

HAZIRLIK HAREKETLERİNDEN İCRA HAREKETLERİNE GEÇİŞ EVRESİNDE FAILİN İÇİNDE BULUNDUĞU BAZI PSİŞİK DURUMLARIN KAST TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ SORUNU

Önder Tozman*

Özet

Tamamlanmış suçlarda olduğu gibi teşebbüs halinde kalmış suçların da manevi unsura sahip olması gerekir. Bilindiği gibi teşebbüste ancak kast söz konusu olabilir. Hangi durumlarda kastın var olduğu konusunda genel ölçütler koymak şimdiye kadar pek fazla mümkün olamamıştır. Genellikle kabul edilen her somut olayda failin dışı yansıyan hareketlerinden yola çıkılarak kastın varlığı ya da yokluğunun araştırılacağıdır. Özellikle hazırlık hareketleri evresinden icra hareketleri evresine geçiş aşamasında failin içinde bulunabileceği hangi psişik durumlarda kastın varlığının kabul edileceği önemlidir. Türk hukukunda bu konuda pek fazla bir tartışma olmadığını da belirtmek gerekir. Alman hukukunda ise hazırlık hareketleri ve icra hareketleri evresi arasındaki geçiş evresinde failin sahip olduğu bazı psişik durumların kast teşkil edip etmediği konusunda ölçütler konulmaya ve sınıflandırma yapılmaya çalışılmıştır. Alman hukukunda bir görüş üçlü bir ayırım yapmıştır. Buna göre failin bir suç işlemeyi içinde saklı tuttuğu durumlarda kast yoktur. Failin suç işlemeye kesin karar verip de icrasına başlamayı gelecekteki bir şartın gerçekleşmesine bağladığı veya icraya başladıktan sonra gerçekleşecek bir durum nedeniyle icradan vazgeçmeyi planladığı durumlarda ise kastın varlığı kabul edilmiştir.

Anahtar kelimeler: manevi unsur, kast, teşebbüs, hazırlık hareketi, icraya başlama

Abstract

As with committed crimes, crimes which remain attempted should also have a moral element. As known, with attempt, intent can only be in question. It has not been much possible until now to bring general criteria regarding in which cases intent is present. What is generally accepted is that in every concrete incident the presence or non-presence of intent shall be understood based on the acts of the actor. Particularly important is, under which psychic conditions, which the actor may be in during the transition from phase of preparatory acts to the phase of execution of acts,

* Dr., Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

the presence of intent shall be accepted. It needs to be also stated that in Turkish law there is not so much discussion on this subject. In the German law, on the other hand, an attempt has been made to introduce criteria and bring a classification on the issue of whether certain psychic conditions the actor is under during the transition from the phase of preparatory acts to the phase of execution acts comprise intent. A view in the German law has made a triad distinction. According to this, in cases where the actor keeps committing a crime confined within himself/herself, there is no intent. On the other hand, the presence of intent has been accepted in cases where the actor has definitely decided to commit a crime and ties starting with the execution to the materialization of a future condition, or where he/she plans to abandon execution due to a reason which would materialize after he/she starts the execution.

Keywords: moral element, intent, attempt, preparatory act, execution of act

Giriş

Tamamlanmış suçlarda olduğu gibi teşebbüs halinde kalmış suçların da manevi unsura sahip olması gerekir. Tamamlanmış suçlarda kastın belirlenmesi konusunda Yargıtay'ın adam öldürme ve yaralama suçları konusundaki bilinen ölçütleri dışında genel ölçütler koymak şimdiye kadar pek fazla mümkün olamamıştır. Genellikle kabul edilen, her somut olayda failin dışı yansıyan hareketlerinden yola çıkılarak kastın varlığı ya da yokluğunun araştırılacağıdır. Suçun teşebbüs halinde kalması halinde kabul etmek gerekir ki bu araştırma daha da zorlaşmaktadır. Özellikle hazırlık hareketleri evresinden icra hareketleri evresine geçiş aşamasında failin içinde bulunabileceği hangi psikik durumlarda kastın varlığının kabul edileceği önemlidir. Örneğin fail bu aşamada icrayı gerçekleştirmeyi gelecekteki bir şarta bağlamışsa ancak bu arada bir takım hareketlerde bulunmuşsa kastın varlığı kabul edilecek midir? Aynı şekilde fail, icraya başlamadan önce içinden bir şartın gerçekleşmesi durumunda icrayı yarıda bırakmayı düşünmüş ve daha sonra icraya başlamış ise kastın varlığından söz edilecek midir? Bu tür durumların söz konusu olduğu hallerde, özellikle icra hareketlerinin başlangıcında suçun yarıda kesilmesi halinde failin içinde bulunduğu psikik durumun kast teşkil edip etmediğini belirlemek gerçekten güçtür. Türk hukukunda bu konuda pek fazla bir tartışma olmadığını da belirtmek gerekir. Alman hukukunda ise hazırlık hareketleri ve icra hareketleri arasındaki geçiş evresinde failin sahip olduğu bazı psikik durumların kast teşkil edip etmediği konusunda ölçütler konulmaya ve sınıflandırma yapılmaya çalışılmıştır. Biz bu çalışmamızda Alman hukukundaki bu tartışmaları kısaca ele almaya ve değerlendirmeye çalışacağız.

1. Kastın Şartlı Olup Olamayacağı Sorunu

Teşebbüs halinde kalan suçlarda kastın araştırılması özel önem arz etmektedir. Hatta bazı yazarlara göre, somut olayın çözümünde “kastın teşebbüsün ilk elementi” olarak daima ilk başta tartışılması gerekir. Bu bakımdan teşebbüs halinde kalan suçtaki durum, önce objektif unsurun araştırıldığı, ancak bundan sonra sübjektif unsurun araştırıldığı tamamlanmış suçtan farklıdır. Teşebbüste bu sıranın değişimindeki zorunluluk, failin kanuni tipi gerçekleştirme konusunda kesin kararlı olduğu bilinmeden teşebbüsün koşullarından birisini oluşturan “kanuni tipin icrasına doğrudan doğruya başlama”nın saptanamayacağı gerçeğinden çıkarılabilir. Örneğin birisi cebinden bir silah çıkardığında fail hemen ateş etmek amacındaysa, burada bir adam öldürmeye kalkışmak söz konusudur; yok eğer böyle bir amacı değil de yalnızca korkutmak, tehdit etmek istiyorsa sadece bir tehdidin varlığı gündeme gelebilir¹.

¹ Roxin, JuS 1979, s. 2.

Alman hukukunda teşebbüs halinde kalmış suçlarda kastın varlığının belirlenmesi bakımından, daha doğrusu psişik anlamda hangi durumların kastı oluşturduğu, özellikle kastın şartlı olup olamayacağı konusunda görüşler ileri sürülmüştür. Çoğunlukla kabul edilen görüşe göre kastın varlığı için şartlı kast²/"suç işleme kararı"³ (bedingter Vorsatz/ Tatentschluss) yetmez, mutlaka şartsız kast/"suç işleme kararı"⁴ (unbedingter Vorsatz/Tatentschluss) varlığı gereklidir⁴. Fiil için alınan kararın kesin olması gerekir, yani fail sübjektif olarak kesin bir hareket iradesine sahip olmalıdır. Eğer bu eksikse, fiilin icrası için hala "son irade itmesi" anlamında ayrıca bir iradeye gereksinim varsa, özellikle fiilin işlenip işlenmeyeceği hakkında çekinceler varsa bu tür bir "askıdaki/ertelemeli" bir sübjektif hareket iradesi teşebbüsün varlığı için yeterli değildir⁵. "Suç işleme kararı" kavramında failin suç işlemek için kararlı olduğu anlamı vardır; bir diğer deyişle failin suçun işlenmesine yeterli bir kararlılıkla sabitlenmiş ve tereddütlü düşüncelerinin yer aldığı anları terk etmiş olması gerekir⁶. Böylece suç işleme kararlılığı (Tatentschlossenheit)

