs, Ağır Bilgi ve Anlama Hatasına Dayalı Teşebbüs.

ABSTRACT

In German Criminal Law, the actions of the perpetrator of the crime are punished even if they are not suitable to produce the result from the very beginning. This topic is referred to as impossible attempt. As a rule German law punishes impossible attempt. Another institution under the heading of impossible attempt is the attempt based on a Gross Misunderstanding, in which case the court may either waive the punishment or reduce the punishment discretionarily. Cases other than impossible attempt are referred to as unreal attempt or attempt based on superstition. In this article, the relationship between attempt based on gross misunderstanding and unreal attempt is analyzed and the status of the criminal law doctrine regarding unreal attempt is examined. This abstract is written by the translator.

Keywords: Criminal Attempt, Impossible Attempt, Unreal Attempt, The Superstitious Attempt, Gross Misunderstanding Attempt.

Büyü, sihir veya duyuyüstü güçleri kullanmak isteyen veya kullandığına inanan "faillerin" davranışları ceza hukukunun araçlarıyla kavranmak istenildiğinde, hukuken erişilebilir olan sınırlara hızlıca çarpılır. Aşağıdaki makale, konuyla ilgili ortaya çıkan zorlukları açıklayıp, öğretide ifade edilen görüşleri ele alıp, olası çözümlere işaret etmektedir.

Hâkim Olmanın Ceza Hukuku Öğretisindeki Zorlukları”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 2, Aralık 2022, (597-618).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

I. GİRİŞ

Batıl inanca dayalı teşebbüs olarak da adlandırılan gerçek olmayan teşebbüs ele alındığında, büyü, sihir ve duyu ötesi güçlerle de ilgilenilmiş olur. Dolayısıyla bir hukukçu olarak, hukukun belirgin mantığı ve katı dogmatığı ile kavranması zor bir katmanla zorunlu olarak karşı karşıya gelinir. Buna rağmen bu olaylar da–gerçekte nadiren ortaya çıksalar da–bu dünyanın bir parçasıdır ve uygun bir şekilde muhakeme edilme “hakkına” sahiptir. Bu olaylar dogmatik sistemimizin adeta bir sınanması olarak görülebilir. Ancak batıl inanca dayalı teşebbüste yanlış bir konumlama olduğu ifade edilmelidir. Zira netice üzerinde geniş ölçüde bir mutabakat vardır: Ezeli düşmanını bir vudu bebeğine iğne batırmak suretiyle öldürmek isteyen kişi cezasız kalmalıdır. Bu kimsenin öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmıyor olması gerekir. Peki, bu neden böyledir? Bu durum ceza hukukumuzun genel sistemine uygun mudur?

Gerçekten StGB (Alman Ceza Kanunu), gerçek olmayan veya batıl inanca dayalı teşebbüs kavramını tanımamaktadır. Bununla birlikte hemen hemen her ceza hukuku ders kitabında bu konudan bahsedilmektedir. Fakat dikkat çekicidir ki, bu tarz olaylar genellikle çok kısa, neredeyse ihtiyatlı bir şekilde ele alınır. Çoğu zaman, mantıksal örnek teşkil eden, başka dogmatik figürlerle tutarlı gerekçelendirme yolundan ziyade –tematiğe uygun- “uydurarak/çağrıştırarak” sonuç elde edildiği izlenimi edinilmektedir. Bu durumu, öne sürülen argümanlar ve kullanılan dil de göstermektedir. Kısmen, alışlagelmiş terminolojiyle gerekçelendirme girişiminde bulunulmadığı intibayı oluşmakta; bunun yerine, [suç kategorilerinin ötesinde], genel tarihsel değerlendirmelere dayandırılmakta ve batıl inanca dayalı teşebbüsün cezasız kalması “tarihsel koşullanmış” olarak açıklanmaktadır, zira hukukçular aydınlanma döneminin ardından genel olarak büyü ve duyu ötesi güçlere veda etmişlerdir.¹ Bu bağlamda Kudlich, bu tür “ceza hukukundan arındırılmış alanların” oluşturulmasının dogmatik bir başarıdan ziyade çözümlenememiş bir geçmişin işareti olarak yorumlanabileceğini yerinde bir şekilde formüle etmektedir.² Dogmatik açıklamalar yapılmaya çalışıldığında ise, bunlar genellikle suskun ve soluk kalmakta ya da abartılı ve içi boş hale gelmektedir.

Uygulama açısından –kabul edelim ki- özel öneme sahip bir konu olmasa da, batıl inanca dayalı teşebbüsün doğru şekilde sınıflandırılması ve

¹ Krş. **Otto**, AT, § 18 Rn. 60.

² SSW-StGB/**Kudlich/Schuhr**, § 22 Rn. 25; **Kudlich**, JZ 2004, 72, 75.

tatmin edici şekilde çözümlenmesi tüm sistemin tutarlılığı bakımından büyük önem taşımaktadır; ayrıca çalışmayla büyüünün karanlığına dogmatik bir ışık tutma düşüncesi faydalı ve heyecan verici olmaktadır.

II. BATIL İNANCA DAYALI TEŞEBBÜS NEDİR?

1. Tanım ve Örnekler

Kabaca ifade edilirse batıl inanca dayalı veya gerçek olmayan teşebbüsten, failin “bu dünyaya ait olmayan” etkenler aracılığıyla tipik neticeyi meydana getirmeye çabaladığı olay kurguları anlaşılmaktadır.³ Bu kapsamda failin suç tipine yönelik amacına, insani hâkimiyet alanının dışında ve doğa bilimlerine ispatlanmaya müsait olmayan araçlarla ulaşmaya çalıştığı her olay girmektedir.⁴

Aşağıda yer alan olay örnekleri –genel görüşe göre- bu kategoriye dâhil edilmektedir:

Olay 1 (krş. RGSt 33, 321): Sanık, 50 Reichsmark (ç.n.: Alman İmparatorluğu para birimi) ücret karşılığında, bir kadını, şeytanı ortaya çıkarması ve böylece şeytanın kocasını getirmesini sağlamak üzere görevlendirmiştir.

Olay 2: Büyü bağımlısı olan E, kocası G tarafından aldatılmıştır. E bunu öğrendiğinde, bir vudu ritüeli ile kocasından intikam almak istemektedir. E, gece yarısı bir dolunayda, G’yi temsil ettiği varsayılan bir vudu bebeğinin kafasını büyük bir iğne ile deler ve bunun G’nin felç olmasına yol açacağına inanır. (Varyant: G, gerçekte 300 km uzaklıkta bir yerde olmasına rağmen iğnenin batırılmasından sonra ölümcül bir felç geçirir.)

Olay 3: (Feuerbach’ın örneği, Lehrbuch 10. Aufl. 1828, § 42)⁵: Baveralı B, komşusunun ölmesi için dua etmek üzere bir şapele doğru “hac yolculuğuna” çıkar.

Olay 4: A, can düşmanı T’nin yastığının altına, uğursuz olduğuna inandığı bir opal⁶ taşı yerleştirir ve bu değerli taşın gece boyunca düzenli

³ Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 86; Rengier, AT, § 35 Rn. 13.

⁴ Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 86; Fischer, § 23 Rn. 9.

⁵ SSW-StGB/Kudlich/Schuh, § 22 Rn. 25.

