

NİTELİKLİ SUÇA TEŞEBBÜS SORUNU

The Dilemma of Attempt to Qualified Crime

Haluk TOROSLU*

ÖZ

Suçun nitelikli şekline teşebbüsün mümkün olup olmadığı sorunu ceza hukukçuları tarafından uzun zamandır tartışılmaktadır. Bu tartışma hiç şüphesiz özellikle kanunilik ilkesi ve fiilin ağırlığıyla orantılı bir ceza belirlenebilmesi açısından önem taşımaktadır. Bu çalışmada söz konusu mesele, suç yolunun geldiği aşama itibarıyla nitelikli halin gerçekleştiği durumlar ile suça etki eden nedenin suç planına dahil olduğu, ancak henüz ortaya çıkmadığı haller arasındaki ayırmadan hareketle irdelenmektedir. Zira teşebbüse ilişkin hükümlerin nitelikli suça ilişkin hükümlerle birlikte uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasının temelinde bu ayırım yatmaktadır. Doktrindeki genel eğilim, gerçekleşen suça etki eden nedenlerin varlığı halinde suçun basit şekli tamamlanmamış olsa dahi bunların uygulanabileceği, buna karşın amaca dahil olmakla birlikte henüz ortaya çıkmamış sebeplerin ise teşebbüs hükümleriyle birlikte uygulanamayacağı yönündedir. Ancak teşebbüs kurumunu düzenleyen hükümlerin işlevi ile suça etki eden nedenlerin hukuki niteliği göz önünde bulundurulduğunda, tam olarak ortaya çıkmaya da failin suç planına dahil olan ve icrasına başlanan nitelikli hallerin de teşebbüs hükümleriyle bir arada uygulanması mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Teşebbüs, Nitelikli suç, Suça etki eden neden, Kanunilik ilkesi

Makalenin Geliş Tarihi: 28.01.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.02.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: htoroslu@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4028-4672.

ABSTRACT

Criminal lawyers have long been discussing whether it is possible to attempt qualified form of crime. Undoubtedly, this discussion is critical in terms of the principle of legality and the determination of proportional punishment. This article examines the abovementioned issue based on the fundamental distinction between situations in which the qualifying circumstance is realized as of the stage of the *iter criminis*, and those where the circumstance affecting the crime is included in the crime plan but has yet to emerge. The general tendency in the doctrine is to apply the provisions regarding attempt only in cases where the circumstances affecting the crime arise, even if the basic form of the offense still needs to be completed. However, when the function of the provisions regulating attempt and the legal nature of the circumstances are taken into account, it is possible to punish the attempt to qualified form of the particular crime, even if the circumstances are not fully emerged, provided that they are included in the crime plan of the offender and the act of commitment has commenced.

Key words: Attempt, Qualified crime, Circumstances of crime, Principle of legality

I. GENEL OLARAK

Ceza hukukunun temel taşlarından biri olan kanunilik ilkesi uyarınca, bir kimsenin cezalandırılabilmesi, kanunda suç olarak düzenlenen bir fiili işlemiş olmasına bağlıdır. Kanun hükmünde suç olarak tanımlanan bir fiil tüm unsurlarıyla ortaya çıkmadığı sürece kural olarak birey cezalandırılmaz. Bununla birlikte ceza kanunları belirli bir fiilin işlenmesi amacıyla gerçekleştirilen, ancak failin elinde olmayan sebeplerle sonuca ulaşamayan icra davranışlarını da teşebbüs kapsamında cezalandırmakta ve teşebbüsün cezalandırılmasının kanunilik ilkesiyle çelişkisini ortadan kaldırmak adına özel düzenlemelere yer vermektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde de "kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur" hükmüne yer verilmiştir¹.

¹ Teşebbüsle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale* (Milano: Giuffrè, 2003), s. 437 vd.; Ferrando Mantovani, *Diritto Penale*

Ceza kanunları belirli fiilleri suç olarak tanımlamakta ve bu fiilleri işleyenlere ceza müeyyidesi uygulanmasını öngörmektedir. Bununla birlikte fiilin belirli ortaya çıkış biçimleri faile daha fazla veya daha az ceza verilmesini gerektirebilir. Suçun kurucu unsurlarının yanında suça etki eden bir nedenin de ortaya çıkması halinde kanun koyucu suçun temel şekli için belirlenmiş olan cezanın artırılmasını veya azaltılmasını öngörebileceği gibi, cezanın ayrıca belirlenen alt üst sınırlar arasında tespit edilmesini de öngörebilir. İşte böyle hallerde suçun nitelikli halinden ya da nitelikli suçtan söz edilir. Suça etki eden nedenin varlığı, suçu nitelikli suça dönüştürür. Suçun basit şekli ile nitelikli şekli arasında ise genel norm-özel norm ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla suçun nitelikli şeklinde basit şeklinin bütün unsurlarının var olması gerekir².

Suçta etki eden nedenler suçu oluşturan davranıştan veya sonuçtan önce var olabileceği gibi, bunlarla hem zaman şekilde ortaya çıkabilir ya da bunları izleyebilir. Bununla birlikte, söz konusu nedenler, suç fiilinin icrasına tamamen yabancı olabileceği gibi, bizzat fail tarafından ya da başkaları tarafından gerçekleştirilen olaylardan ibaret de olabilir. Öte yandan suça etki eden nedenlerin genel ve özel nedenler olarak bir ayrıma tabi tutulması da mümkündür. Belirsiz sayıda suç yönünden uygulanması mümkün olanlar genel, bir suç ya da suç grubu için öngörülmüş nedenler ise özel nedenlerdir³.

Bu konuda yapılan “içkin” ve “harici” suça etkin nedenler arasındaki ayırmadan da söz etmek gerekir. Nitekim davranışa veya tipik fiilin diğer unsurlarına ilişkin olanlar içkin suça etki eden nedenler, suçun icrasına ve

(Padova: CEDAM, 2013), s. 406 vd.; Haluk Toroslu ve Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), s. 301 vd.; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Us-A Yayıncılık, 2016) s. 305 vd.; Doğan Soyaslan, Teşebbüs Suçu (İstanbul: Kazancı Kitap, 1994), s. 26 vd.; Adem Sözüer, Suça Teşebbüs (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994), s. 45 vd.; Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009); Önder Tozman, Suça Teşebbüs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), s. 9 vd.; Gürkan Özocak, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018).

² Antolisei, s. 443; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (İstanbul: Der Yayınları, 2019), s. 575 vd.; Suça etki eden nedenlerin cezada değişiklik yapmak haricinde dava zamanışımı süresini uzatmak (TCK md. 66/3), takibi şikayete bağlı suçu resen takip edilebilir hale getirmek (TCK md. 151, 152) gibi sonuçları da olabilir. Bkz Toroslu ve Toroslu, 283 vd.

³ Mantovani, s. 402; Dönmezer ve Erman, s. 110; Toroslu ve Toroslu, s. 287.

tamamlanmasına yabancı olan, örneğin zararın tazmini gibi suç sonrası olaylara ilişkin olanlar ise harici suça etki eden nedenler olarak adlandırılmaktadır⁴.

Doktrinde bir başka görüş de, bir hususun suça etki eden neden olarak nitelendirilebilmesi için suçu etkilemesi gerektiği, suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasına yol açmayan bir sebebin cezada değişikliğe yol açsa bile suça etki eden neden sayılamayacağı yönündedir. Bu doğrultuda suçun sona ermesinin ardından gerçekleşen haller dolayısıyla cezada indirim yapılmasını veya cezanın kaldırılmasını gerektiren sebeplerin suça etki eden neden olarak nazara alınması mümkün değildir. Buna örnek olarak malvarlığına karşı işlenen bazı suçlar bakımından zararın giderilmesine dair TCK md. 168 gösterilebilir⁵.

Belirtmek gerekir ki, teşebbüs aşamasında kalan suç, aynı suçun tamamlanmış şeklinin mantıki ve kronolojik öncülünü oluşturur. Bu nedenle suçun teşebbüs aşamasındaki hali, basit haline nazaran bağımsız bir suç tipi niteliğindedir ve kendine özgü koşulları bulunmaktadır. Bu bağımsızlığın bir sonucu olarak da, teşebbüs aşamasında kalan suçun diğer unsurlarla olan ilişkisinin tartışılması gerekmektedir. Bu kapsamda tartışılan hususlardan biri de, teşebbüs ile suça etki eden nedenler arasındaki ilişki, bir başka ifadeyle suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olup olmadığıdır. Suçun nitelikli haline ilişkin hüküm ile teşebbüse ilişkin hükmün bir arada uygulanıp uygulanmayacağı tartışması kapsamında farklı düşünceler mevcut olmakla birlikte, bu konudaki görüş ayrılıkları esasen suçun geldiği aşama itibarıyla suça etki eden nedenin ortaya çıktığı durumlar ile henüz nitelikli hale vücut veren durumun ortaya çıkmadığı haller arasındaki ayrıma ve bu iki durumun hukuken farklı şekilde değerlendirilmesi gereğine dayanmaktadır⁶.

⁴ Mantovani, s. 413.

⁵ Dönmezer ve Erman, s. 579.