² Al. CK.'nin teşebbüsü düzenleyen 22. maddesinde "kast" (Vorsatz) değil "tasavvur" (Vorstellung) kelimesi kullanılmıştır. Alman doktrininde terim olarak kasttan anlaşılan genel kasttır. Bizim özel kast olarak isimlendirdiğimiz kanuni tipte yer alan failin amacına ise "sübjektif haksızlık unsurları" denilmektedir. Alman yazarlar teşebbüsün sübjektif unsurunu "suç işleme kararı" (Tatentschluss) olarak ortaya koymaktadır. Buna göre, bu kavram hem kastı (Vorsatz) hem de "sübjektif haksızlık unsurları" nı kapsar. Nitekim 1871 İm. CK.'nin teşebbüsü düzenleyen 43. maddesinde de "karar" (Entschluss) kelimesi geçmektedir. Bugünkü kanunda bu kavramın kullanılmamış olmasının da bir şeyi değiştirmedeği ifade edilmiştir. Ayrıca İçtihatlarda da, her ne kadar kanunda tasavvur (Vorstellung) terimi kullanılsa da, bundan "suç işleme kararı"⁴ (Tatentschluss) anlaşılacağı belirtilmekte ve bu nedenle bugün de bu anlayışı temsil etmemek için bir sebep olmadığı söylenmektedir. Böylece söz konusu anlayışa göre, teşebbüsün sübjektif unsurunu "suç kararı/fiil kararı" olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Bu kavram bir yandan fiilin tamamlanmaması karşısında failin niyetini ifade eder ve "iç davranışın" zorunluluğunu vurgular; ancak diğer yandan içerik olarak da tamamlanmış suçla aynı olduğunu da reddetmez. Yürürlükteki kanunda geçen "tasavvur" kelimesi tam olarak kast demek değildir, ancak burada kastın anlaşılması gerektiği bu kelime yeterince ifade edilmiştir. **Hillenkamp**, LK, Kn 30–31. "Aslında "karar" unsurunun pozitif hukukta yer almaması o kadar da önemli değildir. Çünkü bunun gerekliliği taksirli suçlara teşebbüsün hiçbir zaman cezalandırılmamasından ve kasıtlı suçlara teşebbüsün icra hareketleri safhasına kadar tamamlanmış suçtan bir farkı olmamasından da çıkarılabilir" **Roxin**, AT. II, § 29 Kn. 60. Roxin Alman doktrininde "suç işleme kararı" ile kast arasındaki ilişki hakkındaki görüşleri dört grup halinde özetlemiştir. Bkz. **Roxin**, AT. II, § 29 Kn. 61–71.

³ Yazıda Alman hukukundaki durumdan bahsedildiği yerlerde bu hukukta kullanılan terim olarak "suç işleme kararı" kullanılacaktır.

⁴ **Roxin**, JuS 1979, s. 2; **Kühl**, AT, § 15 Kn. 30. Şartsız suç işleme kararı (unbedingter Tatentschluss) yerine şartsız hareket iradesi (unbedingter Handlungswille) kavramını kullanan yazarlar da vardır: **Eser**, SS, Kn. 18; **Jescheck/Weigend**, AT, s. 515; **Rath**, Jus 1998, s. 1012, **Wessels/Beulke**, AT, Kn. 598, **Otto**, AT, 18/18; **Rudolph**, SK., Kn. 3–6; **Vogler**, LK 10. Aufl., Kn. 9. Bazı yazarlar ise "Suç işleme kararlılığı" (Tatentschlossenheit) kavramını kullanmaktadır: **Jacobs**, AT. 25 / Kn. 29; **Hillenkamp**, LK, Kn. 40.

⁵ **Eser**, SS, Kn. 18.

⁶ **Roxin**, AT. II, § 29 Kn. 81.

ya da şartsız hareket iradesi (unbedingter Handlungswille) de denilen bu durumla kastedilen, işlemeyi göze aldığı fiil konusunda kararsızlık içinde gidip gelmeyen, bir iç çekince olmadan bu konuda kesin karar vermiş failin içinde bulunduğu durumdur⁷. Alman içtihatları da eskiden beri teşebbüsün cezalandırılabilmesi için “şartsız suç işleme kararı”nı gerekli görmüş, “şartlı suç işleme kararı”nı yeterli görmemiştir⁸. Örneğin bir kararında Federal Yüksek Mahkeme (FYM), “İştirak edenin fiili ciddi bir şekilde istemesinin suç için anlaşmanın şartı olması gibi, suçun icrası için kararlı olmak ta teşebbüsün şartıdır” şeklinde karar vermiştir⁹.

Ancak teorik olarak basit gibi görünen bu ayrımın somut olayda tespitinin çok zor olduğuna da işaret edilmektedir. Buna göre bu tespit yapılması, tamamlanmış suçta kural olarak bir sorun teşkil etmezken teşebbüs söz konusu olduğunda problem olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü tamamlanmış suçta suç işleme kararı normal bir şekilde belirlenebilir. İspat zorlukları burada olsa olsa kast ve taksir üzerinde karar vermede ve bu nedenle de sadece az sayıdaki suçta söz konusu olabilir. Bu suçlarda suç işleme kararının varlığı çoğunlukla fiilin işleniş şekline çıkarılabilir. Çoğu suçlarda da –örneğin mala karşı suçlarda- zaten taksir mümkün değildir. Bu suçlarda suç işleme kararını tespit etmek zor değildir. Ancak teşebbüs söz konusu olduğunda durum değişmektedir. Çünkü kanuni tip gerçekleşmediği sürece failin gerçekte ne istediğine, hatta isteyip istemediğine karar vermek zordur¹⁰. Ayrıca tam bir kararsızlık hali ile tam bir kararlılık hali arasında çoğunlukla az ya da çok bir süreç bulunmaktadır. Bu süreç içinde, fail fiili işleme bakımından bir takım engelleri ve o fiili işlemeye sevk eden saikleri karşılaştırarak tartmaktadır¹¹.

2. Kastın Varlığını Belirlemede Üçlü Ayrım

Kastın/“suç işleme kararı”nın varlığı bakımından bugün Almanya’ da doktrin in bir kısmı W. Schmidt¹² e dayanarak “fiile meyilli olma” (Tatgeneigtheit) ile “bilinçli olarak kesin olmayan gerçekler temeli üzerine dayandırılan karar” (Entschluss auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage) ve “vazgeçme çekinceli karar”ı (Entschluss mit Rücktrittsvorbehalt) birbirinden ayırmaktadır. Birinci gruptaki olaylarda “suç işleme kararı” reddedilirken, ikinci ve üçüncü gruptaki olaylarda ise kabul edilmektedir¹³.

⁷ Hillenkamp, LK, Kn. 40.

⁸ Roxin, AT, II, § 29 Kn. 81.

⁹ Aktaran: Hillenkamp, LK, Kn. 40.

¹⁰ Roxin, AT, II, § 29 Kn. 81; Roxin, Jus 1979, s. 2.

¹¹ Kühl, AT, § 15 Kn. 30.

¹² Schmidt, ZStW 74, s. 48 vd.