⁶ Aslında, 19. yüzyılın sonunda opal taşı kısmen uğursuz etkilerle ilişkilendirilmekteydi. Zehirler arasında afyon neyse, değerli taşlar arasında da opal

olumsuz etkisi sebebiyle T'nin beyin tümörü hastalığına yakalanacağına inanır.

2. Gerçek Olmayan Teşebbüsün Karakteristiği ve Ayrımı

Bu tarz olaylara bakıldığında, bunlardan sınırlandırma için kullanılacak bazı özellikler türetilir:

a) Her şeyden önce bu olaylarda, hukuken korunan menfaatin objektif inşaat edilebilir şekilde ihlal edilmesi söz konusu değildir.⁷ Böylece batıl inanca dayalı teşebbüs, -diğer teşebbüs durumlarında olduğu gibi- tamamlanmış suçtan ayrılır.

Hayal gücüne dayanıldığında ve çabalanan netice üzerine düşünülürken, bu tarz olay kurgularında, objektif olarak atfedilebilir bir neticenin olmaması sebebiyle suçun tamamlanması bakımından cezai sorumluluğun reddedilmesi gerektiği zorunlu olarak ulaşılabilecek sonuç olmaktadır.⁸ Bu durumda suç teşkil eden neticenin ortaya çıkması "failin eseri" değil, aksine sihirli güçlerin yahut bir büyüün vb. eseridir.⁹

Olay 2'nin varyantında G gerçekten, doğrudan zamansal bağlantı içinde ölümcül bir felç geçirirse, G'nin ölümü E'nin vudu büyü yoluyla meydana getirdiği tehlike sebebiyle gerçekleşmeyecektir; objektif olarak bakıldığında bu ölümün nedenselliği E'nin sorumluluk alanında olmayacaktır, diğer bir ifadeyle objektif olarak kendisine atfedilemeyecektir.

b) Ancak subjektif açıdan bakıldığında, failin davranışı gerçek kişilerin hukuken korunan menfaatlerini ihlal etmeye yönelmektedir. Failin kendi tasavvuruna göre suçun işlenmesinde kullandığı veya yararlandığı araçlar, failin bakış açısından neticeyi gerçekleştirmeye uygundur. Buna karşın objektif olarak bakıldığında, bu araçlar gerçek olmayan, doğüstü alandan gelmektedirler, diğer bir ifadeyle bu araçlar- en azından şu anda hâkim olan bilgi durumuna göre – doğüstü bilimleri kanunlarının (nedensel) bağlarıyla çelişmektedir.

oydu. Eski bir deyişe göre bu taş, her türlü hastalık, geçimsizlik ve talihsizliği getirmek, sevgiyi nefrete dönüştürmek, aile üyelerini, arkadaşları ve sevgilileri bölmek için kötü bir güce sahipti. krş. (<http://www.ruebe-zahl.de/opal.htm>)

7 Krş. LK-Hillenkamp, Vor. § 22 Rn. 48.

8 Aynı yönde B. Heinrich, AT, Rn. 679; Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 88.

9 Krş. B. Heinrich, JURA 1998, 393, 397.

Ne fail tarafından uydurulan “şeytanla anlaşma” (olay 1) ne vudu büyü kullanımı (olay 2) ne de değerli bir taşın uğursuzluk etkisi (olay 4), doğa bilimleri kanunlarının nedensel bağlarıyla örtüşmektedir. Duanın gücü bile (olay 3), birçok insanın inancında bu güce sıkı sıkıya inanılsa da, her türlü bilimsel temellendirmeden uzaktır. Hukuki menfaatlerin ihlaline yol açmak için sözde bir araç olarak dua, -buradaki gibi ceza hukuku sorunları söz konusu olduğunda- sihir ve büyücülük ile aynı kefeye konulmalıdır, elbette bu (dini uygulamasında Tanrı ile iletişimi olan veya - daha ileri formüle edilmiş - aşkın bir güç olan) duanın değersizleştirilmesi veya küçümsenmesi anlamına gelmez.

Bu sübjektif yön, gerçek olmayan teşebbüsü, §§ 22, 23'teki anlamda teşebbüsle bağlamaktadır. Suçun işlenmesine yönelen araçların - objektif olarak bakıldığında – neticenin gerçekleşmesine yol açamayacağı gerçeği, başlangıçta suç işleme kararı bakımından önemsizdir, zira - § 22'nin açıkça ifade ettiği gibi (“...fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre...”) - burada önemli olan yalnızca failin tasavvuru ve planlarıdır.¹⁰

c) Ancak bu son nokta, gerçek olmayan teşebbüsün üçüncü özelliği ile yakından ilgilidir: Tüm bu olaylarda, failin somut durumdaki davranışı, herhangi bir hukuken korunan menfaat bakımından nesnel olarak ölçülebilir bir tehlike oluşturmamaktadır. Ancak bu açıdan batıl inanca dayalı teşebbüs, elverişsiz teşebbüsten farklı değildir.

Elverişsiz teşebbüs, failin suç işleme kararının hiçbir koşulda objektif olarak suçun gerçekleşmesine yol açmaması ile karakterize edilir.¹¹ Elverişsizlik her halükarda suçun konusunun ya da suçta kullanılan aracın elverişsizliğinden kaynaklanabilir.¹² Örneğin, profesyonel tetikçi görevini yerine getirmek için, uyuduğu varsayılan ancak kısa bir süre önce kalp krizinden ölen kurbanına ateş ederse (suçun konusunun elverişsizliği),¹³

¹⁰ **Lackner/Kühl**, § 22 Rn. 12; **Herzberg/Hoffmann-Holland**, in: MüKo- StGB, § 22 Rn. 48.

¹¹ **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, Rn. 619; **Schönke/Schröder/Eser**, § 22 Rn. 60.

¹² Suçun failinin elverişsizliğinin gerekli olup olmadığı oldukça tartışmalıdır (suçun failinin memuriyet durumu hakkında hataya düşmesi, bu pozisyonunun olduğunu kabul ederek nüfuz ticareti suçunu işlediğine inanması), konuyla ilgili derinlemesine analiz için bkz. **Valerius**, JA 2010, 113, 115; **Seier/Gaude**, JuS 1999, 456, 457 f.; **Herzberg**, GA 2001, 256, 269 ff.