⁶ Adelmo Manna, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale* (Milano: Giuffrè, 2021), s. 584; Stefania Tredici, "La Compatibilità Tra Tentativo e Attenuante del Danno di Speciale Tenuità nei Delitti Contro Il Patrimonio", www.iustiniere.com, (Erişim tarihi: 02.01.2023), s. 1; Teşebbüs halinde kalan suç iki ayrı normun bir araya gelmesinden oluşan bir suç türüdür. Belirli bir suçu yaratan norm asli bir nitelik taşır, teşebbüsü düzenleyen ve ceza sorumluluğunu genişletici işleve sahip norm ise tali bir niteliğe sahiptir. Bu iki norm birlikte yeni ve esas normda öngörülen suçun adını taşımasına rağmen ondan bağımsız bir niteliğe sahip olan bir suçu ortaya koyar. Bkz. Toroslu ve Toroslu, s. 305; Teşebbüsün bağımsız bir tip olduğunu reddeden ve

II. NİTELİKLİ SUÇA TEŞEBBÜS

Suçun basit şeklinin tamamlanmadığı, ancak nitelikli halin gerçekleştiği durumlarda nitelikli teşebbüsten söz edilmektedir. Bu hallerde suçun geldiği aşama itibarıyla nitelikli hal tamamlanmış, gerçekleşmiştir. İtalyan ceza hukukçuları bu duruma örnek olarak mala zarar vermek suretiyle hırsızlığa teşebbüs etmeyi göstermektedirler. Nitekim bu şekilde bir teşebbüs söz konusu olduğunda henüz hırsızlık suçunun icrası tamamlanmamış olmakla birlikte, mala zarar verilmiş olması mümkündür⁷.

Belirtmek gerekir ki, ontolojik açıdan bakıldığında bir nitelikli halin varlığı için suçun basit şeklinin tamamlanmasının şart olmadığı, ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebebin fiilin basit şeklinin tamamlanmasından önce meydana geldiği hallerde nitelikli teşebbüs cezalandırılabilir. Bir başka ifadeyle, suça etki eden neden, tipik davranıştan önce var olduğunda, örneğin faili harekete geçiren saik veya davranışın ön şartlarına ilişkin olduğunda ya da basit şeklinin tamamlanmasından bağımsız olarak gerçekleşebilecek nitelikte olduğunda, nitelikli teşebbüs cezalandırılacak, yani teşebbüse ilişkin hükümler nitelikli hali düzenleyen norm ile birlikte uygulanabilecektir. Örneğin bir kimsenin altsoy veya üstsoyunu öldürmesi ya da haksız tahrik durumu bu şekilde ortaya çıkar. Bu hallerde fail teşebbüsten sorumlu tutulacaksa, fiilin gerçekleştiği anda var olan suça etki eden nedenler de ceza üzerinde ağırlaştırıcı ya da hafifletici sonuç doğuracaktır⁸.

tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalan suç arasında bir fark görmeyen anlayış açısından bütün suça etki eden nedenlerin teşebbüsle bağdaşır nitelikte olduğu hususunda bkz. Francesco Diamanti, "Sulla Circostanza Che Non C'è. Limiti Teorici e Problemi Pratici Di Un'Invenzione Ermeneutica", L'indice Penale, Nuovissima Serie, Anno I-N. (1-2, 2015), s.79.

⁷ Bkz. İCK md. 624, 625; Mantovani: s. 461; Nitelikli teşebbüs halinde nitelikli hal, bir başka ifadeyle buna vücut veren durum teşebbüs aşamasında kalmış fiilin içinde hali hazırda oluşmuştur. Dolayısıyla sonuca yönelik elverişli hareketlerin yapılmış olması nitelikli hali de ortaya çıkarmıştır ki, bu hallerde nitelikli halin uygulanmaması düşünülemez. Bkz. Manna: s. 584; Luigi Delpino e Rocco Pezzano, Diritto Penale Parte Generale (Simone, 2021), s. 257; Arianna Calabria, "Considerazioni Sul Delitto "Tentato Circostanziato", "Circostanziato Tentato", "Circostanziato Tentato Circostanziato", Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, (fasc. 4, 1990), s. 1355, 1356; Sergio Beltrani, Il Delitto Tentato (Padova: Cedam, 2003), s. 91; Soyaslan, s. 183.

⁸ Mantovani, s. 461; Örneğin, İCK md. 61/1'de yer alan suçun aşağılık (abietto) bir saikle işlenmesine ilişkin ağırlaştırıcı nedenin öldürmeye teşebbüs suçu açısından

Yargıtay bu doğrultuda maddi konusu “bir paket cips”⁹, “”içinde domates çay şeker, peynir gibi gıda maddelerinin bulunduğu poşet”¹⁰ ve “9 TL değerinde bulaşık deterjanı”¹¹ olan hırsızlığa teşebbüs fiilleri açısından TCK md.145’te düzenlenen malın değerinin azlığına ilişkin hafifletici nedenin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹².

Nitelikli halin davranışın amacına, failin ya da mağdurun belirli bir niteliğine veya içerisinde bulunduğu koşullara ilişkin olduğu hallerde de, fail tarafından gerçekleştirilen hareketlerden, cürmi davranışın amacının veya hedefinin anlaşılması durumunda yine nitelikli suça teşebbüs söz konusu olur¹³. Örneğin Yargıtay, “sanıkların aşamalarda tevil yollu ikrar içerikli ifadeleri ve tüm dosya kapsamından sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde bahse konu kamyon hakkında çalıntı izlenimini vermek ve bu

uygulanması mümkündür. Ayrıca failin sıfatından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler de uygulanabilir. Bkz. Mario Romano, *Commentario Sistematico del Codice Penale* (Milano: Giuffre, 1995), s. 564; Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini e Paolo Pisa, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale* (Milano: Giuffre, 2017), s. 496; Enrico Mezetti, *Diritto Penale: Casi e Materiali* (Bologna: Zanichelli, 2020), s. 512; Beltrani: s. 91, 92; Diamanti: s. 78; Bir suç işleyememeden dolayı duyulan infialle öldürmeye teşebbüs hususunda bkz. Y. 1. CD, E. 2018/531, K. 2018/2911, 19.6.2018, (www.lexpera.com).

⁹ Y. 13. CD, E. 2015/5886, K. 2016/9557, 3.11.2016, (www.lexpera.com).

¹⁰ Y. 17. CD, E. 2015/18554, K. 2016/11327, 3.11.2016, (www.lexpera.com).

¹¹ Y. 13. CD, E. 2015/7631, K. 2016/11006, 14.6.2016, (www.lexpera.com).

¹² Yargıtay 15. Ceza Dairesi, “sanığın, mağdurlar ... ve ...'un yaptığı kaçak ve ruhsatsız yapıları önceden tespit ederek, ... Büyükşehir Belediyesi'nde çalıştığı dönemden kalan personel kimlik kartı boynunda asılı olduğu halde, elinde bulunan telsiz ve tutanak evrakları ile birlikte değişik tarihlerde mağdurların yanına gidip, kendisini belediye personeli olarak tanıttığı, kaçak yapılar için cezai işlem yapılıp inşaatın yıkılacağını, ancak hesabına para yatırılması halinde kaçak yapıların yıkılmayacağı yönünde mağdurları ikna edip aldatarak ...'den 1500 TL aldığı, ...'tan ise 250 TL istediği, ancak mağdurun parayı vermediği anlaşılmalı; sanığın mağdur ...'ye yönelik eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 158/1-d maddesinde düzenlenen kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunu; mağdur ...'a yönelik eyleminin ise anılan suça teşebbüsü oluşturduğu” şeklindeki yerel mahkeme kararını bu yönüyle hukuka uygun ulmuştur. Bkz. Y. 15. CD, E. 2016/362, K. 2016/3612, 19.4.2016, (www.lexpera.com).

¹³ Örneğin İtalyan Ceza Kanunu'nun 576. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, öldürme suçunun firar eden tarafından, kaçmak için veya firar durumunda geçimini sağlayacak araçları elde etmek amacıyla işlenmesine ilişkin ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, gerçekleştirilen davranışların bu amaca yönelik olduğunun anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Beltrani: s. 92.

suretle elverişli hareketlerle sigorta şirketinden bedel almak maksadıyla harekete geçtikleri, ... adli makamlara başvurdukları, ayrıca aracın tescil maliki olan ...'un sigorta şirketi ile irtibata geçtiği, ancak kurgularının ortaya çıkması üzerine eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı ve böylece menfaat teminini gerçekleştiremedikleri olayda” sigorta bedelini almak maksadıyla dolandırıcılık suçuna teşebbüsten hüküm kurulması gerektiğine karar vermiştir¹⁴. Buna karşın “sanığın emaneten aldığı ... adına kayıtlı suça konu araç seyir halindeyken tek taraflı kaza yaptığı, aracın kaskosu olmaması ve hasarın da büyük olmaması nedeniyle aracı çekici yardımı ile evlerinin önüne çektiği, aracı parça parça hurdacılara sattığı, kazadan sonra aracın kaskosunu 24.06.2010 tarihinde yaptırdığı, 05.02.2010 tarihinde de karakola giderek zilyetliğindeki aracın çalındığı yönünde müracaatta bulunduğu, birkaç saat sonra ise olayın doğruluğunu anlattığı” bir başka olayda ise, sigorta şirketine başvurulmamış olmasından dolayı nitelikli dolandırıcılık suçunun oluşmadığına hükmedilmiştir¹⁵.

Öte yandan Yargıtay 1. Ceza Dairesi, “sanığın mağdura maddi ve manevi acılar çektirerek, ağırlığı ve süresi bakımından öldürme için gerekli olan ölçünün ötesinde eziyet ettiği, her an için ölüm sonucunu gerçekleştirebilme olanağı bulunan sanığın mağdura acı vermek için önce kül tablası ile vurma daha sonra da uzun süreye yayılacak şekilde makasla yaralama eylemlerini tekrarlayarak ölüm neticesini yavaş yavaş gerçekleştirmeye çalıştığı, ancak eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı” gerekçesiyle eziyet çektirerek kasten öldürmeye teşebbüsten hüküm kurulması yönünde karar vermiştir¹⁶.

Doktrinde tipik davranıştan sonra ortaya çıkabilecek unsurlara ilişkin nitelikli hallere teşebbüsün de mümkün olduğu, bu kapsamda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara da teşebbüs edilebileceği, zira bu suçlarda ağır neticenin tamamlanmamış bir davranış sebebiyle de ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür. Örneğin bir kadın, rızası hilafına gerçekleştirilen bir kürtaj operasyonu sırasında korkudan hayatını kaybedebilir. Böyle bir durumda, kanun ikinci sonuç yönünden bunun gerçekleşmesini ve failin bunda en azından taksirli olmasını aradığından, hedef alınan asıl suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile kastedilenden başka bir sonuç da gerçekleştiği için, ağırlaştırıcı nedenin uygulanması gerektiği ve neticesi sebebiyle

¹⁴ Y. 23. CD, E. 2016/1828, K. 2016/962, 8.2.2016, (www.lexpera.com).