¹³ Bkz. Roxin, AT, II, § 29 Kn. 82; Hillenkamp, LK, Kn. 40.

a. Fiile eğilimlilik (Tatgeneigkeit): Bu kavram failin bir suçu gerçekleştirme ihtimalini göze aldığı, ancak henüz belirli bir kanuni tipi gerçekleştirme konusunda kararsız olduğu evreyi ifade eder. Bu evrede bir suç için gerekli olan çekincesiz iç kararlılık yoktur. Kararsızlık durumunda kanuni tipi gerçekleştirme iradesi henüz tamamen oluşmamıştır. Fail bir suçu işlemeye eğilimlidir, ancak kesin kararını henüz saklı tutmaktadır, konuyu henüz düşünmektedir veya kararını gelecekteki bir olaya bağlı olarak verecektir. Bu durumda cezalandırılabilir bir teşebbüsten bahsetmek mümkün değildir. Kararsızlık durumu belirli bir kararın olmaması nedeniyle kastın yokluğu demektir, yani kararsız irade kastı ortadan kaldırır¹⁴. İçtihatlar da bu görüş yönünde şekillenmiştir. İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (İm. YM)'nin kararlarına göre; fail bir odaya girmiş, ancak henüz ne çalacağı ve hangi odadan çalacağı hakkında net bir kararı yoksa (RGSt. 54 181, 183); fail öncelikle kayın pederini tehdit etmek için silahını önünde tutmuş, ancak daha sonra ateş etmeyi de içinde ihtimal dahilinde görüp saklı tutuyorsa (RGSt. 68 339, 341); fail evrakta sahtecilik yapmış, ancak bunu sadece becerikliliğini denemek için yapmış, bu evrakı kullanıp kullanmayacağını içinde saklı tutmaktaysa (RGSt. 75 19, 25) bu olaylarda failin “kesin” bir kastı henüz yoktur. FYM de bu çizgiyi takip etmiştir. Örneğin FYM'ye göre, ele alınmış ancak kaldırılmamış balta, vurmak için kesin bir kararlılık olduğuna işaret etmez. Aynı şekilde fail, soygun için gözüne kestirdiği bankaya girip girmeme konusunda, polisin geleceği korkusu nedeniyle kesin bir karar vermediği durumda da henüz kast yoktur¹⁵. Genel olarak kabul edilen görüşe göre, bu tür hareketleri, bu olaylarda kesin kararlılık bulunmadığını ileri sürerek hazırlık hareketi olarak değerlendirmek en azından durumu yanlış anlamaktır. Çünkü hazırlık hareketi safhasında da kesin bir karar alınmış olabilir ve hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı durumlarda öyle olması da gerekir. Bu nedenle icranın başlangıcının hazırlık hareketlerinden ayrılması, bu hareketlerde suç işleme kararının olup olmamasıyla değil, sadece bu hareketlerin henüz doğrudan doğruya icraya başlama eşliğini henüz aşamaması kriteriyle belirlenmelidir¹⁶.

b. “Bilinçli olarak kesin olmayan gerçekler temeli üzerine dayandırılan karar” (Tatentschluss auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage): Bu gruba giren olaylarda fail suç işleme kararını vermiş, ancak fiilini sadece belirli şartların oluşması durumunda işlemek istemektedir. Bu şartların gelecekte meydana geleceği ya da

¹⁴ Schmidt, ZStW 74, s. 51; Hillenkamp, LK, Kn. 41; Vogler, LK 10. Aufl., Kn. 10; Roxin, AT. II, § 29 Kn. 83.

¹⁵ Kararlar için bkz. Hillenkamp, LK, Kn. 41; Roxin, AT. II, § 29 Kn. 94.

¹⁶ Schmidt, ZStW 74, s. 52, dn. 13; Roxin, JuS 1979, s. 2; Hillenkamp, LK, Kn. 41; Kühn, AT, Kn. 33; Vogler, LK 10. Aufl., Kn. 11.

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

gelmeyeceği kararın alındığı anda henüz şüphelidir. Ancak, failin iradesine göre, bu objektif şartların meydana gelmesi failin fiili kesin olarak icra edip etmeyeceği konusunda belirleyici olacaktır. Böylece, bu olay grubunda hareket iradesi değil, fiilin amacı ya da icra edilebilirliği bir şarta bağlanmıştır¹⁷.

Bu süreçte fail gerçekten belirsiz bir zeminde bulunmaktadır. Çünkü onun işleyeceği fiile eşlik edecek olan şartları önceden tam olarak bilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, karar verme sürecinde bulun her bir fail “kesin olmayan gerçekler temeli”nde hareket etmek durumundadır. Fail bu belirsizliğin farkındaysa ve buna rağmen hareket etmek iradesindeyse, gerçi onun kanuni tipi gerçekleştirme iradesi bir miktar çekince içermektedir, ancak fiili işleyip işlememe konusunda önceki tartıp düşünmeleri artık kesin bir karar almayla sonuçlanmıştır¹⁸.

Örneğin sahte bir belge kullanarak maliye memurunu mali durumu hakkında aldatmayı düşünen fail, böyle bir belge ürettiğinde belgede sahtecilik suçu için kararlı demektir¹⁹. Yine örneğin bir öldürme hareketinin icrası için silahlanan fail, bunu bir cebirle karşılaşma ihtimaline bağlı tutsa bile bu şart onun öldürme kararına etki etmez. Bir süpermarkette yağma yapacak olan silahlı failer bu kararlarının icrasını mağazada müşteri bulunmamasına bağlamış olsalar bile yağma için yeterli kararları vardır²⁰. Aynı şekilde failin bir eve çalmaya değer bir şey olup olmadığını araştırma düşüncesiyle girmesi durumunda da hırsızlığa teşebbüs vardır. Yine fail şantajının başarısız olması ihtimaline karşı şiddet uygulamayı düşünmüşse yağmaya teşebbüsün olduğunu kabul etmek gerekir²¹. Yine kürtaja karar vermiş olan doktorun hamileyi bu iş için uygun olup olmadığı hususunda kontrol etmesi durumunda da aynı şey söz konusudur. Bu olaylarda eğer icra hareketleri doğrudan başlamışsa teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir. Çünkü fail sadece fiile eğilimli durumda değildir, diğer bir deyişle fiili işleyip işlememe konusunda henüz kararını vermemiş değildir. O daha çok, planı eğer uygulanabilecekse, amacına ulaşabilme imkanı varsa suçu işlemek için kararını vermiştir²². Hakim görüşe göre, bu tür olaylarda fail icra hareketlerini, objektif, onun iradesine bağlı olmayan bir şartın gerçekleşmesi veya

¹⁷ **Roxin**, JuS 1979, s. 2

¹⁸ **Kühl**, AT, Kn. 31.

¹⁹ **Kühl**, AT, Kn. 31; **Zaczyk**, NK, Kn. 15; **Rath**, JuS 1998, s. 1012.

²⁰ **Rath**, JuS 1998, s.1011.

²¹ **Jescheck /Weigend**, AT, s. 515.

²² **Roxin**, JuS 1979, s. 2.

gerçekleşmemesi üzerine, daha önceden verdiği kararı üzerinde yeniden düşünmeden gerçekleştirecekse suç işleme kararı vardır²³.

FYM'nin kararlarından örnekler²⁴: Kürtaj yapmaya karar vermiş fail hamile kadını kürtaj olmaya uygun olup olmadığını anlamak için muayene eder; bu muayenenin sonucunun pozitif çıkması sonucunda fiili doğrudan icraya başlayacaktır. Bir mezar figürünü çalmaya karar vermiş olan fail, bu figüre onu inceledikten sonra eğer değerli bir madenden yapılmış ise başını çalma niyetiyle yanaşmıştır. Bir sokak kavgasına katılan fail, fiili bir çatışma halinde yenilme tehlikesine karşı bir bıçağı öldürücü şekilde kullanma kararı almıştır. Bir bankayı soymayı kafasına koymuş olan fail, fiilin icrasını o anda gişede müşteri olmamasına bağlamıştır. Fail bir kuyumcuyu soymayı “uygun bir fırsatın çıkması” şartıyla gerçekleştirecektir.