¹³ Krş. **Herzberg**, GA 2001, 257, 264; RGSt 1, 451 (ölü doğmuş bir çocuğu öldürmeye teşebbüs).

elverişsiz bir teşebbüs söz konusudur. Mevcut olayla ilgili olarak, elverişsiz bir teşebbüs ile elverişsiz bir suç işleme aracının bir araya gelmesi, -örneğin aldatılan eşin, silahın dolu olmadığını bilmeden karısının sevgilisini öldürmek amacıyla ateş etmesi- durumunda söz konusu olur.¹⁴

Elverişsiz teşebbüs, StGB'deki açık düzenlemeye göre cezalandırılabilir niteliktedir (yasa koyucunun hiçbir şekilde zorlayıcı olmayan bir kararı).¹⁵ Öte yandan, cezalandırılabilirlik, failin fiile ilişkin tasavvurunu temel olarak belirleyen § 22'den kaynaklanmaktadır;¹⁶ bu bağlamda elverişsiz teşebbüsten açıkça bahseden ve yalnızca ağır bilgi ve anlama hatası durumunda cezanın kaldırılmasına veya hafifletilmesine izin veren § 23 III hükmüdür; buradan hareketle elverişsiz teşebbüsün temelde diğer teşebbüsler gibi cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır.¹⁷

d) Bir başka özellik de - tüm benzerliklere rağmen - gerçek olmayan teşebbüsü elverişsiz teşebbüsten ayırt etmeyi kolaylaştırır: Her ikisinin de hukuken korunan menfaat bakımından zararsız olduğu doğrudur. Bununla birlikte ortalama bir gözlemci her iki duruma da farklı tepki verecektir; ortalama gözlemci elverişsiz teşebbüs durumunda, failin fiilde ifadesini bulan hukuka karşı düşmanca tutumundan “ürkecek” veya “korkacaktır”; bu davranış, -somut koşullar altında olmasa bile- en azından işin doğası gereği tehlikeli olabilir.¹⁸

Yukarıdaki boş bir silahla ateş eden eş örneğinde, burada birisinin bir başkasını öldürme niyetiyle bir ateşli silahın tetiğini çektiği ve sadece şanslı bir durum (boş silah) sayesinde burada ölümün meydana gelmediği izlenimi devam etmektedir.

Sihir, büyü ve büyücülükle uğraşan fail açısından ise durum farklıdır. Buna zararsız olduğu için “gülünecektir”.¹⁹

Objektif bir gözlemci vudu bebeğine iğne batırılmasını izlerse, bu davranışı yalnızca saçma ve anlamsız olarak sınıflandıracaktır - ve bu durum

14 BGH, NJW 1995, 2176 (Bütünüyle yetersiz bir doz miktarıyla zehirlemeye teşebbüs).

15 Eleştiri ve elverişsiz teşebbüsün kısıtlayıcı bir şekilde ele alınması talebi için bkz. **NK-Zaczyk**, § 22 Rn. 37 daha fazla kanıtla.

16 Krş. **Beckemper**, in: BeckOK-StGB, § 22 Rn. 63.

17 **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, Rn. 620; **Hilgendorf**, JZ 2009, 139, 142.

18 Krş. **Seier/Gaude**, JuS 1999, 456, 457.

19 **Valerius**, JA 2010, 113, 116.

hukuken korunan menfaatin ihlalinden tamamen uzaktır, böylece tehlikeli bir davranış izlenimi edinilmeyecektir.

Dolayısıyla, her iki durumda da objektif bir tehlike durumu söz konusu değildir; yalnızca elverişsiz teşebbüs tarafsız ortalama bir gözlemci üzerinde hukuka olan güveni sarsan bir izlenim bırakmaktadır.

e) Ancak, bu durum yalnızca kural olarak geçerlidir - zira makul bir gözlemcinin tamamen zararsız olarak addedeceği elverişsiz teşebbüs durumları da söz konusudur. Burada kastedilen, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilse ya da cezada indirim yapabilse bile, § 23 III'teki açık hüküm nedeniyle cezalandırılabilir olarak kabul edilecek olan ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüstür.²⁰ Bununla birlikte hâlihazırda şu soru sorulabilir veya sorulmalıdır, -tam olarak § 23 III hükmünün aksine- hâkim görüşüne göre tamamen cezalandırılmaz olduğu varsayılan gerçek olmayan teşebbüs ile (ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs) arasındaki fark nedir?

Ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüse baktığımızda: burada fail, ortalama bir insan tarafından da açık bir şekilde fark edilebilen, genel olarak kabul edilen nedensel süreçler hakkında bütünüyle yanlış bir fikre sahiptir.²¹ Konuyla ilgili örnekler şu şekildedir:

Olay 5: Hamile S hamileliğini sonlandırmak istemektedir. S, karbonat almak suretiyle hedefine ulaşabileceğine inanmaktadır. Maddeyi aldıktan sonra hiçbir şey olmadığında hayal kırıklığına uğrar.

Olay 6:²² N, evinin üzerinde sürekli mevcut olan uçak gürültüsünden rahatsızdır. “Gökyüzünden bir uçak düşürmek” ister, bir sapan satın alır ve uçağa doğru bir taş fırlatır - uçak “şaşırtıcı bir şekilde” etkilenmeden uçmaya devam eder.

5. ve 6. Olayların biraz değiştirilmesiyle, gerçek olmayan teşebbüse büyük bir yakınlık olduğu ortaya çıkmaktadır:

²⁰ **Herzberg/Hoffmann-Holland**, in: MüKo-StGB, § 23 Rn. 39; **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 369; **Valerius**, JA 2010, 113, 116; **Seier/Gaude**, JuS 1999, 456, 457.

²¹ **Fischer**, § 23 Rn. 7; **Schönke/Schröder/Eser**, § 23 Rn. 17; BGHSt 41, 94, 95, Buna göre, “hata, yalnızca uzman kişiler bakımından değil, bilakis ortalama hayat tecrübesine sahip herhangi bir kişi için de açık, hatta aşikâr olmalıdır.”

²² Krş. B. **Heinrich**, AT, I, Rn. 675.

Olay 5a: Hamile S hamileliğini sonlandırmak istemektedir. S, Sihirbaz M'den aldığı sihirli tozu kullanarak amacına ulaşabileceğine inanmaktadır.

Olay 6a: N, evinin üzerinde sürekli mevcut olan uçak gürültüsünden rahatsızdır. Gökyüzünden bir uçak düşürmek” ister, o anda elindeki eski bir sihirli değnekle üzerindeki uçağa doğru lanet gönderir.

Aslında burada bir ayırım yapmak son derece güçtür. Bu sebeple sınırlandırma doktrindeki bir kısım tarafından bütünüyle reddedilmektedir.²³ Zira her iki durumda da objektif gözlemci bakımından hukuka olan güveni sarsıcı bir etki bırakılmadığından, hukuka olan güveni sarsma derecesi anlamlı bir ayırım ölçütü olamaz.²⁴ 5/5a ve 6/6a olaylarının karşılaştırılması bunu çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Çoğunlukla ayırım kullanılan araçlarla tespit edilebilir: Kullanılan araçlar en azından soyut olarak doğa yasalarıyla açıklanabilecek bazı sonuçlara neden olabiliyorsa, yani bilinen doğa yasalarına göre en azından potansiyel bir tehlike - tamamen uzak olsa bile - içlerinde mevcutsa, o zaman elverişsiz – icabında ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı - bir teşebbüs söz konusudur. Eğer bu elverişlilik ya da bu doğal, makul potansiyel tehlike tamamen eksikse ve suç işlemek için hayal edilen araç sadece failin hayalinde sihirli, doğaüstü etkiler atfedilerek bir suç işleme aracı haline geliyorsa, o zaman bu durumda gerçek olmayan bir teşebbüs söz konusudur.²⁵ Bu bağlamda Eser’in seçtiği formülasyon anlaşılabilir bir niteliktedir, buna göre gerçek olmayan teşebbüs durumunda fail “gerçek varlık dünyasına ait olmayan ve dolayısıyla insan etkisinden uzak olan duyular üstü güçlere dayanmaktadır, oysa § 23 III durumunda ise –her ne kadar ağır anlama hatası olsa da- varoluşa ilişkin yasaların yanlış anlaşılması söz konusudur.²⁶

Bu güzel ifadelere rağmen- ayırım noktasında net ölçütler belirlenemekte, iki kurum arasındaki farklılık pratikte pek mümkün görünmemektedir.²⁷ Buna karşın Roxin bu ayırımın “prensipten açık” olduğunu

²³ Krş. B. **Heinrich**, JURA 1998, 393, 398.