¹⁵ Y. 15. CD, E. 2013/23517, K. 2016/2037, 24.2.2016, (www.lexpera.com).

¹⁶ Y. 1. CD, E. 2019/299, K. 2019/1691, 19.3.2019, (www.lexpera.com).

ağırlaşan çocuk düşürtme suçuna teşebbüsten hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir¹⁷. Belirtmek gerekir ki, bu değerlendirme çocuğun hayatta kaldığı, ancak annenin yaşamını yitirdiği bir hipotez açısından isabetli olacaktır. Zira anneye birlikte ceninin varlığının da son bulduğu halde çocuk düşürtme suçunun basit halinin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü mümkün değildir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hükümlerinin, temel suçun teşebbüs aşamasında kaldığı, ancak bu teşebbüs nedeniyle ağır sonucun meydana geldiği hallerde uygulanabileceği hususunda Almanya'da *hareketin tehlikeliliği* teorisi ortaya atılmıştır. Söz konusu teoriye göre, ağır sonucun içinde, tipik hareket içinde bulunan tehlike de gerçekleşmiş olduğundan, suçun basit şeklinde öngörülen sonucun gerçekleşmiş olup olmaması önemli değildir. Ayrıca kanun da ağır sonucu tamamlanma ya da teşebbüs aşamasında kalma ayrımı yapmadan cezayı ağırlaştırıcı bir durum olarak tanımlamıştır. Böylece temel suça teşebbüsü ağırlaşmış sonucun temeli olarak yeterli kabul eden bu görüş, kanuni tipe uygun olarak gerçekleştirilen hareketin tehlikeliliğinin ağırlaşan sonucun uygulanmasını haklı gösterdiği sonucuna ulaşmaktadır¹⁸.

Buna karşın *sonucun tehlikeliliği* teorisine göre ise, sonucu nedeniyle ağırlaşan suç hükümlerinin uygulanabilmesi için temel suçun tamamlanması zorunludur. Bunun sebebi, sonucu nedeniyle ağırlaşmış suçlarda ağır sonucun, temel suçun tam olarak meydana gelmesiyle ortaya çıkan tehlikeliliğe dayanmasıdır. Temel suça teşebbüste suç tamamlanmadığı için bu ara sonuç eksiktir¹⁹.

¹⁷ Antolisei, s. 512; Romano, s. 563; Carlo Fiore e Stefano Fiore, *Diritto Penale Parte Generale* (Torino: Utet, 2020), s. 541; Toroslu ve Toroslu, s. 321; Hafioğulları ve Özen, s. 324; Koca ve Üzülmez, s. 437; Özocak, s. 210; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara kural olarak teşebbüs mümkündür. Birinci ihtimalde suçun temel şekli teşebbüs aşamasında kalmış, ancak netice sebebiyle ağırlaşmış bir hale de sebebiyet verilmiş olabilir. Örneğin silahla ateş edilen kişi isabet almamış, ancak korkudan ölmüş olabilir. Bu hal doktrinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs olarak adlandırılmaktadır. Aradaki illiyet bağımlı esas alan görüşe göre kasten yaralamaya teşebbüs sonucu ağır neticenin meydana gelmesi halinde failin bu ağır neticeden cezalandırılması gerekir. Bkz. M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s. 420.

¹⁸ Alman hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara teşebbüsle ilgili olarak ortaya atılan sonucun tehlikeliliği teorisi, hareketin tehlikeliliği teorisi ve ayrımcı teori için bkz. Tozman, s. 220 vd.

¹⁹ Bu görüşün hem sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlara ilişkin genel hükme aykırı olmakla, hem de failin ağır sonucun meydana gelmesine rağmen sadece genel taksir

Türk hukukunda da neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarla ilgili olarak, suçu düzenleyen hükmün lafzından hareketle bir ayırım yapılmış ve bu doğrultuda, ilgili hükümde ağır ya da başka neticenin “temel suç tipi sonucunda” gerçekleşmesinin arandığı haller ile “temel suç tipinin işlenişi sırasında” gerçekleşmesinin arandığı haller açısından farklı sonuçlara varılmıştır. Bu görüş doğrultusunda, birinci halde suçun basit şekli teşebbüs aşamasında kalmış fakat ağır netice gerçekleşmiş olmasına rağmen neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumda failin, kastettiği temel suç tipine teşebbüsten ve gerçekleşen başka netice açısından ise taksiri varsa taskirli suçtan sorumlu tutulması mümkündür. Faile hangi hükümden dolayı ceza verileceği ise fikri içtima kuralları gereğince belirlenecektir. İkinci, yani temel suç tipinin gerçekleştiği sırada ağır neticenin ortaya çıktığı halde ise, neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hükümleri uyarınca cezalandırma yapılacaktır²⁰. Dolayısıyla örneğin failin yaralama kastıyla hareket ettiği, ancak henüz icra hareketlerini tamamlayamadan, örneğin kaçmakta olan mağduru yakalayamadan ölümün gerçekleştiği bir olayda, taksirle öldürme suçundan hüküm kurulması gerekir²¹.

Belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda failin davranışı ile ölüm sonucu arasında nedensellik ilişkisi bulunduğu sürece failin cezasının TCK md. 87/4 hükmü uyarınca belirlenmesi gerekir. Zira ölüm neticesi zorunlu olarak yaralama suçuna ilişkin neticeyi de içinde barındırdığından, failin ölümüyle sonuçlanan bir olayda, davranış ile sonuç arasında nedensellik bağı varlığını koruduğu sürece suçun temel şeklinin teşebbüs aşamasında kaldığını söylemek mümkün değildir²².

suçlarından cezalandırılmasına imkan verdiği, bunun da cezalandırma yönünden yetersiz kaldığı, yani failin haksızlığını tam karşılamadığı gerekçesiyle eleştirildiği hususunda bkz. Tozman: 217-219; Suçun basit şeklinin teşebbüs aşamasında kaldığı, ancak ağır neticenin gerçekleştiği hallerde, ağır netice davranışla bağlantılı ise teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği; buna karşılık suç tipinin yapısına göre cezanın ağırlaşmasının temel suç tipinin sonucuna dayandığı hallerde ağır suçun faili yüklenemeyeceği ve dolayısıyla failin yalnızca suçun basit şekline teşebbüsten sorumlu olacağı hususunda bkz. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), s. 223, 224.

²⁰ Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), s. 245, Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), s. 732.

²¹ Doğan, s. 245.

²² Temel suç teşebbüs aşamasında kalmış olmasına rağmen TCK md. 87/4 uyarınca hüküm kurulması gerektiği hususunda bkz. Akbulut, s. 733.

Bununla birlikte, netice sebebiyle ağırlaşan suçta, temel suç taksirliyse teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir; teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun temel şeklinin doğrudan kast ile icrasına başlanmış olması gerekir²³.

Nitelikli hale teşebbüsün mümkün olup olmadığı sorunu teknik-hukuki açıdan değerlendirildiğinde de, suç yolunun geldiği aşama itibarıyla ortaya çıkmış olan bir suça etki eden nedenin cezayı değiştireceği sonucuna varmak gerekir. Zira hali hazırda ortaya çıkmış olan bir suça etki eden nedenin uygulanmasının kanunilik ilkesini ihlal etmesi söz konusu olmayacağı gibi, teşebbüse ilişkin normun ceza sorumluluğunu genişletici işlevi, aynı zamanda suçun nitelikli halini düzenleyen normla birleşmesi suretiyle de ortaya çıkacaktır²⁴. Nitekim suça etki eden nedenler suçun tali unsurlarıdır ve bu durum hiç şüphesiz teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından da geçerlidir. Gerçekten de teşebbüsü düzenleyen hüküm yalnızca suçun basit şekline değil, nitelikli şekline de gönderme yapmakta ve bu nedenle tamamlanmış suç açısından öngörülmuş olan nitelikli hallerin teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da uygulanması, kanunilik ilkesiyle çatışmadan ziyade basit bir bağdaşabilirlik sorununa dönüşmektedir²⁵.

Ayrıca suçun nitelikli halinde ifadesini bulan gayrimeşru fiilin müeyyidesinin hakkaniyete uygun şekilde bireyselleştirilmesi ihtiyacının yanında, fiilin ihlal ediciliği ile kusurlu sorumluluk ve özellikle eşitlik ilkeleri de suçun basit şekline teşebbüs ile nitelikli şekline teşebbüs arasında verilecek ceza açısından bir ayırım yapmayı zorunlu kılmaktadır²⁶.

Her ne kadar genel nitelikteki suça etki eden nedenler ile özel nitelikteki suça etki eden nedenler arasında bir ayırım yapan ve yalnızca genel nitelikli haller açısından teşebbüsün söz konusu olabileceğini savunan

²³ Akbulut, s. 732.; Örneğin TCK md. 89/2’de öngörülen taksirle yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri.

²⁴ Mantovani, s. 461; Bir ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenin tüm unsurlarıyla ortaya çıktığı hallerde nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olacağına tereddüt yoktur. Nitelikli hal gerçekleşmiş olduğu için kanunilik ilkesi bunun da hesaba katılmasını ve cezanın ona göre tespit edilmesini gerektirir. Bkz. Domenico Pulitano, *Diritto Penale* (Torino: Giappichelli Editore, 2021), s. 365.

²⁵ Beltrani, s. 89; Nitekim TCK’nın teşebbüsü düzenleyen 35. maddesinde de işlenmesi kastedilen bir *suçun* elverişli davranışlarla doğrudan doğruya icrasına başlanmasından söz edilmektedir. Anılan maddede yer “suç” ifadesinin, suçun nitelikli şeklini de kapsadığını kabul etmek gerekir.