FYM'ye göre, olayların çoğunluğunda suç planının gerçekleştirilmesi hâlâ şartlara bağlı olduğu için, sadece bu bağımlılık yüzünden fiili icra etmek konusunda kesin bir iradenin varlığını prensip olarak reddetmek yanlış olur. Ayrıca pratikte de, objektif olgular üzerinde hala belirsizlikler olmasına rağmen, bu tür subjektif kararlaştırmalar azımsanmayacak kadar çoktur²⁵. Teşebbüs için gereken kararlılık, fail fiili başarıma imkânı konusunda tam emin olamasa bile vardır²⁶. İcra imkânları ve başarı şansı kural olarak kesin bilgiye engel olmaz²⁷. Fail çabaladığı sonuca kesin olarak ulaşamayacağını bilseydi, zaten hareketi yapmaktan vazgeçerdi. Buna karşılık fail, eğer bir başarı şansı görüyorsa, başarısızlık tehlikesinin hesabını da yapabilir. Bu durumlar fiil kararının varlığına engel değildir²⁸.

Buna karşılık, failin, onun iradesinden bağımsız şartın meydana gelmesini veya gelmemesini beklediği durum değil, onu harekete geçirecek motivasyon için bir başkasına ihtiyaç duyması söz konusu olduğunda teşebbüs için gereken kararlılık olduğu kabul edilmemektedir. Hipotetik gerçekler temeline dayanan suç işleme kararının aksine, fail bu tür olaylarda kararın alınmasını başka birinin davranışına bağlamıştır²⁹. Örneğin öldürmeye hazır halde bekleyen kiralık katil olayında bu

²³ Schmidt, ZStW 74, s. 54; Roxin, JuS 1979, s. 2; Roxin, AT, II, § 29 Kn. 84; Kühl, AT, § 15 Kn. 31; Zaczyk, NK, Kn. 15; Rath, JuS 1998, s. 1012; Jescheck/Weigend, s. 515;; Hillenkamp, LK, Kn. 44; Rudolphi, SK, Kn. 5; Eser, SS, Kn. 18.

²⁴ Kararlar için bkz: Schmidt, ZStW 74, s. 54; Hillenkamp, LK, Kn. 44; Roxin, AT, II, § 29 Kn. 84; Rudolphi, SK, Kn. 5; Eser, SS, Kn 18; Kühl, AT, § 15 Kn. 3.

²⁵ Hillenkamp, LK, Kn. 45.

²⁶ Eser, SS, Kn. 19.

²⁷ Kühl, AT., § 15 Kn. 31.

²⁸ Vogler, LK (10 Aufl.), Kn. 16.

²⁹ Vogler, LK 10 (Aufl.), Kn. 15.

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

durum vardır. Şartın meydana gelmesinden önce onun genel olarak bir işi yapmaya hazır olmasından somut bir karar çıkarmak için bir neden yoktur. Kim bu kişiyi harekete geçiriyorsa o azmettiricidir. Azmettiricinin durumu, icrayı sadece mümkün hale getiren veya kolaylaştıranın durumundan farklıdır, çünkü o şartı harekete geçiren kişidir. Örneğin bankanın önünde bekleyerek müşterilerin girmesini önleyen ve böylece içeride gişe önünde bulunan banka soyguncusunun bankayı soyabilmek için bağlı olduğu şartın meydana gelmesini sağlayan kişi yardım edendir³⁰.

“Bilinçli olarak kesin olmayan gerçekler temeli üzerine dayandırılan karar”ın sadece “fiil eğilimi”nden nasıl ayrılacağı konusunda zorluklar çıkabileceği de belirtilerek sınır konusunda çözüm de sunulmaktadır. Maddi konunun, suç için elverişli olup olmadığı hususunun araştırılması/muayene edilmesi ve bunun sonucuna göre fiilin icra edilmeye başlanacağı durumlar çözümün nasıl olacağı konusunda örnek olarak gösterilmektedir. Eğer fail bu araştırmayla/muayene ile fiili işleme fırsatından istifade edip edemeyeceğini tespit etmek istiyorsa henüz suç işleme kararı yoktur. Bu durumda, maddi konu veya elde edeceği ganimetin muhtemel değeri üzerinde tam kanaat edinmeyi, karar almak için hazırlık yapmak olarak değerlendirmek gerekir. Buna karşılık fail, eğer maddi konu işe yarar çıkarsa fiili icra etmeye çoktan karar vermişse- fiil, araştırma/muayene yoluyla icra hareketleri safhasına gelmiş olmak kaydıyla- teşebbüs vardır ve araştırmanın/muayenenin -olumsuz- sonucu olsa olsa failin kararını terk etmesine neden olabilir. Buna göre örneğin, bir uyuşturucu madde alıcısı muhtemel alım konusunda karar vermek için haşhaşın kalitesi hakkında ikna olmak istiyorsa, burada henüz kesin karar yoktur. Buna karşılık fail normal kalitedeki bir haşhaş olması şartıyla 100 gramı için 800 euroya anlaşmışsa, burada kesin karar vardır³¹.

Aynı prensiplerin hırsızlıkta da uygulanabileceği belirtilmekte ve bu konudaki İm. YM, FYM ve yerel mahkemelerin kararlarının yeterli örnek sunduğuna işaret edilmektedir: Örneğin-yukarıda da bahsedildiği gibi- Al. CK. m. 242 (Diebstahl=hırsızlık) belirli bir şeyin alınmasını şart koşmadığından, hırsızlık kastının varlığı için, kastın baştan beri belirli bir şeyin alınması üzerinde veya çalınmaya değer ne varsa alıp götürme üzerinde somutlaşması arasında fark yoktur. Yine, eğer postacı içinde değerli bir şey bulursa bunu almak niyetiyle mektubu açarsa bu durumda da suç işleme kararı/kast vardır. Buna karşılık fail içeriğini test ettikten sonra bir karara varmak istiyorsa veya çeşitli arabaların tekerleklerini hafifçe tekmeleyip test ederek,

³⁰ Hillenkamp, LK, Kn. 46. Farklı görüşte: Rath, JuS 1998, s.1012.

³¹ Hillenkamp, LK, Kn. 47.

direksiyon kilitsiz bir araç bulmayı ümit ediyor ancak o zaman dahi alıp almamaktan tam emin değilse teşebbüs yoktur³².

“Bilinçli olarak kesin olmayan gerçekler temeli üzerine dayandırılan karar” ile ilgili Alman mahkeme içtihatlarından verilen diğer örnekler: Fail, hamile olma ihtimalini düşünerek ceninden kurtulmak için belirli bir araç kullanmıştır; fail bir hükümlüyle, bir tanıdığıının lokantasını eğer hapisten kaçmayı başarabilirse soymak üzere anlaşmıştır; fail, ondan ayrı yaşayan karısını şayet eve dönmeyi kabul etmezse kesin öldürme kararıyla, yaşadığı eve doğru gitmiştir; fail planladığı yağmanın icrasını bir yardım almaya bağlamıştır; fail teslim aldığı parayı sorumlu olduğu hesabı denkleştirememeye ihtimaline karşı burada kullanmayı düşünmüştür; fail hırsızlık tamamlanır tamamlanmaz buradan elde edilecek otomobili satın almak için kararlıdır; fail hırsızlık sırasında mağdurun direnmesi ihtimalini de hesaba katarak, suçun yağmaya dönüşecek olmasına rağmen gerçekleştirme kararı almıştır³³.