²⁴ SSW-StGB/**Kudlich/Schuh**r, § 22 Rn. 25.

²⁵ **Kühl**, AT, § 15 Rn. 94; **Seier/Gaude**, JuS 1999, 456, 460.

²⁶ **Schönke/Schröder/Eser**, § 23 Rn. 13a.

²⁷ Krş. **Fischer**, § 23 Rn. 10; **Bloy**, ZStW 113 (2001), 76, 109; **Otto**, AT, § 18 Rn. 60.

ifade etmektedir: papatya çayı ile kürtaj yapabileceğini düşünen bir kimse batıl inançlı değil, bilakis budaladır, bu sebeple bu kimse § 23 III'e göre muamele görmelidir.²⁸ Bu şekilde sınırda bulunan olaylarda sınır çizme zorlukları, ayırmadan tamamen vazgeçilmesine yol açmamalıdır.²⁹

Öyleyse “batıl inançlı” - “budala” karşıt çiftlerinin gerçekten yararlı olup olmadığı, bilimsel bilginin dinamiklerinin, diğer bir ifadeyle –gelecek nesillerin gözüyle bakıldığında- farklı açılardan -saçma- olarak kabul edileceği dikkate alınarak test edilebilir. Tıpkı bugün geçmiş nesillere yapabileceğimiz gibi:

Olay 7: 19. Yüzyılın başında C, uranyum içeren küçük taşlara sahip olur. C, bu taşların radyoaktif bir radyasyon yaydığını bilmediği gibi, dönemin doğa bilimcileri tarafından da radyoaktif radyasyon bilinmemekteydi. C'ye Sihirbaz M tarafından onaylanan “muhteşem etkisi” nedeniyle, C düşmanı F'nin yastığının içine taşları dikmek suretiyle yerleştirir. Böylece M'nin verdiği bilgiler ışığında ve C'nin inandığı üzere F'ye hastalık ve erken ölüm gelecektir. Gerçekte ise küçük taşların radyasyon yoğunluğu herhangi bir fiziksel hasara yol açamayacak kadar azdır.

Olay 7, radyoaktif radyasyonun keşfinden önce bilimin geldiği nokta temel alınarak incelenmiş olsaydı, muhtemelen bunun “gerçek olmayan teşebbüs” olduğu sonucuna varılırdı. Zira o zamanki anlayışa göre, uranyum içeren kayanın temasıyla fiziksel hasar arasında herhangi bir bağlantı olduğunu kanıtlayabilecek hiçbir doğa kanunu bulunmamaktaydı. Bugünkü bakış açısıyla değerlendirme elbette farklı olacaktır. Radyoaktif maddelerin sağlık üzerindeki bilinen potansiyel zararlı etkisi göz önüne alındığında, C, “doğüstü güçlere” güvenmeyecek, -Roxin'in sözleriyle - çok düşük radyasyon aşikâr olsaydı, basitçe “budala” olacaktı. Bu da elverişişiz bir teşebbüs nedeniyle temel bir cezalandırılabilirliğe yol açmaktadır; bu durumda C muhtemelen § 23 III uyarınca cezasız kalacak ya da cezasında indirim yapılacaktır. Böylelikle şu durum ortaya çıkmaktadır: Doğüstü ve budalalık kavramları net olarak tanımlanmış kavramlar değildir, daha ziyade görecelidir ve zaman içinde değişebilir.³⁰

Dolayısıyla bu değerlendirmeyi güncel örneklere dayalı olarak yapabilmemiz de son derece doğaldır, örneğin,

²⁸ Roxin, AT II, § 29 Rn. 375.

²⁹ Roxin, AT II, § 29 Rn. 375.

³⁰ Krş. Kudlich, JZ 2004, 72, 75 f.

Olay 8: H hobi olarak hipnozla ilgilenmektedir. H, nefret ettiği X'in bir diskotekte yapılan hipnoz gösterisinde kendisi için bir denek olarak hazır olmasını sağlar. Akabinde X, kısa süre içinde H'nin bütün komutlarına itaat eder. Daha sonra H kendi iradesine uygun olarak, X'in ciddi fiziksel yaralanmalara maruz kalması için X'i 3 metre yüksekliğindeki bir sahneden atlatmak istediğinde, X üzerindeki gücünü kaybeder, böylece X zarar görmez.

Elverişsiz ve gerçek olmayan bir teşebbüs arasındaki ayrım noktasında, hipnozun şimdiye kadar söylenenlere göre sınıflandırılması gerekir. Bu durum doğa kanunu ile açıklanabilir mi yoksa doğaüstü bir şey midir, bir tür "sihir" midir? Bu cevaplaması kolay bir soru değildir:

Hipnoz sihirle ilişkili midir veya hesap edilebilir mi? Hipnozun büyü (etkili) bir illüzyon mudur - veyahut illüzyon hipnozun tam olarak elle tutulur olduğu fikrinden mi oluşmaktadır?

Konuyla ilgili aşağıda bir psikoterapist tarafından yapılan yorum çok anlamlıdır:

"Bugün hipnozdan anladığımız şey, binlerce yıl öncesine dayanan bir geleneğin aşağı yukarı çağdaş versiyonudur. Telkinle iyileştirme bazen dini olarak yüceltilmiş, bazen de büyücülük olarak şeytanlaştırılmıştır - nadiren de olsa her ikisi aynı anda yapılmıştır. Zaman zaman, sağlık hizmeti veren meşhur kişilerin hipnoz kullanması kanunen yasaklanmıştır. Daha sonra bürokratik işlemler değişmiş ve hipnoz yalnızca resmi olarak tanınan sağlık hizmeti veren kişilere ayrılmıştır. Böylece süreç bir ileri bir geri gitmekte ... ve bugün bile hipnoz, bir yanda ezoterizmin renkli parıltısı ile diğer yanda ampirizmin gri formülleri arasındaki gerilim alanında hareket etmekte, bazen sınır çizmek için çabalamakta, bazen de büyüyle ya da "bilimsel" bir kisveye bürünmektedir."³¹

Olay 7 ve 8, bilimsel bağlantıları incelemenin mevcut duruma bağlı olduğunu ve bilim tarafından sadece kısmen açıklanabilen, belki de sadece (yakın veya uzak) gelecekte açıklanabilecek veya belki de sonsuza kadar sınıflandırılmayacak gri alanlar olduğunu göstermektedir. Bu halde Roxin'in düşündüğü gibi sınır gerçekten "prensipte net" midir?