²⁶ Mantovani, s. 461.

yazarlar olsa da, böyle bir ayrıma gidilmesi isabetli değildir. Zira özel nedenler diğerlerinden yalnızca belirli suçlar için öngörülmüş olmaları dolayısıyla ayrılırlar ve bunların da teşebbüs aşamasında kalmış halleri hukuk düzeni tarafından tanınır²⁷.

Nitekim İtalyan Temyiz Mahkemesi, dolandırıcılık suçunun hayali bir tehlikenin yaratacağı endişeden yararlanmak suretiyle veya yetkili merciler tarafından verilen bir talimatın yerine getirildiği hususunda hataya düşürmek suretiyle işlenmesine; yağma suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesine; hırsızlık suçunun eşya üzerinde cebir kullanmak suretiyle ve kamu binalarında bulunan; elkonulmuş; zorunluluk, adet ya da kamuya duyulan güven dolayısıyla açıkta bırakılmış; kamu hizmetine veya kamunun kullanımına tahsis edilmiş eşya hakkında işlenmesine; yaralama suçunun birden fazla kişi tarafından ya da silahla işlenmesine ilişkin ağırlaştırıcı nedenlerin teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından da uygulanabileceğini kabul etmiştir²⁸.

III. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALMIŞ NİTELİKLİ HAL

Failin gerçekleştirdiği fiilin geldiği aşama itibarıyla kanunda düzenlenen suça etki eden nedenin, bir başka ifadeyle suçun nitelikli halinin ortaya çıkmadığı, ancak bu hususun da failin suç planına dahil olduğu ve failin davranışlarının tereddüde yer vermeyecek şekilde suçun nitelikli şekline yönelik olduğu hallerde de teşebbüs aşamasında kalmış nitelikli suçun, dolayısıyla teşebbüs aşamasında kalmış bir nitelikli halin söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bu duruma örnek gösterilen hallerden biri failin bir başkasının yüzüne kalıcı iz bırakabilecek nitelikte bir kimyasal madde attığı, ancak söz konusu maddenin mağdurun yüzüne isabet etmediği haldir²⁹.

Nitelikli halin tamamen gerçekleşmediği, ancak failin amacına dahil olduğu ve o ana kadar yapılan hareketlerin nitelikli hal açısından icra hareketi sayılabildiği hallerde nasıl bir uygulama yapılması gerektiği esas itibarıyla tartışmalıdır³⁰. Nitekim bir kısım yazar nitelikli haller tam olarak

²⁷ Bkz. Romano, s. 564; Calabria, 1369, 1370; Beltrani, s. 90, Tredici, s. 2.

²⁸ Kararlar için bkz. Beltrani, s. 90.

²⁹ Mantovani, s. 462; Beltrani, s. 91.

³⁰ Delpino e Pezzano, s.258; Francesco Palazzo, Corso di Diritto Penale Parte Generale (Torino : G. Giappichelli Editore, 2021), s. 458; Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda

gerçekleşme dahi, failin amacının kapsamına girdiği ve yapılan hareketin bu nitelikli hal açısından icra hareketi olarak nitelendirilebildiği hallerde teşebbüs ve nitelikli hale ilişkin hükmün bir arada uygulanabileceğini savunmaktadır. Zira teşebbüs aşamasında kalan suçun bağımsız bir kanuni tip oluşturması karşısında failin kısmî davranışının nitelikli halin varlığı sebebiyle kendi içinde daha değersiz olması veya daha az ihlal edici olması halinde bunun müeyyideye yansması gerekir. İhlal edicilik, eşitlik ve cezanın bireyselleştirilmesi ilkeleri cezanın orantılı olmasını zorunlu kılmaktadır. Orantılı bir ceza da fiilin ağırlığı nazara alınarak tespit edilmeli ve bu yapılırken suçun arızî unsurları da şüphesiz hesaba katılmalıdır. Bu düşünceyi savunan yazarlara göre, değeri az olan eşyayı çalmaya teşebbüs eden kişi ile değeri çok yüksek olan eşyayı çalmaya teşebbüs eden kişinin aynı şekilde cezalandırılması anlamsızdır. Sonuç olarak teşebbüse ilişkin hüküm suçun hem nitelikli hem de basit haliyle birleşebileceği için bu durumda kanunilik ilkesinin ihlal edildiği de söylenemez³¹.

Ontolojik açıdan nitelikli halin gerçekleşmediği durumlarda da teşebbüsten bahsedilebilir. Zira bir takım nitelikli haller teşebbüs aşamasında gerçekleşmemiş veya gerçekleşmeyecek olsa bile tamamlanmamış bir suçun parçasını oluşturabilirler ve bunlar açısından da elverişli hareketlerle bir icra başlangıcından söz edilebilir. Yani bunlara teşebbüs de mümkündür. Bu hallerde sadece nitelikli hale değil, icrasına başlanan suçun bir bütün olarak nitelikli haline teşebbüs söz konusudur. Ancak burada yalnızca içkin, yani hedef alınan tamamlanmış tipik fiilin parçası olabilecek nitelikli haller söz konusu olur, zira harici olanlar tipik fiilin parçası olamayacakları için bu açıdan önem arz etmezler³².

nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki esas tartışmanın bu olduğu hususunda bkz. Diamanti, s. 77.

³¹ Delpino e Pezzano, s. 258; Bu konuda daha net bir sonuca varmak için kanuna açık bir düzenleme konulması mümkündür. Ancak bazı suçların nitelikli hallerine ayrıca teşebbüsü düzenlemek şeklinde bu yapılamaz, zira böyle bir düzenleme teşebbüsün geriye kalan suçlar açısından uygulanmamasına yol açar. Bkz. Mantovani, s. 462; Calabria, 1367, Tredici, s. 2.

³² Calabria, s. 1360; Böyle bir uygulamanın mümkün olduğunu savunanlara göre, ontolojik açıdan, bazı nitelikli hallerin varlığı suçun tamamlanmasını gerektirirken, bazı harici nedenler açısından suçun tamamlanıp tamamlanmadığının bir önemi yoktur; zira bunlar suç oluşturan fiilin dışında kalan sebeplere dayanmaktadır ve bunlar failin hedeflediği tamamlanmış suçun tipik fiiline dahil değildir. Bkz. Mantovani, s. 462.

Belirtmek gerekir ki, suça içkin olan ve maddi konunun veya mağdurun türüne ya da özelliklerine ilişkin nitelikli hallerin gerçekleşmesi için aslında suçun tamamlanması şarttır. Nitekim mağdurun veya maddi konunun özellikleri suçtan önce var olsalar bile, yalnızca bu varlıkların zarar görmesi halinde nitelikli hal gerçekleşmiş olur. Zira bu nitelikli haller davranışın değersizliğinden ziyade, korunan menfaatin ihlaliyle ilgilidir. Dolayısıyla kanun, suçun belirli bir obje üzerinde veya belirli bir mağdura karşı işlenmesini cezanın ağırlaştırılması için bir sebep olarak öngörürken korunan varlığa zarar verilmesini bunun bir ön şartı olarak düzenlemektedir; yoksa sadece bu özelliklere sahip şey üzerinde veya belirli kişiye karşı olarak icra hareketlerine başlanmış olması yeterli değildir. Bunun sonucu olarak da maddi konunun veya mağdurun niteliklerine ilişkin ağırlaştırıcı nedenler yalnızca suçun tamamlanma anında, yani ihlal ortaya çıktığında gerçekleşmiş olur. Teşebbüs aşamasında kalan suçta ise korunan varlık üzerinde zarar meydana gelmediğinden bunlar gerçekleşmiş sayılamazlar. Ancak bu durum, söz konusu nedenlerin, elverişli davranışlarla icrasına başlanan suçun düzenlendiği kanuni tipin bir parçası olmalarını engellemez. Örneğin İCK'da nitelikli hal olarak düzenlenen, kamu güvenine ilişkin eşyanın çalınması, yolcunun valizinin çalınması, ya da kamu görevlisine yönelik öldürme suçuna teşebbüs durumlarında olduğu gibi³³. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında, yukarıda malın değerinin azlığına ilişkin indirimin teşebbüs hükümleriyle birlikte uygulandığı Yargıtay kararlarının da aslında henüz gerçekleşmeyen nitelikli hale teşebbüsün cezalandırılmasına örnek gösterilmesi mümkündür.

Doktrinde bir kısım yazar ise henüz gerçekleşmeyen nitelikli hallere teşebbüse ilişkin bir cezalandırmayı kabul etmemektedir. Zira bu düşünceye göre henüz nitelikli hal gerçekleşmediğinden böyle bir uygulama, nitelikli hallerin yalnızca kanunda açıkça düzenlenen hallerde cezalandırılmasını emreden kanunilik ilkesine aykırıdır. Öte yandan kanunun genel hükümlerinde nitelikli hallere teşebbüsü düzenleyen bir hüküm bulunmadığından, yalnızca somut olayda bütün unsurlarıyla ortaya çıkmış bir nitelikli hal uygulama alanı bulabilecek, nitelikli hal ortaya çıkmadıysa buna teşebbüs cezalandırılmayacaktır³⁴. Bununla birlikte gerçekleşmeyen nitelikli hallere ceza üzerinde bir etki tanınmanın kanunilik ilkesini ihlal

³³ Calabria, s. 1361.

³⁴ Grosso, Pelissero, Petrini e Pisa, s. 497; Romano, s. 563, 564; Manna, s. 585; Delpino e Pezzano, s. 258.

edeceği, ancak “*favor rei*” ilkesi gereği genel hafifletici sebepler açısından böyle bir uygulamanın mümkün olduğu ileri sürülmüştür³⁵.