c. Vazgeçme çekinceli karar (Tatentschluss mit Rücktrittsvorbehalt): Bu olay grubunda da kesin hareket iradesi (veya suç kararı) vardır. Bu olaylarda yapılan hareketin doğrudan kanuni tipteki fiili sonuçlaması için ayrıca bir karar alınmasına gerek yoktur. Ancak fail baştan itibaren kendiliğinden veya belirli bir şartın meydana gelmesi durumunda icra hareketlerinden geri dönmeyi düşünmektedir. İm. YM.’sinin kararına konu olan bir olayla örnek verilebilir: Kadın önce uyumakta olan kocasını öldürüp öldürmemekte tereddüt geçirir. Sonunda yatak odasına gider, gaz vanasını açar ve yan odaya geçip orada beklemeye başlar. Bu arada gerekirse gaz vanasını kapatıp kocasını kurtarmayı da düşünmektedir. Bir Alman yerel mahkemesinin kararına konu olmuş başka bir olayda; fail küçük bir kıza tecavüz etmek istemektedir ve bu amaçla onu bir bodruma kilitlemiştir. Ancak başından beri, çocuğun ağlaması durumunda girişiminden vazgeçmeyi planlamıştır³⁴. Fidyeye için bir kişiyi kaçırma suçunu işlemek üzere mağdurun kapısını çalan fail, şayet mağdur kapıya küçük çocuğuyla çıkarsa planladığı suçu yarım bırakmak istemiş olsa bile, icraya başlamıştır. Döviz kaçırmak isteyen fail, bu fiilini, ihracat izni zamanında verilirse vazgeçme çekincesiyle gerçekleştirmiştir³⁵. Bu tür olaylarda teşebbüs kabul edilmektedir. Fail sonradan vazgeçerse ancak gönüllü vazgeçme hükümleri çerçevesinde cezadan kurtulma imkanı vardır³⁶.

³² Hillenkamp, LK, Kn. 48.

³³ Hillenkamp, LK, Kn. 49.

³⁴ Roxin, JuS 1979, s. 2.; Schmidt, ZStW 74, s. 70; Hillenkamp, LK, Kn. 51

³⁵ Hillenkamp, LK, Kn. 51; Rudolph, SK, Kn. 5; Jescheck / Weigend, AT, s. 515.

³⁶ Roxin, JuS 1979, s. 2; Roxin, AT, II, § 29 Kn. 85; Kühl, AT, § 15 Kn. 32

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

Bu gruptaki olaylarda failin belirli bir olgunun/gerçeğin meydana gelmesi ya da gelmemesine bağlı olarak suç işleme kararının icrasına devam etmekten vazgeçeceğine dair çekincesinin önemsiz olduğu, gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen maddeden de çıkarılmakta³⁷ ve kesin karara eklenen çözücü şartın kastın varlığını etkilemeyeceği vurgulanmaktadır³⁸. Bütün bu olaylarda suç işleme kararı iç çekinceye tabi değildir. Burada daha çok, failin fiilini bırakmayı ya da mümkün olduğu kadarıyla geri almayı saklı tutması söz konusudur. Vazgeçme çekinceli fiil kararı için, failin kanundaki gönüllü vazgeçmeyle veya etkin pişmanlıkla ilgili bütün şartları tasavvur etmesi değil, sadece failin fiilini belirli şartlar altında bırakmayı veya geriye almayı istemesi gerekir³⁹.

Vazgeçme çekinceli olaylara benzer şekilde değerlendirilmesi gereken bir diğer olay grubu da failin baştan itibaren, örneğin sadece belirli bir şeyi çalma veya belirli bir miktardan azıyla yetinmemeye düşüncesiyle hareket ettiği, ancak başarısızlığı da hesaba kattığı olaylar olarak belirtilmektedir. Eğer beklentileri gerçekleşmemiş ve hayal kırıklığına uğramışsa- örneğin aradığı değerli bir şeyi bulamamışsa veya istediğinden daha az miktara ulaşmışsa- fail teşebbüsünde başarısızlığa uğramıştır. Ancak bu olaylarda kesin fiil kararının olduğunda şüphe yoktur⁴⁰.

Yukarıdaki üçlü ayırımı benimseyen doktrine göre “suç için kararlılık” sorununu onun faaliyete geçirilmesi, özellikle icra başlangıcı sorunundan ayırmak gerekir. Buna göre, ilk olarak “suç işleme kararlılığı” ve “suç işleme kararı” fiilin icrasına doğrudan doğruya başlamaya bağlı değildir. Gerçi bu sorunlar ancak icranın başlangıcıyla ilgili kritik durumlarda “önemli” olarak ortaya çıkabilir. Buradan “iradenin fiili meydana getirmesi gibi, yapılan fiilin de iradenin varlığını göstereceği” sonucu çıkarılmamalıdır. Kesin fiil kararı, henüz hiçbir faaliyette bulunmaksızın, fiilin işlenmesinden günler önce alınmış olabilir. Ayrıca hazırlık hareketleri içinde de bu karar bulunabilir. Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı durumlarda bunlardaki karar teşebbüstekinden farklı değildir. İkinci olarak faaliyete geçirmenin şekli fiil kararının varlığı üzerinde belirleyici olmayabilir. Bir suç işleme kararı durumunda icra başlangıcı olarak görülebilecek bir hareketin fiili tamamlama kararlılığının bir işareti olduğu kesindir. Ancak bu tür olaylarda da tamamlanmayı istemeyen veya hala tereddütte olan bir fail de (ör. kayınpederini öncelikle tehdit amacıyla silahını önünde tutan, öldürme ihtimalini de içinde saklayan failin durumu) söz konusu

³⁷ Rudolphi, SK, Kn. 5.

³⁸ Schmidt, ZStW 74, s. 54; Roxin, JuS 1979, s. 2; Rath, JuS 1998, s. 1006; Eser, SS, Kn. 20.

³⁹ Vogler, LK, 10. Aufl., Kn. 20.

⁴⁰ Hillenkamp, LK, Kn. 52.

olabilir. Bu türlü bir psişik hal sadece hazırlık mahiyetinde olan bir hareketin varlığı durumunda da ihtimal dışı değildir. Örneğin sadece görünüşe göre kürtaj yapılması düşünülen hamilenin, kürtajın eğer hamile 4. ayını doldurmamışsa hemen muayenenin ardından yapılması düşüncesiyle muayene edilmesi durumunda “bilinçli olarak kesin olmayan gerçekler temeli üzerine dayandırılan karar” vardır. Ancak muayene henüz kesin olmayan kararı alabilmek ve tereddütleri gidererek hamileliğin gelişimi hakkında kesin bir kanaat oluşturmak amacıyla da yapılabilir. Bu durumda sadece fiil eğilimi vardır. Üçüncü olarak kesin bir şekilde alınmış kararın faaliyete geçirilmesi mutlaka bir icra hareketi anlamına gelmesi gerekli değildir. Örneğin fiili bir kavgada yenilme tehlikesine binaen rakibini gerektiğinde öldürmek üzere yanına bıçak alan kişi, bıçağı sadece yanına almasıyla kararını faaliyete geçirmeye başlamasına rağmen henüz öldürmenin icrasına başlamamıştır. Aynı şekilde ihracat izninin verilmemesi ihtimaline binaen dövizleri arabasının paspasının içine diken kişide gümrük kaçakçılığı için kesin bir karar vardır. Aynı şekilde bir arabanın ön tekerleklerini ayağıyla vurarak kontrol eden, eğer direksiyon kilidi yoksa çalmayı düşünen kişide de fiil kararı vardır. Ancak fail bu durumlarda, paraları dikmeyle, tekerleklerle vurmaya henüz fiili doğrudan doğruya icraya başlamamıştır. Son olarak failin hırsızlık amacıyla bir eve girmek isteyip ev sahibinin muhtemel direnişini kırmak için yanına kloroform veya mantar tabancası alması, ancak koridorda polis tarafından yakalanması olayında da gaspın başladığını söylemek mümkün değildir. Aynı şekilde hırsızlık sonucu elde edilecek malı satın almak isteyen kişi de hırsızlığın tamamlanmasından önce bu suçun doğrudan icrasına başlamış değildir⁴¹.