³¹ Werner, **Eberwein**, <http://www.werner-eberwein.de/medien/texte-mainmenu-68/46-hypnosetherapie-zwischen-empirie-und-esoterik.html>.

f) Özetle, gerçek olmayan teşebbüs, failin davranışının ne hukuken korunan bir menfaatin ihlaline ne de hukuken korunan bir menfaate yönelik somut bir tehlikeye neden olmasıyla karakterize edilir. Gerçek olmayan teşebbüs, objektif gözlemci üzerinde hukuka olan güveni sarsacak bir izlenim bile bırakmamaktadır, zira suçun işlenişi genellikle bilinen doğa yasaları temelinde neticeye ulaşmaya uygun değildir. Ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsten ayırt edici bir özellik olarak yalnızca bir anlaşılabilir bir kriter kalmaktadır, yani suçun işlenmesinde kullanılan aracın bilimsel olarak anlaşılabilir herhangi bir potansiyel tehlikeye sahip olup olmadığı ya da sadece doğaüstü ve büyülü bir alana yerleştirilip yerleştirilemeyeceğidir.

III. CEZA HUKUKU DOGMATIĞI BAKIMINDAN GERÇEK OLMAYAN TEŞEBBÜS NASIL ELE ALINIR?

1. Cezasızlık (Hâkim Görüş)

Hâkim görüş gerçek olmayan teşebbüsün cezalandırılmayacağı yönündedir. Ancak bu sonuç genellikle ceza hukuku dogmatığı bakımından gerekçe verilmeden veya gerekçe inşa edilmeden önce belirlenir. Aydınlanma ile birlikte, büyücülük, sihir ve benzerlerini cezalandıran suç tipleri kaldırılmıştır.³² O zamandan beri, batıl bağlantılar genellikle ceza hukukunun koordinat sisteminin dışında kalmıştır. Bununla birlikte, StGB ve suç doktrini temelinde bu istenen sonuca nasıl ulaşılabileceği konusunda görüşler farklılık göstermektedir.

a) Neticenin Gerçekleştirilmesi Bakımından Suç İşleme Kararının Olmaması

Gerçek olmayan bir teşebbüsün cezasız kalmasının en yaygın nedeni, neticenin gerçekleştirilmesi noktasında suç işleme kararının olmamasıdır.³³ Sihir, büyü vb. kullanan kişinin suç işleme kastı yoktur. Zira bu durumda fail yalnızca neticenin gerçekleşmesini arzu etmektedir. Ancak bir kimse yalnızca arzu ettiği şeyi gerçekleştirmeyi isteyemez.

Bu gerekçelendirmenin sakince düşünüldüğünde ikna edici olmadığı görülecektir. Vudu büyücüsü, ölümün gerçekleşmesini, kurbanını boğarak

³² Kudlich, JZ 2004, 72, 77.

³³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 620; Kretschmer, JR 2004, 444, 445; Kindhäuser, AT, § 30 Rn. 16; LK-Hillenkamp, § 22 Rn. 190; Seier/Gaude, JuS 1999, 456, 460; Rengier, AT, § 35 Rn. 13.

öldürmek isteyen bir katile göre daha mı az istemektedir? Vudu failinin öldürme iradesi ile komşu odadaki düşmanına elektrik vermek için bir düğmeye basan kişinin³⁴ iradesi farklı kategorilere ayrılabilir mi? Her durumda fail, sübjektif olarak (§ 22'ye göre (failin kendi tasavvuruna göre) önemli olan budur) hukuken korunan menfaatleri ihlal etme kabiliyetine eşit olarak sahiptir.³⁵ Bu durum, § 23 III'te yer alan ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüse bakıldığında çok net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. StGB bu durumu tipik, hukuka aykırı ve kusurlu olarak işlenen bir teşebbüs olarak ele alırsa, bu durumda açıkça ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı hareket eden kişinin, davranışı buna uygun olmamasına rağmen, suça ilişkin neticeyi gerçekleştirmek üzere suç işleme kararına sahip olduğunu varsaymaktadır. Ancak bu takdirde batıl inançla hareket eden fail bakımından başka hiçbir şey geçerli olamaz.³⁶

b) Objektif İsnadiyete Yönelik Kastın Eksikliği

Bir kısım tarafından, gerçek olmayan bir teşebbüs söz konusu olduğunda amaçlanan neticenin objektif olarak isnat edilebilirliği noktasında, kast reddedilmektedir.³⁷ Fail fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, büyümlü güçlere başvurusu izin verilen ve dolayısıyla onaylanmayan bir risk olmadığından, fail hâlihazırda hukuken herhangi bir tehlike oluşturmak istemiştir.

Bir kısım yazar tarafından burada “suçun tamamlanma süreci” kullanılmaktadır: (Yukarıda yer alan Olay 2'nin varyantında) gerçek olmayan teşebbüs bakımından (pek olası olmamakla birlikte) neticenin gerçekleşmesi halinde, fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmaz, zira bu durumda objektif isnadiyet söz konusu değildir. Fail neticenin gerçekleşmemesi halinde teşebbüsten dolayı da cezalandırılmaz.³⁸

Ancak bu görüş de ikna edici değildir. Gerçek olmayan bir teşebbüs söz konusu olduğunda, bir riskin oluşturulduğunu ve hatta yasal olarak onaylanmayan bir riskin yaratıldığını tamamen inkâr etmek kesinlikle

34 Krş. die Versuchsanordnung beim sog. Milgram-Experiment: http://www-public.rz.uni-duesseldorf.de/~hoffmjud/inhalt/erhebungsverfahren/milgram_experiment.pdf.

35 Haklı olarak **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 373; **Fischer**, § 23 Rn. 10.

36 Benzer şekilde **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 373.

37 **Kudlich**, JZ 2004, 72, 77; **Herzberg**, GA 2001, 257, 268 f.

38 **Kudlich**, JZ 2004, 72, 77; **Herzberg**, GA 2001, 257, 268 f.

mantıklıdır. Ancak burada isnadiyet sorunu bütünüyle objektif olarak değil, bilakis failin fiile ilişkin tasavvuru temelinde değerlendirilir (§ 22). Hukuk düzeni tarafından izin verilen bir riskin mevcut olup olmadığı § 23 III'e bakılmadan cevaplanamaz: Burada da hukuk düzeninin, fiil suçun neticesini meydana getirmeye hiç uygun olmasa bile cezalandırılabilir bir teşebbüsü kabul ettiğini görüyoruz. Bu nedenle, gerçek olmayan bir teşebbüs durumunda da, nedensellik ve objektif isnadiyet sorunu bakımından yalnızca failin bakış açısından subjektif tehlikenin meydana getirilmesini temel almak önemli olabilir.³⁹ Ancak batıl inançlı kişi de izin verilen riski aşmaktadır.

Bunun ötesinde, “suçun tamamlanma süreci” tamamen başarısız olmaktadır: Zira Olay 2'nin varyantındaki durumlarda, suçun tamamlanması noktasında cezai sorumluluğun ortadan kalktığı doğrudur; bu durum teşebbüs bakımından cezai sorumluluk hakkında hiçbir şey söylememektedir. Genel olarak geçerli olan durum şudur: fail suç işlemeye (elverişsiz) teşebbüs eder ve amaçlanan netice tesadüfen gerçekleşirse –bu faille atfedilemez-, ancak bu teşebbüs ceza hukuku bağlamında geçerlidir.