Bu düşünceyi savunanlara göre, her ne kadar teşebbüse ilişkin düzenlemenin özel kısımdaki normla birleşerek yeni bir kanuni tip yarattığı kabul edilebilirse de, nitelikli suçtan söz edebilmek için suça etki eden nedenin gerçekleşmesi gerekir. Bu birleşmeden, gerçekleşmeyen nitelikli halin cezalandırılmasına imkan veren bir anlam çıkarmak mümkün değildir³⁶.

Yukarıda da ifade edildiği üzere neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda suçun basit şeklinin teşebbüs aşamasında kaldığı, ancak ağır neticenin gerçekleştiği hallerde ağır netice davranışla bağlantılı ise teşebbüs kabul edilmekte ve fail ağır neticeden sorumlu tutulmaktadır. Buna karşılık neticenin ağırlaşması suçun basit şeklinin sonucuna dayanıyorsa ağır sonuçtan sorumluluk kabul edilmemekte, suçun teşebbüs aşamasında kalmış basit şeklinden ceza verilmektedir³⁷. Zira neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara karakterini veren husus ağırlaşan veya kastedilenden başka bir sonucun gerçekleşmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu ikinci veya daha ağır sonuç gerçekleşmezse neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun tartışılması da anlamsızdır. Nitekim Yargıtay da bu tip suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı görüşündedir³⁸.

İtalya’da, henüz gerçekleşmeyen suça etki eden nedenlerin uygulanmasına, Ceza Kanununun 59. maddesinin 1990 değişikliği öncesindeki hali uyarınca da karşı çıkmıştır. Bu düşünceye göre, söz konusu hüküm nitelikli hallerin objektif olarak uygulanmasını öngördüğünden süjenin bu konudaki psikolojik tutumunun bir önemi yoktur. Dolayısıyla failin amacına dahil olsa bile gerçekleşmeyen nitelikli hallerin uygulanması mümkün değildir. Ancak yapılan değişiklik sonrasında

³⁵ Grosso, Pelissero, Petrini e Pisa, s. 497; Tredici, s. 2; Soyaslan, s. 184.

³⁶ Palazzo, s. 458.

³⁷ Akbulut, s. 732; Öztürk ve Erdem, s. 331.

³⁸ Y. 5. CD, E. 2006/12682, K. 2007/2807, 12.4.2007; Y. 5. CD, E. 2008/13177, K. 2008/9607, 11.11.2008 bkz. Özocak s. 210; Doğan, s. 236; Y. 14. CD, E. 2019/2336, K. 2019/10382, 26.6.2019 bkz. Hasan Tahsin Gökçan ve Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021) s. 1074; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017); Kastın aşılması suretiyle işlenen suç/neticesi sebebiyle ağırlaşan suç ayrımı ve her ikisine de teşebbüsün mümkün olmadığı hususunda bkz. Aksoy, s. 179 vd.

ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler arasında bir ayırım yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Şöyle ki; 59. maddenin güncel hali uyarınca fail sadece bildiği/öngördüğü ağırlaştırıcı nedenlerden sorumlu tutulabileceğinden, gerçekleşmeyen nitelikli hallerin de, failin amacına dahil olması ve yapılan hareketlerin nitelikli halin icra başlangıcına vücut vermesi koşuluyla uygulanması mümkündür. Buna karşın hafifletici nedenler failin iradesinden bağımsız olarak objektif şekilde uygulanabilecekleri için, tamamen gerçekleşmemeleri halinde uygulanamazlar³⁹.

Bu düşüncelerin tam aksine İtalyan Ceza Kanunun'un teşebbüsü düzenleyen 56. maddesinde genel olarak "suç" kavramının kullanıldığı ve suçun temel şekli ile nitelikli şekli arasında bir ayırım yapılmadığı, dolayısıyla nitelikli suça teşebbüsün kabul edilmemesinin keyfi bir uygulama olacağını kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Öte yandan 59. madde yalnızca var sayılan ve teşebbüs dahi edilmeyen nitelikli hallerin uygulanmasını yasakladığından aslında bu hükmün nitelikli suça teşebbüs tartışmasıyla ilgisi yoktur. Dolayısıyla 56. ve 59. maddelerin bir araya gelmesinden teşebbüsün sadece suçun temel şekli açısından öngörülmüş olduğuna dair bir sonuç çıkarılması mümkün değildir⁴⁰.

İtalya'da yargı kararlarında, fiilin tamamlanması halinde suça etki eden nedenin gerçekleşeceği hususunda bir kesinlik söz konusu olduğunda, tam olarak gerçekleşmeyen nitelikli hallerin de nazara alınması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin yaralama suçlarında kalıcı iz bırakma hipotezinin, fiilin işleniş biçimine ve belirgin ipotetik bir yargıya dayanılarak, cürmi davranışın sonuna kadar götürülmesi halinde daha ağır sonucun da meydana geleceği, ancak yalnızca failin iradesi dışındaki sebepler (mağdurun kendini savunması gibi) yüzünden gerçekleşmediği konusunda kesin bir kanaate ulaşılabılırsa, teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Benzer şekilde malvarlığına karşı

³⁹ Sonuncuların ancak genel hafifletici nedenler kapsamında uygulanmasının mümkün olduğu hususunda bkz. Delpino e Pezzano, s. 259; Tredici, s. 2; Teşebbüse ilişkin hükmün soyut olarak basit veya nitelikli tüm suç tipleriyle bir araya gelmesi mümkün ise de, kanun suça etki eden nedenin objektif olarak yüklenmesini öngörmekte ve dolayısıyla uygulanması için var olmasını aramaktadır. O halde sadece suçun tamamlanması halinde var olabilecek bir nitelikli hal söz konusu ise, henüz gerçekleşmeden arzi unsurun objektif olarak yüklenmesi kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Bkz. Fiore e Fiore: s. 542.

⁴⁰ Tredici, s. 3.

suçlarda zararın miktarına ilişkin nitelikli haller de bu şekilde uygulanmaktadır⁴¹.

İtalyan Temyiz Mahkemesi, ilgili madde metninden tamamlanmanın şart olduğu anlaşılmakta ise de, teşebbüs aşamasında kalmış suçlar açısından mala karşı işlenen suçlarda zararın az olmasına ilişkin hafifletici nedenin uygulanabileceğine hükmetmiştir. Bir kısım yargı kararında ise, zararın ortaya çıkmadığı hallerde davranışın sebep olduğu zarara dayanılarak fiilin daha az ihlal edici olduğundan bahsedilemeyeceği kabul edilmiştir. Zira burada değersizlik hükmünün dayanağını teşkil edecek bir ampirik veri mevcut değildir. Malvarlığı zararına ilişkin bu değerlendirme hipotetik değil gerçeğe ilişkin olmalıdır, zira bu amaca yönelik elverişli hareketlerin varlığı söz konusu olsa bile daha önceki hiçbir anda zarara ilişkin bir tespit yapılması mümkün değildir⁴².

Bu yaklaşımı aşmak adına bazı yargı kararlarında zararın azlığı değerlendirmesi yapabilmek için failin fazla zarar vermemek konusundaki subjektif iradesine öncelik tanınmak istenmiştir. Ancak tamamen psikolojik karakterdeki bir verinin kısmen gerçekleşen bir kanuni tipin objektif ağırlığının değerlendirilmesinde ölçü alınamayacağı açıktır⁴³.

Bu nedenle Temyiz Mahkemesi daha sonraki kararlarında araştırmasını objektif nitelikteki unsurlar üzerinde, yani davranışın ihlal ettiği varlık ve davranışın ortaya çıkış biçimi üzerinde yoğunlaştırmıştır. Dolayısıyla belirleyici olan, zarar gören varlığın tespitidir; zira söz konusu varlığın değeri belirlendikten sonra davranış sonuna kadar götürülseydi davranıştan kaynaklanan malvarlığı zararının ne olacağı konusunda bir tespit yapılabilir⁴⁴.

⁴¹ Bkz. Manna, s. 585; Delpino e Pezzano, s.258; Palazzo, s. 458; Pulitano, s. 365; Yargı baskın şekilde nitelikli suça teşebbüsü suça etki eden neden gerçekleşmemiş olsa dahi kabul etmekte ve bu kapsamda ağırlaştırıcı/hafifletici, objektif/subjektif sebepler arasında bir ayırım yapmamaktadır. Bunun için de nitelikli halin icrasına elverişli hareketlere başlanmış olması (minimum bir icrai faaliyet olsa dahi); tamamlanmayan veya neticeyi üretemeyen davranış incelendiğinde, suç yolunun kesinlikle nitelikli halin gerçekleşmesine gittiğinin ortaya konulması gerekir. Bkz. Beltrani, s. 94.

⁴² Tredici, s. 4.

⁴³ Tredici, s. 4.

⁴⁴ Tredici, s. 4.

Sonuç olarak Mahkeme, sonradan yapılacak bir araştırmayla elverişli davranışın zarar vericiliği hakkında *ex ante* ve somut bir değerlendirme yapılabileceğini ve bu şekilde eğer suç tamamlansaydı ortaya çıkacak zararın az olup olmayacağını tespit edilebileceğini ortaya koymuştur. Burada uygulayıcı, nitelikli halin failin gerçekleştirdiği davranışla uyumlu olup olmadığını, arizi unsuru ortaya çıkarabilecek nitelikte olup olmadığını tespit açısından değerlendirmelidir. Hiç şüphesiz bu konudaki kabul, hipotetik bir değerlendirmeye dayanacaktır, ancak sırf bu nedenle hakim tarafından bu yönde bir karar verilemeyeceği söylenemez, zira teşebbüse ilişkin sorumluluğun belirlenmesinde zaten her zaman hipotetik bir yargı söz konusudur⁴⁵.

Bu yaklaşım doğrultusunda, davranışın gerçekleşme biçimi ve mevcut deliller itibarıyla tamamlanacak suçun verdiği zararın ağır olacağını anlaşıldığı hallerde zararın büyüklüğüne ilişkin nitelikli halin de, hırsızlığa teşebbüs açısından uygulanabileceğine hükümlenmiştir⁴⁶.