3. Üçlü Ayrıma İtirazlar

a. Artz'ın Görüşleri: Yukarıda açıklanan üç psişik durum arasındaki sınırı çizmenin son derece zor olduğuna işaret edilmektedir⁴². Ortaya çıkan sınır problemler nedeniyle, Artz⁴³ hakim öğretiyeye göre fiil eğilimi olarak kabul edilen olayları da eğer fail icra hareketleri evresinde bulunuyorsa kesin karara dahil edilmesini önermiştir. Buna göre, “eğer fail kanuni tipe uygun hareketi daha baştan hedeflemiş, ancak kesin kararını ertelemişse ve bu hazırlığın sonuç için nedensel olduğunu hesaba katmışsa” sadece fiil eğilimi suç işleme kararı için yeterli olacaktır. Ona göre failin bir sonucu hedef edindiği ancak kesin kararı henüz ertelediği olaylarda olası kast vardır⁴⁴. Karar almanın sonraya bırakılarak saklı tutulması, failin bir sonucu hedeflemekle, davranışının kesin karar almadan önce de bir sonuç doğurma ihtimalini göze aldığı

⁴¹ Hillenkamp, LK, Kn. 50.

⁴² Kühn, AT, Kn. 33; Roxin, Jus 1979, s. 6.

⁴³ Artz, JZ 1969, s. 54 vd.

⁴⁴ Artz., JZ 1969, s. 60

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

gerçeğini deęiřtirmez⁴⁵. Artz, bu anlayışın cezalandırılabilirliğin sınırlarını uygun olmayan biçimde genişlettiği itirazlarına da doğrudan doğruya kalkışmanın sınırlı yorumlanmasına işaret ederek cevap vermiřtir⁴⁶.

Ancak Artz'ın görüşleri taraftar kazanmamış ve eleřtirilmiřtir⁴⁷. Buna göre, failin daha sonra vereceği bir karara bağlı olan karar henüz bir suç işleme kararı değildir ve olası kast da değildir. Olası kast da kanuni tipin icrası için şartsız bir kararı gerektirir; burada sadece sonucun meydana gelmesinden emin olmama durumu vardır ve ona özellikle abalananmamaktadır⁴⁸. Diğer yandan, bu yorumda bir haklılık payı olduğuna da işaret edilmiştir. Buna göre, bir suç planına anlam kazandıracak şekilde bir kanuni tipin gerçekleştirilmesini hedeflemek yeterli bir kararlılığın işareti olabilir. Ancak bu urtlemez değildir; çünkü bu hazırlık ve hedeflemenin henüz kesin olmayan bir i temele dayandığı durumlar da olabilir. Bu tür durumlarda kesin bir kararın olduğu söylenemez. Bunun kabul sadece bir fiksiyon olacaktır. Ayrıca hiçbir n karar da alınmış değildir, önemli her şey daha sonra alınacak karara ertelenmiřtir⁴⁹. Gerçekleştirilen hareketlerden kesin bir kararın varlığının hiç tereddütsüz çıkarılamayacağı birçok olay bulunmaktadır. Örneğin A araları bozulan kayınpederi S'yi silahla tehdit etmekte, ama aynı zamanda onu ateşlemek düşüncesini de içinde saklı tutmaktadır. Kayın pederini öldürmeye razı olmuştur. S odaya girdiğinde, A çantadan tabancayı çıkarır, ancak S, A'nın elini bükerek silahı alır. Burada dolu silahın çekilmesi objektif olarak iki anlama gelmektedir; öyle ki bu hareketten hiç tereddütsüz A'nın S'yi hemen vuracağı yönünde bir anlam çıkarılamaz. Burada A'nın silahını çekmekle sadece S'yi tehdit etmek istediği, böylece bu noktada öldürme hareketi bakımından bir kararın olmadığı söylenebilir. Bu durumda A'nın S'yi öldürmeye eğilimi vardır, ancak bu yönde bir kararı henüz oluřmamıřtır⁵⁰.

b. Roxin'in Görüşleri: Alman doktrininde özellikle Roxin şartsız “suç işleme kararı”nın tespiti için yapılan l bölümlenmeye şüpheyile yaklaşmaktadır. Roxin'e göre, bu e bölümlenme yn gösterici olarak faydalı bir yardımcı ve içerik olarak da makuldür. Ancak bir olayın hangi gruba ait olacağını tespit etmek sorunu gibi bazı zayıflıkları da vardır. İkinci gruba giren bir olayın faili kolaylıkla cezalandırılmayan fiil eğilimi grubundan görünebilir. Örneğin bir olayda mezar figürünü inceledikten ve

⁴⁵ Artz, JZ 1969, s. 54, 56. Benzer bir görüşü de Jacobs ifade etmiştir. **JACOBS**, AT, 25 / 30

⁴⁶ Artz, JZ 1969, s. 58.

⁴⁷ Artz'ın görüşünün eleştirileri için bkz. **Roxin**, GS Schröder, s. 151 vd.; **Rath**, Jus, 1998, s. 1012; **Vogler**, LK, 10. Aufl., Kn. 12; **Zaczyk**, Das Unrecht, s. 246.

⁴⁸ **Roxin**, AT, II, § 29 Kn. 95.

⁴⁹ **Hillenkamp**, LK, Kn. 42.

⁵⁰ **Kühl**, AT, § 15 Kn. 35.

diğer olayda hamile kadını muayene ettikten sonra fiili işlemeye kesin karar vermek istediğini iddia edebilir. Failin o tür bir savunması, kararının sabitliği/kesinliği hakkında muhtemelen somut olarak düşünmediği için, tamamen yalan değil, psikik olarak tam açık olmayan bir olayın muhtemel bir yorumu olacaktır. Aynı şekilde vazgeçme çekinceli fail de henüz kesin bir karar vermediğini ve bu nedenle sadece fiil eğiliminin olduğunu kolaylıkla ifade edebilir. Bu nedenlerle, bu öğretici tarafından aranan gereklilik, yani failin içinde hiçbir çekince kalmaması ve böylece “kesin” bir şekilde alınmış bir kanuni tipi gerçekleştirme kararının olması gerektiği görüşüne itiraz etmek gerekir⁵¹.

Roxin’e göre, içtihatlarla ve hâkim doktrine göre yapılan bütün derecelendirme, teşebbüsün varlığı için “olası, dış, failin iradesinden bağımsız” şarta bağımlı olmak kaydıyla beraber “kesin”, diğer bir deyişle sabit ve geri alınmaz bir suç işleme kararının olması gerektiğine dayandırılmaktadır. Ancak failin daha sonraki bir şarta bağlı olarak hareket ettiği veya geri dönme çekinceli olarak hareket ettiği olaylarda kesin bir karardan söz etmek mümkün değildir. Çünkü bütün bu türdeki olaylarda failin zamanından önce kendisini bağlaması için bir zorunluluk yoktur. Gerçekte çoğu zaman onun kendi kararının kesinliği üzerinde bir düşüncesi de yoktur. Böyle bir kararın varlığı ya da yokluğu, sonraki bir zamanda failin az ya da çok beceriyle yapacağı savunmasında buna evet ya da hayır demesine veya hâkimin artık psikik gerçeklere yönelmeyen yorumuna bağlı olacaktır. Böylece bu olaylar arasında sınır koyma çabası da boşa gidecektir⁵². Diğer yandan kim vazgeçme çekincesine sahipse o zaman demek ki failin icrasından henüz “kesin” olarak emin değildir, ancak “suç işleme kararı”ni çoktan almıştır. Kanunun vazgeçme düzenlemesinden de kesin bir şekilde bu çıkarılabilir. Çünkü her gönüllü vazgeçme bir suç işleme kararını içeren teşebbüsü gerektirir. Bir suç işleme kararının kesinliği hala bir vazgeçme imkânı olduğu müddetçe ispatlanamaz⁵³.