Örnek: A, B'yi zehirleyerek öldürmek istemektedir. Bir hata nedeniyle B'nin sabah kahvesine tamamen zararsız bir madde döker. B bunu içtiğinde, A'nın hareketinden bağımsız olarak ölümcül bir kalp krizi geçirir. A, adam öldürme suçunun faili olmamasına rağmen (ölümün sonucu ona atfedilemez), yine de §§ 212 (211), 22, 23 I uyarınca temel olarak cezalandırılabilir elverişsiz teşebbüste bulunmuş olur.

c) Doğrudan Doğruya İcra Hareketlerine Başlanılmaması

Gerçek olmayan teşebbüsün cezasız kalması, § 22 hükmü anlamında doğrudan doğruya icraya başlanmamış olmasına dayandırılabilir. Maurach/Gössel/Zipf'in kitabında, suçun tipinin gerçekleştirilmesi ile gerçek dışı eylem arasında, gerçek dışı güçlerin gerçek bir etkiye dönüştürülmesi ara adımının halâ gerçekleşmesi gerektiğine işaret edilmektedir.⁴⁰ Dolayısıyla, “ölüm duası etmek” gibi batıl bir eylem, § 22 kapsamındaki suç tipini gerçekleştirmek için yeterli değildir. Bu çıkış noktası ilginç olmakla birlikte genelleştirilebilir. Bunun nedeni, failin fiile ilişkin tasavvurunun da doğrudan doğruya icraya başlama için belirleyici olmasıdır (§ 22). Ancak, bu subjektif temelde, failin davranışının suçun gerçekleştirilmesine

³⁹ Krş. Valerius, JA 2010, 113, 116.

⁴⁰ Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 41 Rn. 82.

ne kadar yakın olduğu ve objektif bir bakış açısıyla mağdurun hâlihazırda tehlikede olup olmadığı çeşitli objektif kıstaslar temelinde değerlendirilir.⁴¹ Bu noktada - teşebbüsün gerçek dışı olması nedeniyle - böyle bir objektif yakınlığın veya objektif tehlikenin hiç şekilde var olmadığı ileri sürülebilir. Bu ikna edici yaklaşım mantıksal sonuca götürülecek olursa, batıl inanca dayalı teşebbüs teknik anlamda bir “teşebbüs” olmayacak - ve dolayısıyla cezasız kalacaktır.

Fakat bu argümanın § 23 III bağlamında ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs bakımından da geçerli olması gerekir. Zira bu teşebbüs şekli de aynı zamanda tamamen zararsız olmasıyla karakterize edilir, diğer bir ifadeyle mağdur bakımından hiçbir zaman objektif bir tehlike yoktur ve bu nedenle suç tipi gerçekleştirilinceye kadar birçok adımın atılması gerekir. Hâlbuki kanun koyucu, § 23 III aracılığıyla, ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsün cezalandırılabilirliğini kabul ettiğini ifade etmiştir. Öyleyse batıl inanca dayalı teşebbüs konusunda başkaca hiçbir şey nihai olarak geçerli olamaz. Aksi takdirde, değer çelişkileri kaçınılmaz olarak ortaya çıkacaktır.

d) Hukuka Olan Güveni Sarsıcı Etkinin Olmaması

Son olarak, belirli bir suç düzeyini belirlemeden, herhangi bir batıl inanca dayalı teşebbüsün hukuka olan güveni sarsıcı etkisinin olmamasına başvurulmaktadır.⁴² Bu sebeple ilgili davranış cezaya tabi olmamakta ve cezayı gerektirmemektedir. Bu yaklaşım doğru olsa bile, § 23 III hükmü ile çelişki devam edecektir, zira - görüldüğü üzere – ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsün de genellikle hukuka olan güveni sarsıcı bir etkisi yoktur.

Böylelikle bilhassa § 23 III’teki yasal düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde, yukarıda yer verilen olası çözümlerin hiçbirinin tamamen ikna edici olmadığı ortaya çıkmaktadır.

41 **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, Rn. 601; Teşebbüs başlangıcı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Geppert**, JK 10/06, StGB § 22/24.

42 **Schönke/Schröder/Eser**, § 22 Rn. 65; **Kühl**, AT, § 15 Rn. 93; **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 373; benzer şekilde **Beckemper**, in: BeckOK-StGB, § 23 Rn. 9.

2. Temel Olarak Cezalandırılabilirlik (Yalnızca Cezadan Vazgeçme veya Cezada İndirim Yoluyla)

Bu anlayış dikkatimizi, gerçek olmayan teşebbüsün genel olarak cezasızlığı “dogmasını” terk eden karşıt anlayışlara yöneltilmektedir. Bu anlayışa göre özellikle, gerçek olmayan teşebbüsü, ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsle aynı seviyeye koyma ve § 23 III hükmüne göre ele alma yaklaşımı vardır.⁴³ Bu çözüm her şeyden önce, gerçek olmayan teşebbüs ve ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs arasında -pek de mümkün olmayan- bir ayırım yapma zorunluluğunun ortadan kalkması gibi bir albeniye sahiptir. Kanunun lafzı, her halükarda gerçek olmayan teşebbüsün dâhil edilmesine izin vermektedir, zira sihir ve büyülerle karakterize edilen suç araçlarının “suçun tamamlanmasına hiçbir şekilde yol açamayacak” bir araç olarak anlaşılabilirliğini söylemeye gerek yoktur.⁴⁴ Bir kısım yazar tarafından, batıl inanca dayalı teşebbüsün, göçmenlerin veya benzerlerinin bakış açısını da içeriyorsa, hukuk düzenini sarsıcı bir izlenim bırakmak için oldukça uygun olabileceğine de işaret edilmektedir.⁴⁵ Elbette bu çözüm 1. başlık altında bahsedilen yaklaşımlardan oldukça farklıdır: Zira gerçek olmayan teşebbüs § 23 III kapsamına giriyorsa, bu bir suç teşkil eder; her halükarda fail (elverişsiz) teşebbüsten kusurlu bulunabilir ki karşıt görüşe göre tam da kaçınılması gereken budur. Bu durumda yalnızca cezanın belirlenmesi bakımından § 23 III’ün lehte olan hükmü geçerlidir, zira § 49 II uyarınca cezadan vazgeçilebilir veya ceza indirim yapılabilir. Kimilerine göre gerçek olmayan bir teşebbüs durumunda cezalandırmadan her zaman kaçınılmalıdır, çünkü bu konuda hâkimin takdir yetkisi sınırlıdır.⁴⁶

43 Krş. **Valerius**, JA 2010, 113, 116; **Fischer**, § 23 Rn. 10; **Otto**, AT, § 18 Rn. 63; **Hilgendorf**, JZ 2009, 139, 143. 1962 tarihli Ceza Kanunu Taslağında da gerekçelendirme bu anlamdadır: Bir teşebbüs bütünüyle elverişsiz olabilir ve hatta akılsızca veya batıl inanca dayalı olabilir... Bununla beraber yine de önemli bir suç işleme iradesini barındırabilir.

44 **Valerius**, JA 2010, 113, 116; açık (fakat gerekçesiz) başka bir görüş **Beckemper**, in: BeckOK-StGB, § 23 Rn. 9, bu görüşe göre § 23 III hükmü batıl inanca dayalı teşebbüsü kapsamamaktadır; LK- **Hillenkamp**, § 22 Rn. 189, bu görüşe göre, gerçek olmayan teşebbüs durumlarında, fail § 23 III bağlamında bir suç işleme aracını yanlış değerlendirmemekte, yalnızca hayal etmektedir.