Söz konusu tartışmayla ilgili olarak “malvarlığı zararının teşebbüs aşamasında kalan suçtan kaynaklanmış olduğu hipotez” ile “zararın gerçekleşmediği, ancak failin tamamlamayı hedeflediği suça ilişkin plana dahil olduğu hipotez” arasında bir ayırım yapılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Her ne kadar zarar suçun tamamlanma aşamasında ortaya çıksa da, birinci hipotezde olduğu gibi teşebbüs aşamasında kalan suç ağır veya hafif bir zarara yol açmış ise, zararın miktarına ilişkin nitelikli haller uygulanabilir⁴⁷. Zararın ortaya çıkmadığı, ancak suç planının bir parçası olduğu ikinci hipotez açısından da nitelikli hale teşebbüsten bahsedilebilir,

⁴⁵ Tredici, s. 4; Mezzetti, s. 513; Buna karşın Romano'ya göre İCK'nın genel hükümleri arasında düzenlenen nitelikli haller teşebbüs aşamasında kalmış suçlar açısından da geçerlidir, ancak yalnızca bütün kurucu unsurlarıyla var oldukları takdirde uygulanabilirler. Başka bir çözüm kanuni düzenlemeyle mümkün olabilir, ancak mevzuatın şu anki haliyle böyle bir uygulamaya izin verdiği söylenemez. Bu nedenle kısmen gerçekleşen ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasını öngören veya gerçekleşmemiş olmasına rağmen tamamlanma halinde gerçekleşeceği kesin olan nitelikli hallerin uygulanmasını öngören kararlar isabetli değildir. Bkz. Romano, s. 565.

⁴⁶ Nitelikli halin manevi unsura ilişkin olduğu hallerde de nitelikli hale teşebbüs uygulanmalıdır. Örneğin bir suç işlemek için başka bir suçun işlenmesi söz konusu olduğunda. Bkz. Tredici, s. 4.

⁴⁷ Bu, zararın davranışın türüne ilişkin olduğu hallerde mümkündür, örneğin eşya üzerinde kuvvet kullanmanın ağırlaştırıcı sebep sayıldığı hallerde durum böyledir. Bkz. Calabria, s. 1362.

zira gerçekleşmeyen zararın gerçekleşen zararlarla eşit kabul edilemeyeceği tartışmasız olsa da, failin gerçekleştirmeyi amaçladığı zararın büyüklüğü, teşebbüsün özünü oluşturan tehlikenin büyüklüğünü gösterecek nitelikte olduğundan bunun da cezaya etki etmesi gerekir. Ancak, harici sebeplere, örneğin zararın tazminini bir indirim sebebi olarak düzenleyen nitelikli hallerde teşebbüs cezalandırılmaz, zira zararın tazmini suç fiilinden bağımsız olduğu için buna yönelik bir suç işleme planı olamaz⁴⁸.

Öte yandan suçun basit şeklinin tamamlandığı, ancak nitelikli halin gerçekleşmediği hallerde nasıl bir uygulama yapılacağı da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira burada artık tamamlanmış bir suç söz konusu olduğu için, teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tereddütlüdür. Bu konuda doğru bir değerlendirme yapılabilmesi için, her şeyden önce suça etki eden nedenlerin işlevi ve suça etkisinin ne olduğunun irdelenmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere suça etki eden nedenlerin işlevi bir yandan somut fiillerin değersizliği nazara alınmak suretiyle daha doğru ve hakkaniyete uygun bir ceza verilmesini sağlamakken, öte yandan da hakimnin cezanın belirlenmesi açısından sahip olduğu takdir yetkisini sınırlandırmaktır⁴⁹.

Suç etki eden nedenler, suçun basit şekline eklenmek suretiyle o suç nitelikli hale getirirler. Dolayısıyla nitelikli suç olarak adlandırılan bu suç, yeni ve bağımsız bir suç değil, kanun doğrultusunda arızı unsurun eklendiği suçun farklı bir biçimini oluşturur. Nitekim TCK'nın zincirleme suç düzenleyen 43. maddesinde de “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır” hükmüne yer verilmiştir. Ancak bazı hallerde, eklenen unsurun başka bir suçun kurucu unsuru mu yoksa suçun basit şeklini nitelikli şekline dönüştüren arızı bir unsur mu olduğunun tespiti kolay olmayabilir. Bu iki farklı duruma göre farklı uygulamalar söz konusu olacağı için belirlemeyi doğru yapmak gerekir⁵⁰.

Belirtmek gerekir ki; genel suça etki eden nedenler ve harici suça etki eden nedenler açısından bu tespiti yapmak kolaydır; öte yandan kanunun

⁴⁸ Calabria, s. 1363.

⁴⁹ Mantovani, s. 407; Suça etki eden nedenler ve bunların tespitine ilişkin ölçütler için bkz. Vesile Sonay Evik, “Suça Etki Eden Nedenler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2-2007), s. 119 vd.

⁵⁰ Mantovani, s. 409.

cezanın indirilmesi veya artırılmasını öngördüğü hükümlerin de en azından kural olarak suça etki eden nedenleri düzenlediği söylenebilir. Ancak kanun metninin bu konuda bir açıklık içermediği durumlarda başka ölçütlere başvurulması kaçınılmazdır. Genel olarak ayırt edici ölçüt, suça etki eden nedenler ile suçun unsurlarının işlevi arasındaki farka dayanır. Nitekim kurucu unsurlar suç tipini belirlerken, diğerleri suç tipini değiştirmeyip, yalnızca suçun ağırlığını derecelendirirler⁵¹.

Doktrinde, bir hususun suça etki eden neden sayılması için, suçun basit şeklinde yer alan unsurları özelleştirmesi gerektiği savunulmaktadır. Bir başka ifadeyle, suça etki eden nedenler bu niteliğe sahip olmak için, basit hükümde yer alan benzer kurucu unsurlarla genellik-özellik ilişkisi içerisinde olmalıdır. Bu şekilde suçun bir gerçekleşme biçimi, onu daha ağır ya da hafif hale getiren bir ek unsur söz konusu olur. Örneğin hırsızlık suçunun adet gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında işlenmesi durumunda, böyle bir eşya taşınır mala nazaran daha özel bir durumu ifade ettiğinden suçun nitelikli halinden söz edilir⁵².

Buna karşın bir husus, suçun basit şeklinde yer alan bir başka unsuru özelleştirmek yerine değiştiriyorsa veya suçun unsurlarına ekleniyorsa, burada suça etki eden nedenden bahsedilemeyeceği savunulmaktadır. Eklenen husus, diğer tipte yer alan unsurlarla bağdaşmıyorsa veya onun bütün unsurlarına yabancı ise suça etki eden neden olamaz, zira bu bağdaşmazlık veya yabancılık suçun ağırlığı üzerinde bir etki doğurmaz, ancak başka bir suça vücut verir ve burada iki ayrı bağımsız suç tipi ortaya çıkar⁵³.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle suçun basit şeklinin tamamlandığı, ancak nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, basit hal ile

⁵¹ Mantovani, s. 410.

⁵² Hemen belirtmek gerekir ki, bu özel-genel ilişkisi zorunlu olmakla birlikte sorun çözmek açısından yeterli olmayabilir; zira benzer bir ilişki bağımsız suç tipleri arasında da söz konusu olabilir. Bu nedenle bu konudaki şüpheyi gidermek için *nomen juris* ölçütüne veya *sistematik yorum* yöntemine başvurmak da gerekebilir. Bkz. Mantovani, s. 410.

⁵³ Örneğin İtalyan Ceza Kanunu'nun ağırlaştırıcı sebeplerden söz ediyor olmasına rağmen 583. maddedeki yaralama neticesinde ortaya çıkan ağır lezyonlara ilişkin düzenlemenin 582. maddeyi özelleştirmeyip tamamen farklı bir düzenleme getirdiği için başka bir suça vücut vereceği; yardım yükümlülüğünü ihlal sonucu yaralanma veya ölüm meydana gelirse, yani tehlike suçu zarar suçuna dönüşürse bunun ayrı bir suç olacağı savunulmaktadır. Bkz. Mantovani, s. 411.

nitelikli hal aynı suçun farklı görünüm biçimleri olduğundan, teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir. Öte yandan, eklenen unsur bir başka suçun ortaya çıkmasına sebep oluyorsa artık o yeni suça teşebbüs söz konusu olacağından bir suçun nitelikli haline teşebbüs edilmesi söz konusu değildir⁵⁴.

Bu husus Türk ceza hukuku açısından özellikle cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen biçimine teşebbüsün mümkün olup olmadığı açısından tartışılmıştır. Bu doğrultuda cinsel saldırı suçunda failin, vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemek amacıyla mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal ettiği, ancak organ veya cismi elinde olmayan sebeplerle mağdurun vücuduna sokamadığında nasıl bir uygulama yapılması gerektiği tespit edilmelidir. Bu konuda bir kısım yazar 102. maddenin ikinci fıkrasının cinsel saldırı suçunun nitelikli halini değil, ayrı bir suç tipini düzenlediğini kabul etmektedir⁵⁵. Bu düşünceye itibar edilecek olursa, yukarıda verilen örnek

⁵⁴ Doktrinde suçun basit şeklinin tamamlandığı, ancak failin istediği ya da en azından göze aldığı ağır neticenin gerçekleşmediği hallerde, fail ağır neticenin gerçekleşeceğini hesaba katmış ve bunu göze almış, ancak ağır netice gerçekleşmemiş ise teşebbüsün söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir. Örneğin failin mağdurun yüzüne gözünü kaybedebileceğini göze alarak yumruk attığı, ancak yaralanan mağdurun gözünü kaybetmediği halde olduğu gibi. Bkz. Öztürk ve Erdem: s. 331; Suçun temel şeklinin tamamlanıp nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda fikri içtima hükümleri doğrultusunda bir uygulama yapılması ve teşebbüs aşamasında kalan nitelikli halin cezası suçun temel şeklienden dolayı verilecek cezadan daha fazla ise nitelikli halden ceza verilmesi gerektiği hususunda bkz. Soner Demirtaş, “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (3-2021), s. 399.