Roxin’e göre Arzt’ın bu konudaki görüşleri belki sorunu çözebilirdi. Ancak Roxin onun görüşlerinin de gerçeği tam yansıtmadığını ifade etmektedir. Çünkü her ihtimalin olabilirliliğini açık bırakan tasavvur yani “karar almama” “karar”dan daha zor tanımlanabilir. Bu tür bir tasavvur olası kast da olamaz. Çünkü failin fiilini sonuca götürmek isteyip istemediğini henüz bilmediği bir durumda sonucu onaylayarak göze aldığı ya da ona razı olduğundan bahsedilemez⁵⁴.

⁵¹ Roxin, AT, II, § 29 Kn. 86; JuS 1979, s. 3; GS Schröder, s. 159.

⁵² Roxin, JuS 1979, s. 2.

⁵³ Roxin, AT, II, § 29 Kn. 87.

⁵⁴ Roxin, JuS 1979, s. 3; GS Schröder, s. 150 vd.

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

Roxin, hem psişik gerçeklere hem de kanun koyucunun değerlendirmesine uygun doğru çözümün bu iki görüş arasında bir noktada olduğunu savunmaktadır. İkilemden sadece hukuki olarak kavranabilen, keyfi yorumlardan kaçınan bir suç işleme kararının belirlenmesi yoluyla kaçınılabılır. Buna göre, suç işlemeye iten saikler failin içindeki suç işlemeye engel olan düşüncelerine üstün geldiği zaman, bu anda fail içinde hala son bir şüphe kalsa bile, suç işleme kararını kabul etmek gerekir. Kim sadece suç işleme ihtimali üzerinde düşünüyor veya kararsızlık içinde bocalıyorsa henüz suç işleme kararı yoktur. Ancak kim tereddütlerini aşar şekilde, suç işleme iradesiyle icra hareketleri safhasına girmişse, onun, örneğin hala mevcut olan kaygıları fiil kararının kabulünü engellemez, sadece sonradan şartları varsa gönüllü vazgeçmede değerlendirilir⁵⁵.

Roxin'e göre, bu anlayış insanın ruhi tecrübesine de uygundur: Çünkü çatışma içeren düşüncelerde karar, bir saikin hareketi belirleyen/kesinleştiren üstünlüğü elde etmesiyle meydana gelir; burada karşı saiklerin (örneğin korku, vicdan azabı) tamamen hariç tutulması da söz konusu değildir⁵⁶. Bu değerlendirmelere göre failin içindeki suça engel olan düşünceler, suçun icrasına iten saiklerle eşit veya daha güçlüyse “fiil eğilimi” vardır ve her zaman cezasızdır. Ancak, gerek dış bir şartın meydana gelmesini bekleyen, gerekse belirli bazı durumlarda icrayı bırakmayı isteyen failde suç işleme iradesi bu türden kaygıları geri plana itmişse, bunlar “kesin” olarak giderilmese bile, “suç işleme kararı” vardır. Bu tür bir “ağır basan kararlılığın” adli olarak tespiti, hâkim öğreti tarafından “teorik” olarak aranan, her türlü şüpheden arınmış, arızasız “kesin” bir kararın tespitinden daha az zordur. Çünkü kim icra hareketleri evresine kadar gelmişse onun suçun icrası konusundaki eğilimi her halükarda içinde hala mevcut olabilecek kaygılara ağır basmış demektir; bu durumda suç işleme kararını hiç tereddütsüz kabul etmek gerekir⁵⁷.

Roxin'e göre, fiilin işlenmesine iten saikin mahkemece tespitindeki zorluk, olay sürecinin gerçeğe uygun bir değerlendirilmesiyle kural olarak aşılabilir. Böylece tipik bir şekilde suçu işleme iradesinin ağır basmasından hareket edilebilir. Burada kanuni tipin gerçekleştirilmesine başlanmasını ifade eden dış bir harekette bulunmaktadır.

⁵⁵ **Roxin**, AT. II, § 29 Kn. 87- 88; GS Schröder, s. 159, 161; JuS 1979, s. 3. Aynı görüşte: **Kühl**, AT., § 15 Kn. 36; **Eser**, SS, Kn. 18; **Vogler**, LK (10. Aufl.), § 22 Kn. 4; **Rudolphi**, SK, § 22 Kn. 5; **Günther**, JZ 1987, s. 22; **Rath**, JuS 1999, s. 1012; **Jacobs**, AT., 25, Kn. 29 Zaczek ise bu tanımları sadece eğer doğrudan doğruya başlamayı gösteriyorsa yeterli görmektedir. **Zaczyk**, Das Unrecht, s. 246.

⁵⁶ **Roxin**, AT. II, § 29 Kn. 89.

⁵⁷ **Roxin**, JuS 1979, s. 3. Roxin savunduğu görüşün özellikle iştirakte azmettirme ve psişik yardım bakımından daha isabetli ve sorunları çözücü olacağı kanaatinde. Bkz. **Roxin**, GS Schröder, s. 154 vd; AT., § 26 Kn. 65 vd. Eleştiri için bkz. **Hillenkamp**, LK, Kn. 43

Örneğin hırsızlık düşüncesiyle yabancı bir eve girmiş olan sanık, henüz çalma konusunda kesin bir kararının oluşmadığı, kafasında tereddütler olduğu iddiasını ileri süremez. Çünkü eve girme hareketinde suçu işleme iradesinin ağır bastığı kendisini göstermektedir. Bir kadını, tecavüz etmek amacıyla zorla yere yatıran sanığın, henüz tecavüz kararının tam oluşmadığı, belki de vazgeçeceği iddiası dinlenmez; çünkü yaptığı harekette suç işleme iradesi ağırlıklı olarak ortaya çıkmıştır⁵⁸. Aynı şekilde hırsızlık yapmayı düşündüğü köşkün önündeki bekçi köpeğine zehirli yiyecek veren failin olayında da artık sadece fiile eğilim yoktur; çünkü fail mağdurun alanına o kadar yoğun bir şekilde girmiştir ki, burada en azından ağırlıklı olarak suç işlemeye karar verilmiştir⁵⁹.

Diğer yandan Roxin'e göre ispat zorlukları sadece bir hareketin objektif olarak iki anlamlı olduğu durumlarda ortaya çıkabilir. Şüphesiz, hareketin iki anlamlı olabildiği bu durumlarda zorunlu olarak ağırlıklı suç işleme kararının alındığı söylenemez. Örneğin kim silahını başkasının burnuna doğrultmuşsa ve hemen tetiği çekmek istemekteyse burada öldürmeye teşebbüsün varlığı açıktır. Ancak aynı kişi önce silahla tehdit etmek isteyebilir ve öldürme kararını şimdilik henüz uzak bir ihtimal olarak düşünüyor olabilir; bu durumda olsa olsa § 240 (Al. CK) (Nötigung=Cebir), 241 (Bedrohung=Tehdit) olabilir. Bir olayda A veya B suçunun mu söz konusu olduğu, olayın gelişiminden elde edilecektir. Örneğin fail uzun konuşmalar ve tartışmalar yapıyorsa henüz kesin kararını vermediğine hükmedilebilir. Buna karşılık hızlı bir şekilde ve hiçbir şey söylemeden veya mağdura fark ettirmeden silahı eline alıp doğrultmuşsa ağırlıklı suç işleme iradesinden ve böylece fiil kararından bahsedilebilir⁶⁰.