45 Benzer şekilde, **Hilgendorf**, JZ 2009, 139, 143.

46 Benzer şekilde, **Otto**, AT, § 18 Rn. 60; B. **Heinrich**, JURA 1998, 393, 398.

3. Değerlendirme

a) Temel Cezai Sorumluluk ile § 23 III Hükmü Uyarınca Ağır Bilgi ve Anlama Hatasına Dayalı Teşebbüs Denklemi

Daha önceki açıklamalardan, suç işleme kararı veya doğrudan doğruya icraya başlama veyahut genel değerlendirmelerden genel bir cezasızlık elde etmeye çalışan yaklaşımların, § 23 III'ün düzenlemesiyle çeliştikleri için en sonunda başarısız oldukları hâlihazırda açık bir şekilde ortaya çıkmıştır. II.2. e başlığında ifade edildiği üzere, ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs ile batıl inanca dayalı teşebbüs arasında bir sınır çizmenin her halükarda güç olduğu ve sınır durumlarında ise neredeyse hiç mümkün olmadığı da eklenirse, batıl inanca dayalı teşebbüsün § 23 III kapsamında ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs olarak kabul edilmesi görüşü lehine çok şey ifade edilebilir.⁴⁷

b) Düzeltici Bir Unsur Olarak Teşebbüsün Cezai Sorumluluğunun Esası

Ancak bu durum çözümden hala uzak bir aşamadır. Pozitif hukuk temelinde bütün “dogmatik oyunlardan” sonra, gerçek olmayan bir teşebbüsün § 23 III kapsamında bir suç olarak ele alınmasının sistematik olarak tutarlı ve sonuçta doğru olup olamayacağı sorusunun yanıtlanması gerekir. Bu sebeple teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin esasına bakılması gerekir. O halde gerçek olmayan bir teşebbüsü suç olarak değerlendirmek teşebbüsün cezalandırılma nedeni ile uyumlu mudur?

⁴⁷ Birazdan daha ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, gerçek olmayan ve ağır bilgi anlama hatasına dayalı teşebbüsün cezalandırılabilirliği, genel olarak teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin hukuki nedeniyle uyumlu olmadığından, mahkeme her halükarda lex lata temelinde (pozitif hukuk) ve § 23 III hükmünün anayasaya uygun yorumunda (Ölçülülük) – Otto'nun görüşü çerçevesinde (yukarıya bakınız) – mahkeme her durumda cezalandırmaktan kaçınmakla yükümlü olmalıdır. Nihayetinde ceza vermektен vazgeçme kuralı olarak kanunda yer almıştır, zira bu hukuki neticenin § 23 III'teki sistematik konumu alışıl gelmiş anlayıştan sapmaktadır. (krş. §§ 113 IV, 129 VI, 157 II, 158 I, 236 V, 306 e I), krş. **Schönke/Schröder/Eser**, § 23 Rn. 18. Bu sebeple § 23 III hükmündeki bu takdiri kural, zorunlu bir cezada indirim kuralı olarak sınıflandırılmıştır; bkz. **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 370; **NK-Zaczyk**, § 23 Rn. 21; **Valerius**, JA 2010, 113, 116.

aa) Objektif teşebbüs teorisi,⁴⁸ teşebbüsün cezalandırılma nedenini hukuken korunan menfaatlerin objektif olarak tehlikeye atılmasına dayandırmaktadır. Fakat gerçek olmayan güçlerin yardımıyla hukuken korunan menfaatler hiçbir şekilde ihlal edilemeyeceği için gerçek olmayan teşebbüs bakımından cezai sorumluluk bu yaklaşım temelinde haklı gösterilemeyecektir.⁴⁹

bb) Öte yandan bu objektif yaklaşım da kanunla uyumlu değildir. Zira bu durumda tam olarak hukuken korunan menfaatler bakımından tehlikenin yokluğu ile nitelenen elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılmaması gerekir.⁵⁰ Bu görüşler subjektif teşebbüs teorisine dönmektedir.⁵¹ Bu teoriye göre, teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, hukuka düşman bir düşüncenin faaliyetinde ve dolayısıyla failin bir suçu gerçekleştirme iradesinde bulunmalıdır. Batıl inançlara dayanan fail, gerçek olmayan araçların yardımıyla suçu neticeye ulaştırabileceğine kesin olarak inanırsa, bu takdirde hukuka düşman bir tutum sergilemiş ve bu görüşe göre teşebbüsün cezalandırılmasının temeli olan nedeni yerine getirmiş olur.⁵² Fakat bu yaklaşım, salt düşünceleri cezalandırma (“düşünce ceza hukuku”) tehdidinde bulunmakta ve ayrıca § 22 hükmünün teşebbüsün cezalandırılabilirliğini neden “doğrudan doğruya icra” objektif ölçütüne bağlı kıldığını açıklayamamaktadır.⁵³

cc) Hakim görüş haklı olarak subjektif ve objektif unsurları birleştirmiştir. “Etki teorisi” olarak adlandırılan teori, § 22. maddede yer alan teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin subjektif başlangıç noktasına “hukuki barışı bozma” objektif şartını eklemektedir.⁵⁴ Yalnızca bu görüş yasa organının (§ 23 III hükmünden çıkarılacak) “düşünce ceza hukuku”

48 **Spendel**, NJW 1965, 1881, 1888; **Dicke**, JuS 1968, 157 ff.

49 **LK-Hillenkamp**, Vor. § 22 Rn. 48.

50 **Schönke/Schröder/Eser**, Vor. § 22 Rn. 20; B. **Heinrich**, AT, Rn. 635.

51 BGHSt. 1, 13, 16; **LK-Hillenkamp**, Vor. § 22 Rn. 60 ff.; **Frister**, AT, Kap. 23 Rn. 3 f.

52 Başkaca bir yorum **LK-Hillenkamp**, § 22 Rn. 190.

53 **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 44; B. **Heinrich**, AT, Rn. 634; **Jescheck/Weigend**, AT, S. 514.

54 BGHSt 11, 324, 328; **Schönke/Schröder/Eser**, Vor. § 22 Rn. 22; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, Rn. 594.

suçlamasına maruz kalmadan elverişsiz teşebbüsü de cezalandırma kararını haklı çıkarabilir.

c) Gerçek Olmayan Teşebbüsün Cezalandırılmasının Genel Olarak Teşebbüsün Cezalandırılma Nedeniyle Uyumu

Bu sebeple nihai soru, gerçek olmayan bir teşebbüsün § 23 III hükmü anlamında ağır bilgi ve anlama hatası olarak değerlendirilmesine ilişkin yukarıda ortaya konan sonucun, bu şekilde tanımlanan teşebbüsün cezalandırma temeliyle tutarlı olup olmadığıdır. Etki teorisi temelinde teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin en başından itibaren haklı gösterilemeyeceği sonucuna çabucak ulaşılabilecektir. Sihirli güçlere dayanan, büyü ile amel eden, doğaüstü güçlerle anlaşılan failer, -toplum değerlerine yönelik⁵⁵ objektif olarak bakıldığında, hukuki barışı hiçbir şekilde sarsmamaktadırlar.⁵⁶ Makul üçüncü bir kimse, failin bu budalalığı ve saflığı karşısında eğlenecek, hukuki barış sarsılmayacak, ceza hukukunun bu tarz olaylarla ilgilenmemesi (hâlihazırda suç tipi olarak düzenlenmemesi) noktasında adalet ve hakkaniyet duygusu zedelenmeyecektir. Bu gerçekten de hâkim görüşün savunduğu sonuca yol açacaktır, buna göre gerçek olmayan teşebbüsün ceza hukuku kapsamında bir önemi olmayacak, dolayısıyla hangi dogmatik yapıda olursa olsun genel bir cezasızlığa ulaşılması gerekecektir. Ancak ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs, açık hüküm nedeniyle suç olarak kabul edilecektir (örneğin, yardım eden kimse veya azmettiren de suçla bağlantılı olarak katılım gösterebilir).