⁵⁵ Bkz. Hafioğulları ve Özen, s. 157; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), s. 374; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, “mağdurenin anne ve babasının hastaneye gitmesi nedeniyle olay günü evde tek başına kaldığı sırada sanığın saat 13:30 civarında eve gelerek mağdureyi zorla yatak odasına götürdüğü, mağdurenin ve kendisinin alt kısmında bulunan elbiselerini çıkartıp üzerine abandığı esnada eve gelen mağdurenin kardeşi olan tanık Orhan'ın bağırma sesini duyup yatak odasına girdiğinde sanığın elinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlayamadan olay mahallinden uzaklaştığı; şeklinde gerçekleşen ve oluşa uygun olarak kabul edilen eylemin nitelikli cinsel istismara teşebbüs niteliğinde olduğu” gözetilmeden kurulan hükmü bozmuştur. Bkz. Y. 5. CD, E. 2008/335, K. 2008/3507, 15.4.2008, (www.lexpera.com); TCK md. 102/2 kapsamında ayrı bir suçun düzenlendiği görüşü ve bu suça teşebbüs ile ilgili tartışmalar için bkz. Efser Erden Tütüncü, “Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak

açısından kişinin ikinci fıkrada düzenlenen bu suça teşebbüsten cezalandırılacağında kuşku bulunmamaktadır. Ancak 102. maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin lafzından hareketle böyle bir sonuca varılması mümkün gözükmemektedir. Zira söz konusu fıkrada yer alan hüküm, her ne kadar suçun cezasında oransal bir artış yerine farklı bir ceza verilmesini öngörse de, bir önceki fıkrada düzenlenen fiilin bir işleniş biçimini cezalandırmaktadır. “Vücuda organ veya cisim sokmak” şeklindeki suça etki eden neden, suçun basit şeklinde yer alan “cinsel davranışla vücut dokunulmazlığını ihlal etmek” şeklindeki davranışla bağdaşmaz nitelikte olmadığı gibi, o davranışın daha özel bir gerçekleştirilme biçimini ifade etmektedir. Bu itibarla, ikinci fıkrada cinsel saldırı suçunun nitelikli şeklinin düzenlendiği sonucuna varmak gerekmektedir⁵⁶.

Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesinin temel koşulu suçun tamamlanmamış olmasıdır. Bu nedenle suçun basit şeklinin tamamlandığı hallerde artık teşebbüs hükümlerinin uygulanmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu itibarla yukarıdaki örnekte eğer suçun basit şekli tamamlanmış, yani cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal edilmiş ise, bu davranışlar son tahlilde suçun nitelikli haline yönelik olsa dahi fail suçun basit şeklinden cezalandırılacaktır. Tabi ki bu durum, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Buna karşın failin davranışları suçun nitelikli şeklini gerçekleştirmek amacıyla ortaya konulmuş, ancak suçun basit şekli dahi henüz tamamlanmamış ise nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilebilir. Yeter ki, failin nitelikli hale vücut veren fiili gerçekleştirmek amacıyla hareket ettiğinde ve davranışının, geldiği aşama itibarıyla, objektif anlamda cinsel saldırının nitelikli şekline yönelik olduğunda kuşku bulunmasın. Bir başka ifadeyle failin davranışı değerlendirilmek suretiyle nitelikli hal teşkil eden fiilin doğrudan doğruya icrasına başlandığı tespiti yapılabiliyorsa nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten hüküm kurulması mümkündür⁵⁷.

Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2- 2022), s. 619. vd.

⁵⁶ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım (Ankara: Savaş Yayınevi, 2022), s. 64; Anılan düzenlemenin bir nitelikli hal olmasına karşın, isabetli olmadığı ve fiilin bu şekilde işlenen biçiminin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği konusunda bkz. Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), s. 139.

⁵⁷ Yargıtay, basit şekli tamamlanmış olsa dahi cinsel saldırının nitelikli şekline teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmekte, ancak failin kastının organ sokmaya

IV. DEĞERLENDİRME

Sonuç itibarıyla suçun nitelikli şekline kural olarak teşebbüsün mümkün olduğu söylenebilir. Öncelikle suç yolunun geldiği aşama itibarıyla halihazırda ortaya çıkmış olan suça etki eden nedenlerin cezaya etki edeceğinde kuşku bulunmamaktadır. Böyle bir durumda suça etki eden nedene dayanılarak cezada değişiklik yapılması kanunilik ilkesiyle çelişmediği gibi, tam aksine söz konusu ilkenin gereğidir, zira kanunda aksi düzenlenmediği takdirde gerçekleşen bir nitelikli halin müeyyidesini olaya uygulamak hakimnin görevidir. Dolayısıyla böyle bir durumda ceza nitelikli hale göre belirlendikten sonra teşebbüs hükümleri dolayısıyla bir indirim yapılarak sonuç cezaya hükmedilmesi gerekir.

Daha tartışmalı olan husus ise, yukarıda aktarıldığı üzere nitelikli halin gerçekleşmediği, ancak failin söz konusu nitelikli hali gerçekleştirmek amacıyla hareket ettiğinin anlaşıldığı hallerde, nitelikli hale teşebbüsten ceza verilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Belirtmek gerekir ki, TCK md. 35'te yer alan ve teşebbüsü düzenleyen hüküm suçun basit şeklini düzenleyen normla birleşerek yeni bir tip yaratabileceği gibi, suçun nitelikli şeklini düzenleyen normla birleşmek suretiyle başka bir kanuni tipe vücut vermesi de mümkündür. Teşebbüse ilişkin norm genel bir hüküm niteliğinde olduğundan, nitelikli halin özel veya genel olması arasında bu açıdan hiçbir fark bulunmamaktadır. Öte yandan henüz gerçekleşmeyen bir nitelikli hale

yönelik olduğunun ortaya konulmadığı ve elverişli hareketlerle nitelikli halin icrasına başlamadığı hallerde nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten hüküm kurulamayacağı yönünde karar vermektedir. Bkz. Y. 14. CD, 2015/7457, K. 2019/8247, 14.3.2019; Y. 14. CD, E. 2018/7291, K. 2019/221, 14.1.2019, Gökçan ve Artuç, s. 1075, 1076; Maddenin Yargıtay kararları doğrultusunda uygulanması gerektiği hususunda bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017) s. 328; Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi (55-2005), s. 261; Vücut dokunulmazlığının ihlalini oluşturan cinsel davranışlarla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunan hareketlerin gerçekleşmesiyle teşebbüs alanına girilmiş olacağı, bu doğrultuda TCK md. 102/2 çerçevesinde icra hareketlerine başlandığından söz edilebilmesi için failin mutlaka mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir davranış gerçekleştirmesinin şart olmadığı hususunda bkz. Erden Tütüncü, s. 639; 102. maddenin ikincisi fıkrasında cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin düzenlendiği ve yalnızca gerçekleşmesi halinde uygulanabileceği, nitelikli hal tamamlanmamış ise bu durumun temel cezanın belirlenmesinde nazara alınacağı hususunda bkz. Koca ve Üzülmöz, s. 344.

ilişkin hükmün cezaya etki etmesinde kanunilik ilkesi açısından da bir sakınca bulunmamaktadır, zira teşebbüse ilişkin 35. maddenin işlevi henüz tamamlanmayan tipik fiillerden dolayı faili sorumlu tutabilmek amacıyla ceza sorumluluğunun sınırlarını genişletmektir. Hiç şüphesiz bu işlev suçun nitelikli hali açısından da geçerlidir.

Burada önemli olan nitelikli hale teşebbüs edilip edilmediği tespit edilirken teşebbüsün koşullarının nitelikli hal açısından var olup olmadığına ortaya konulmasıdır. Dolayısıyla “suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına” başlanıp başlanmadığı tespit edilirken, suçun basit şeklinde yer alan fiilin değil, nitelikli halinde yer alan fiilin göz önünde bulundurulması gerekir. Bu itibarla eğer failin davranışlarının geldiği aşama itibarıyla nitelikli hale yönelik olduğunda kuşku yoksa, fail tarafından gerçekleştirilen davranış nitelikli hali meydana getirmeye elverişli ise, teşebbüsün maddi unsuru gerçekleşmiş demektir. Ayrıca teşebbüs hükümlerinin uygulanması için failin doğrudan kasıtlı hareket etmesi gerekli olduğundan, kastının nitelikli hali kapsamı da şarttır. Aksi takdirde nitelikli hale teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildir⁵⁸.

Nitekim İtalyan Temyiz Mahkemesi'ne göre bir davranışın suça teşebbüs dolayısıyla cezalandırılabilmesi için bunu oluşturan hareketlerin yönünün objektif olarak değerlendirilmesi ve ulaşacağı sonucun ne olduğunu, hareketin buna elverişli olup olmadığını tespit etmek için hipotetik bir öngörünün formüle edilmesi zorunludur. Eğer bu şekilde öngörülen sonuç kanun tarafından bir ağırlaştırıcı ya da hafifletici neden olarak düzenlenmiş ise, failin suçun nitelikli haline teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir⁵⁹.

⁵⁸ Teşebbüs açısından failin kısmen de olsa icra etmediği harekete ilişkin nitelikli hallerin nazara alınmayacağı konusunda görüş birliği vardır. Örneğin eşya üzerinde şiddet uygulamaya başlamayan kişinin bu şekilde işlenen nitelikli hırsızlıktan sorumlu tutulması düşünülemez. Bkz. Beltrani, s. 91; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, s. 420, 421; Koca ve Üzülmüş, s. 438; Olası kasıtlı teşebbüs hükümlerinin bir arada uygulanamayacağı hususunda bkz. Tuğrul Katoğlu, “Olası Kast ve Suça Teşebbüs”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, (Ankara: 2015); s. 620, 621; Türkan Yalçın, Timuçin Köprülü, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019); Mustafa, Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), s. 530, 531; olası kasıtlı işlenen suçlarda da teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi gerektiği hususunda bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021).