Aynı durum becerikliliğini denemek için sahtecilik yapan, ancak bunu ileride piyasaya sürme düşüncesini de kafasında barındıran kişi olayında da geçerlidir. Eğer burada somut olarak aldatma ve kullanma amacını gösteren tutamak noktaları yoksa, olsa olsa fiil eğiliminden bahsedilebilir. Ancak yapılan sahtecilikle gerçekleştirilmesi düşünülen suç planının bir parçası oluşmuşsa bu durumda kamuyu aldatma amacını ve böylece sahtecilik için ağırlıklı suç kararını kabul etmek gerekir⁶¹.

Diğer yandan hazırlık hareketleri de bir fiil kararının varlığını gösterebilir. Örneğin kim ihracat başvurusunun kabul edilmeme ihtimaline binaen, sınırdan kaçırmak üzere bir paspasın içine para koymuşsa bu hareketi onun ağırlıklı fiil kararının

⁵⁸ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 90.

⁵⁹ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 96.

⁶⁰ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 91.

⁶¹ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 92.

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

olduğunu gösterir. Burada sadece fiil eğilimi olduğundan yani bir şartlı bir fiil kararı olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Şüphesiz kaçakçılığın icrasına henüz başlanmadığı için sonuçta ceza verilmeyecektir. Ne ölçüde hazırlık hareketlerinden bir suç işleme kararının çıkarılabileceği, bu nedenle pratik olarak çok fazla bir öneme sahip değildir, bu nedenle de ayrıntılı olarak ele alınması da gerekmemektedir. Bu ihtimal ancak hazırlık hareketlerinin istisnai olarak cezalandırıldığı durumlarda olabilir⁶².

Sonuç

Teşebbüsün varlığı için objektif bakımdan bir suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerekli ancak yeterli değildir. Aynı zamanda sübjektif unsurun diğer bir deyişle manevi unsurun da varlığı zorunludur. Bu bakımdan failin bir suç işleme kastına sahip olması gereklidir. Tamamlanmış suçlarda kastın varlığını belirleme bakımından genel kurallar bulunmamakta, her olay bakımından, failin dış dünyaya yansıyan hareketlerinden kastın bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Teşebbüs halinde kalmış suçlar bakımından bu araştırmanın biraz daha zorlaştığını kabul etmek gerekir. Zira failin dışa yansıyan hareketleri henüz bir sonuca ulaşmamıştır ve bir suça yönelip yönelmediği, yönelmişse hangi suça yöneldiği konusunda farklı yorumlara kapı aralayacak nitelikte olabilmektedir. Bu konuda, Alman doktrininde, bir takım genellemelere ulaşabilmek amacıyla bir sınıflandırma yapılmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda hazırlık hareketleri evresinden icra hareketleri evresine geçiş aşamasında failin içinde bulunabileceği hangi psişik durumlarda kastın varlığının kabul edileceği incelenmiştir. Doktrin bir kısmı üçlü bir ayırım yapmış ve failin içinde bulunabileceği üç farklı psikolojik durumu ele alarak bu durumlarda kastın söz konusu olup olmadığı ortaya koymak istemiştir. Bir kısım yazarlar ise bu üçlü ayırma karşı çıkmış ve kendi görüşlerini ifade etmişlerdir.

Biz yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız üçlü ayırımı benimsememekte, bu ayırma karşı çıkan Roxin'in görüşlerine genel olarak katılmaktayız. Kanaatimizce Roxin üçlü ayırma şüphesiz bakmakta haklıdır. Gerçekten kasta ilişkin araştırma sonradan, dış dünyaya yansıyan hareketlere göre yapılacağı için failin durumunun hangi olay grubuna girdiği konusunda önceden bir belirleme söz konusu değildir. Ayrıca bu konuda fail de yanıltıcı yönlendirmelerde bulunabilir. Diğer yandan gerçi Roxin'in, failin içindeki fiile iten saiklerin engel düşüncelere ağır basması şeklinde özetlediği durumu -Roxin'in kendisinin de itiraf ettiği gibi- yine failin iç dünyasını araştırmakla ilgili olduğu için kesin bir şekilde tespit etmek kadar

⁶² Roxin, AT. II, § 29 Kn. 93.

zordur. Ancak Roxin de bu düşüncelerin nasıl araştırılacağını açıklarken failin dışa yansıyan hareketlerine atıf yapmaktadır. Gerçekten bugünkü teknolojiye göre failin iç dünyasını tespit etmek imkânı halen mevcut olmadığına göre kastın varlığı ya da yokluğu gerçekleştirilen hareketlerden çıkarılacaktır. Dolayısıyla manevi unsurun var olup olmadığının tespiti ister istemez fiille sıkı sıkıya bağlantılıdır. Teşebbüs halinde kalmış suçlarda tamamlanmış suça oranla bu tespiti yapmak daha zor olsa da, bu konuda bütün olaylar için geçerli olan ölçütler söz konusu olmadığına göre, her olay için ayrı değerlendirme yapılacaktır. Kastın varlığını anlayabilmek için dışa yansıyan bir takım hareketler gerektiğine göre, dışa yansıyan bu hareketlerin değerlendirilmesi yoluyla failin içinde bulunduğu durumda kasta sahip olup olmadığı belirlenecektir. Gerçekleştirilen hareketlerin yorumundan kastın varlığı çıkarılabiliyorsa cezaya hükmedilecek, yok çıkarılamıyorsa ceza verilmeyecektir. Hâkimin manevi unsuru araştırma faaliyetinde de “sanık şüpheden yararlanır” ilkesi geçerli olacak, maddi unsur gibi manevi unsur da şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilemezse mahkûmiyet kararı verilemeyecektir. Bu bakımdan unutulmamalıdır ki, ceza muhakemesinde aranan gerçek mutlak değil maddi gerçektir.

KAYNAKÇA

- ARZT, Günther : Bedingter Entschluss und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, s. 54 vd. (JZ)
- BAUMANN, Jürgen/ WEBER, Ulrich/
- MITSCH, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003. (AT)
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir
: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994
- ESER, Albin : Versuch, in: Schönke / Schröder Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Auflage, München 2001. (SS)
- FEYZİOĞLU, Metin : Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig: Der Versuch des raeuberischen Angriffs auf Kraftfahrer, JZ 1987.
- HILLENKAMP, Thomas: § 22 Versuch, in Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 11. Auflage, Berlin 2003.(LK)
- JACOBS, Günther :S trafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin-Newyork, 1991. (AT)
- JESCHECK, Hans Heinrich/
- WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin1996. (AT)
- KUHL, Kristian : Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 2002. (AT)
- OTTO, Harro : Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Auflage, Berlin 2000.
- RATH, Jürgen : Grundfaelle zum Unrecht des Versuchs, JuS 1998, s. 1106 vd. (JuS 1998)

Önder TOZMAN

- ROXIN, Claus :Strafrecht-Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003. (AT II)
- Tatenschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979, s. 1 vd.(JuS 1979)
- : Über den Tatenschluss, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, Münschen 1978, s. 145 vd. (GS Schröder)
- RUDOLPHI, Hans –Joachim : §22 Versuch, in: Systematischer Kommentar zum Strafgezetzbuch, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977. (SK)
- SCHMİDT, Werner :“Bedingter Handlungswille” beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, ZStW 74 (1962), s. 48 vd. (ZStW 74)
- VOGLER, Theo : §22 Versuch, in Leipziger Kommentar (LK) Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage, Berlin 1985. (LK 10. Aufl)
- WESSELS, Johannes /
- BEULKE, Werner : Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 33. Auflage, Heidelberg 2003. (AT)
- ZACZYK, Rainer : Versuch, Rücktritt, in Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Baden Baden 2005. (NK)
- :Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin 1989. (Das Unrecht)