Şimdiye kadar bulunan sonuçlar tatmin edici olmamaktadır. Bilakis ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsün genel olarak etki teorisinin koşullarıyla çeliştiği gerçeği de göz ardı edilecektir, diğer bir ifadeyle failin yanlış değerlendirdiği nedensellik bağlantıları o kadar uzaktır ki - uygulamada her zaman olduğu gibi - objektif gözlemci bakımından bu durumda da hukuka olan güven sarsılmamaktadır. Böylece şu durum açığa çıkar: Gerçek olmayan teşebbüsteki problem nihai olarak gerçek olmayan teşebbüs problemi değil, bilakis §23 III'te teşebbüsün cezalandırılma nedeniyle uyumlu olmayan, ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsün yanlış düzenlenmesidir. Yani gerçek olmayan teşebbüsü ve ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsü eşit olarak ele almak oldukça doğru ve

⁵⁵ Burada yalnızca tek tip bir ölçüt uygulanabilir, bu sebeple göçmenlere (bkz. dipnot 45) veya olağandışı dini veya felsefi inançlara sahip kişilere odaklanılmasının hiçbir yeri olamaz.

⁵⁶ Valerius, JA 2010, 113, 116; Seier/Gaude, JuS 1999, 456, 457.

inandırıcı olup; bu nedenle, lex lata (pozitif hukuk) temelinde, yalnızca gerçek olmayan teşebbüsün § 23 III kapsamına alınması ikna edicidir. Fakat de lege ferenda (olması gereken hukuk) bağlamında hem ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüs hem de gerçek olmayan teşebbüs bütünüyle cezasız kalmalıdır, çünkü her iki kurum da ne cezaya layık ne de cezayı gerektirmektedir.⁵⁷ Bu noktada kanun koyucuya, § 15 III'e göre öStGB (Avusturya Ceza Kanunu), ağır bilgi ve anlama hatasına dayalı teşebbüsün cezasız kalmasını ifade ettiği Avusturya hukuku rehberlik etmelidir.⁵⁸

§ 15 III öStGB: Fiilin icrasına başlanıldığında, hareketin işlenme tarzı veya suçun konusu dolayısıyla suçun tamamlanması hiçbir şekilde mümkün değilse, bu halde bu fiile teşebbüs edilmesi veya buna yönelik iştirak cezalandırılmayacaktır.

⁵⁷ Ayrıca krş. Roxin, AT II, § 29 Rn. 368: “Ağır bilgi ve anlama hatası” olayları temelde herhangi bir cezayı gerektirmez.

⁵⁸ Benzer başka bir düzenleme, örneğin, Peru Ceza Kanunu 17. Madde: “Suçun işlenmesinde kullanılan araçların mutlak etkisizliği veya suçun konusunun mutlak elverişsizliği nedeniyle suçun tamamlanması imkansız olduğunda, bu fiile ilişkin teşebbüs cezalandırılmaz (Tentativa impune: No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.)

KAYNAKÇA

- Beckemper**, Katharina. in: Bernd von **Heintschel-Heinegg**. Strafgesetzbuch Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2010.
- Bloy**, Rene. “Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs”. ZStW 113 (2001).
- Dicke**, Detlev. “Zur Problematik des Untauglichen Versuchs”. JuS 1968, 157-161.
- Eser**, Albin. in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar. 28. Auflage, 2010.
- Fischer**, Thomas. Strafgesetzbuch mit Nebengesetze. 60. Auflage, C. H. Beck, München 2013.
- Frister**, Helmut. Strafrecht Allgemeiner Teil. 6. Auflage, München 2013.
- Gepfert**, Klaus. “Die subjektiven Rechtfertigungselemente”. Juristische Ausbildung, 1995, 103-107.
- Heinrich**, Bernd. Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständigem und abergläubischem Versuch. JURA 1998, 393, 397.
- Heinrich**, Bernd. Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Auflage, Stuttgart 2013.
- Herzberg**, Rolf Dietrich. “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”. Goldammer’s Archiv für Strafrecht. 2001, 257-272.
- Herzberg**, Rolf Dietrich/**Hoffmann-Holland**, Klaus. in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Verlag C.H. Beck, München, 2003.
- Hilgendorf**, Eric. Strafrecht und Interkulturalität. Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik. JZ 2009, S. 139 – 144.
- Hillenkamp**, Thomas. in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Grosskommentar. 12. Auflage, Erster Band, Berlin 2007.
- Jescheck**, Hans Heinrich/**Weigend**, Thomas. Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil. 5. Auflage, Berlin 1996.
- Kudlich**, Hans. “Katzenkönig & Co. – Übersinnliches vor den Strafgerichten”. JZ 2004, s. 72-79.
- Kudlich**, Hans/**Schuhr**, Jan. C in: **Satzger**, Helmut/**Schluckebier**, Wilhelm/**Widmaier**, Günter. StGB Strafgesetzbuch: Kommentar. 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2013.

Kühl, Kristian. Strafrecht Allgemeiner Teil. 7. Auflage, Vahlen, München 2012.

Lackner, Karl/**Kühl**, Kristian. StGB Kommentar. 25. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2004.

Maurach, Reinhart/**Gössel**, Karl Heinz/**Zipf**, Heinz. Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2, 7. Auflage, C.F.Müller, 1989.

Otto, Harro. Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre. 7. Auflage, Berlin 2005.

Rengier, Rudolf. Strafrecht Allgemeiner Teil. 4. Auflage, C. H. Beck, München 2012.

Seier, Jürgen/**Gaude**, Désirée. Untaugliche, grob unverständige und abergläubische Versuche. JuS 1999, 456-459.

Spandel, Günter. "Kritik der subjektiven Versuchstheorie". NJW 1965, 1881, 1888.

Valerius, Brian. "Untauglicher Versuch und Wahndelikt". JA, 2, 2010, S. 113-116.

Wessels, Johannes/**Beulke**, Werner/**Satzger**, Helmut. Strafrecht Allgemeiner Teil. 43. Auflage, Heidelberg 2013.

Zaczyk, Rainer: in: **Kindhäuser**, Urs/**Neumann**, Ulrich/**Paeffgen**, Hans-Ulrich. Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar. 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013.

İnternet Kaynakları

http://www-public.rz.uni-duesseldorf.de/~hoffmjud/inhalt/erhebungsverfahren/milgram_experiment.pdf.

<http://www.werner-eberwein.de/medien/texte-mainmenu-68/46-hypno-getherapie-zwischen-empirie-und-esoterik.html>.

<http://www.ruebe-zahl.de/opal.htm>