⁵⁹ Beltrani, s. 94.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından da benzer şekilde düşünmek gerekmektedir. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşan suç, bağımsız bir suç niteliğindeyse, diğer koşulların da varlığıyla birlikte ağır netice ortaya çıkmamış olsa dahi teşebbüsten söz edilebilir. Buna karşın nitelikli halin ağır netice nazara alınmak suretiyle düzenlendiği hallerde ise, suçun nitelikli haline teşebbüs konusundaki prensiplere göre bir uygulama yapılması gerekir. Dolayısıyla örneğin failin yaralamaya teşebbüs niteliğindeki davranışının mağdurun organlarından birinin işlevini yitirmesi amacıyla gerçekleştirildiği tespit edilebiliyor ve geldiği aşama itibarıyla bu sonuca yöneldiğinde kuşku bulunmuyorsa, failin nitelikli yaralamaya teşebbüsten cezalandırılması gerekir⁶⁰.

Benzer şekilde davranışın suçun hafifletilmiş şekline yönelik olduğunda kuşku bulunmuyorsa yine nitelikli hale teşebbüsten ceza verilmelidir. Yani failin basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yaralama suçuna⁶¹ veya sarkıntılık düzeyinde kalan bir cinsel saldırıya teşebbüs etmesi mümkündür⁶².

⁶⁰ Akbulut, s. 733; Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan söz edilebilmesi için sonucun doğrudan istenmemiş olması gerektiği, bu nedenle bu tür suçlara teşebbüsün söz konusu olamayacağı, ancak buna imkan veren bir düzenlemenin kanuna konulması gerektiği hususunda bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, “Kasten Yaralama Suçu”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan (Ankara: 2015) s. 647, 648; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (İstanbul: Beta 2020), s. 471.; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (İstanbul: Beta, 2019), s. 512; Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda kast+kast kombinasyonu söz konusu olduğunda ağır netice gerçekleşmemiş olsa dahi buna teşebbüsün mümkün olduğu hususunda bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017); Ahmet Gökçen, Murat Balcı, “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (21-2016), s. 405.

⁶¹ Toroslu ve Toroslu, Özel Kısım, s. 49; Tezcan, Erdem ve Önok: s. 264; “Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre, sanık Mevlit’in olay sırasında katılana taş attığı, ancak isabet ettiremediği anlaşılınca, eyleminin teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle cezasında TCK’nin 35. maddesi gereğince indirim yapılırken, temel cezanın TCK’nin 86/2, 86/3-e maddeleri gereğince belirlenmesi gerektiği gözetilmeden” hüküm kurulmasının bozmayı gerektirdiği hususunda bkz. Y. 3.CD, E. 2017/20600; K. 2018/16307, 31.10.2018. Karar için bkz. Gökçen ve Artuç, s. 1070; Aksi yönde bkz. Keskin Kızıroğlu, s. 648.

⁶² Örneğin failin mağdurun vücuduna dokunmaya çalıştığı esnada, üçüncü kişilerin faili engellemesi ya da mağdurun kaçması nedeniyle mağdura dokunamaması durumunda sarkıntılık teşebbüs aşamasında kalacaktır. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, s.

Bu noktada, manevi unsur açısından ortaya çıkabilecek farklı durumların göz önünde bulundurulması şarttır. Nitekim TCK'nın 23. maddesi uyarınca sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda, ağır neticeden failin sorumlu tutulması için en azından taksirli olması gerekli ve yeterlidir. Ancak yukarıda ortaya konulduğu üzere teşebbüsün varlığından söz edilebilmesi için, failin ağır neticeyi gerçekleştirme kastıyla hareket etmesi gerekir. Bilindiği üzere bir kısım sonucu nedeniyle ağırlaşan suçta failin sonucu kastetmiş olmasıyla ağır sonuca taksirle sebep olması arasında bir fark yoktur, her iki halde de fail yalnızca neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan sorumlu olacaktır. Bir kısım sonucu nedeniyle ağırlaşan suç yönünden ise failin ağır neticeyi gerçekleştirme kastıyla hareket etmemiş olması gerekir. Eğer böyle bir kast söz konusu ise fail neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan değil, işlemeyi kastettiği suçtan sorumlu olacaktır. İşte bu ikinci gruba giren neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Zira fail ağır sonucu gerçekleştirme kastıyla hareket etmemişse teşebbüsün manevi unsuru gerçekleşmemiştir, neticeyi gerçekleştirme kastının varlığı halinde ise fail başka bir suça teşebbüsten sorumlu tutulacaktır⁶³. Dolayısıyla TCK md. 87/4'te düzenlenen ölüm sonuçlu yaralama açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü failin öldürme kastı olduğunda, kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması gerekecek, doğrudan öldürme kastı bulunmayan hallerde ise ağır netice açısından teşebbüsün koşulları gerçekleşmemiş olacaktır⁶⁴.

Suçun nitelikli halinin gerçekleşmiş olmadığı, ancak basit şeklinin tamamlandığı hallerde de, daha önce ifade edildiği üzere teşebbüs hükümlerinin uygulanması, suçun nitelikli haline bağımsız bir suç özelliği atfedilmedikçe mümkün değildir. Dolayısıyla suçun basit şekli tamamlanmış, ancak nitelikli hali teşebbüs aşamasında kalmış ise mevcut kanuni düzenlemeler karşısında yalnızca suçun basit şeklinden ceza verilmesi gerekecektir. Elbette ki, bu durum temel cezanın belirlenmesinde nazara alınabilir.

324; Y. 14. CD 2015/8942, K. 2019/8556, 27.3.2019 bkz. Gökcan ve Artuç, s. 1075. Sarkıntılığa teşebbüsün mümkün olmadığı, zira suçun bu düzeyde kalıp kalmadığının suçun tamamlanmış şeklinde göre belirleneceği hususunda bkz. Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s. 344.

⁶³ Akbulut, s.734; Aksoy, 182, 183.

⁶⁴ Gökçen, Balcı, s. 405.

Son olarak belirtmek gerekir ki, TCK'nın cezanın belirlenmesini düzenleyen 61. maddesi de suçun nitelikli halleriyle teşebbüs hükümlerinin bir arada uygulanmasına elverişlidir. Zira anılan maddeye göre sonuç cezaya ulaşmak için hakim önce temel cezayı belirleyecek, sonrasında gerektiği takdirde olası kast ve bilinçli taksir hükümlerini uygulayacak, ardından nitelikli hallere ilişkin artırım ve indirimleri yapıp ortaya çıkan ceza üzerinde teşebbüs hükmü doğrultusunda indirim yapacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Aksoy, Pervin. Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- Antolisei, Francesco. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale. Milano: Giuffrè, 2003.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Beltrani, Sergio. Il delitto Tentato. Padova: Cedam, 2003.
- Calabria, Arianna. “Considerazioni Sul Delitto “Tentato Circostanziato”, “Circostanziato Tentato”, Circostanziato Tentato Circostanziato”, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, XXXIII, (4-1990): 1354-1390.
- Centel, Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut. Türk Ceza Hukukuna Giriş. İstanbul: Beta, 2020.
- Delpino, Luigi e Rocco Pezzano. Diritto Penale, Parte Generale. Napoli: Simone, 2021.
- Demirtaş Soner, “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (3-2021): ss. 379-427.
- Diamanti, Francesco. “Sulla Circostanza Che Non C’è. Limiti Teorici e Problemi Pratici Di Un’Invenzione Ermeneutica, L’indice Penale”. Nuovissima Serie, (1-2, 2015): ss. 73-97.
- Doğan, Koray. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: İstanbul: Der Yayınları, 2019.
- Evik, Vesile Sonay. “Suça Etki Eden Nedenler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. (2-2007): ss. 119-133.
- Erden Tütüncü, Efser, “Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 24, (2-2022), ss. 619-672.
- Fiore, Carlo e Stefano Fiore. Diritto Penale, Parte Generale. Torino: Utet, 2020.
- Gökçen, Ahmet ve Murat Balcı. “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (21-2016): ss. 369-412.

- Gökçan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç. Türk Ceza Kanunu Şerhi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Grosso, Carlo Federico, Marco Pelissero, Davide Petrini e Paolo Pisa. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale. Milano: Giuffrè, 2017.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler. Ankara: Us-A Yayıncılık, 2016.
- Hakeri, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Katoğlu, Tuğrul. “Olası Kast ve Suça Teşebbüs”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan. Ankara: 2015, ss. 611-627.
- Keskin Kızıroğlu, Serap. “Kasten Yaralama Suçu”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara: 2015, ss. 639-987.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Manna, Adelmo. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale. Milano: Giuffrè, 2021.
- Mantovani, Ferrando. Diritto Penale. Padova: Cedam, 2013.
- Mezetti, Enrico. Diritto penale, Casi e Materiali. Bologna: Zanichelli, 2020.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Özen, Mustafa. Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Özocak, Gürkan. Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Francesco, Palazzo. Corso di Diritto Penale, Parte Generale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021.
- Pulitanò, Domenico. Diritto Penale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021.

- Romano, Mario. *Commentario Sistematico del Codice Penale*. Milano: Giuffrè, 1995.
- Yokuş Sevik, Handan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (55-2005): ss. 243-282.
- Soyaslan, Doğan. *Teşebbüs Suçu*. İstanbul: Kazancı Kitap, 1994.
- Sözüer, Adem. *Suç Teşebbüs*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Taner, Gökçen. *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 14. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.
- Tozman, Önder. *Suç Teşebbüs*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Tredici, Stefania. “La Compatibilità Tra Tentativo e Attenuante del Danno di Speciale Tenuità nei Delitti Contro Il Patrimonio”. www.iustiniere.it. (Erişim tarihi: 02.01.2023).
- Yalçın, Türkan ve Timuçin Köprülü. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.

