

## İŞLENEMEZ SUÇ (1)

Asistan Köksal BAYRAKTAR

### GİRİŞ :

Şartları ve cezalandırılabilmesi uzun zamandanberi tartışılan «işlenemez suç'un» konu olarak seçildiği eserin incelemesini iki bölüme ayırarak yapmağa gayret ettik.

İlk bölümde eserin özeti yapılmıştır. Çeşitli konulardaki tartışmaların fazlalığı, ve dolayısıyla bunları yeterince açıklayabilme çabası, bölümün kapsamını genişletmiştir. Özette eserin plânına tamamen uyulmuş, eser olduğu gibi aksettirilmeğe çalışılmıştır.

İkinci bölümde, sayın yazarın çeşitli konulardaki görüşleri incelenmiş, ve bu görüşler karşısındaki tutumumuz belirtilmiştir. Tutumumuzun ortaya konmasında özellikle sayın Dönmezer - Erman'ın eserlerinden yararlanılmıştır. Bu nedenle bu ikinci bölüm Türk Hukuk Doktrininin iki önemli eserinin karşılaştırılması niteliğini de taşımaktadır.

### BÖLÜM I. ESERİN ÖZETİ :

A — *Giriş - İşlenemez Suçun Komşu Konularla İlişkisi - İşlenemez Suçun, Suç Teorisindeki Yeri - İşlenemez Suç ve Teşebbüs :*

Suç yolunda kullanılan vasıtanın, yapılan hareketin elverişsiz olması veya suç mevzuununun yokluğu dolayısıyla meydana gelen du-

---

(1) Uğur Alacakaptan, İşlenemez suç, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından, 133 sayfa.

rumun «işlenemez suç» deyimi ile nitelendirilmesi uygun olmaktadır. Böylece meydana getirilmek istenen suçun işlenemezliği, olayın «teşebbüs» karşısındaki bağımsızlığı belirtilmektedir. İşlenemez suç hakkında kesin bir tanım verebilmek ancak konunun ayrıntıları ile incelenmesinden sonra mümkün olabilir. Gerçi, İtalyan ceza kanunu gibi işlenemez suçu açık olarak belirten hukuk sistemlerinde bu tanımın hemen verileceği düşünülebilir. Fakat İtalyan doktrininde dahi tanım verilmek istenirken işlenemez suçun sözde (mefruz) suç ile ilişkileri tartışmalara sebep olmuştur.

*Manzini*'ye göre işlenemez suç, sözde suç'un anlamı içindedir. Sözde suç, cürmî irade ile ceza hukuku yönünden önemsiz bir fiilin veya gerçekleşme imkânı olmayan bir suçun gerçekleştirilmesine teşebbüs edilmesidir. Ceza kuralının varlığında, suçun kurucu unsurlarında veya cezalandırılabilme şartlarında yanılma ile suçun tamamlanma imkânında yanılma aynı başlık altında, sözde suç başlığı altında toplanabilir. Çünkü bütün bu hallerde suç gerçekte değil failin muhayyilesinde mevcuttur.

*Bettioli*'a göre de işlenemez suç sözde suçun bir şekli olarak kabul edilmelidir. Sözde suç hukukî yanılmaya ve fiilî yanılmaya dayanan sözde suç olmak üzere ikiye ayrılır. İşlenemez suçta düşünülen suç hareket unsurunun veya hukukî menfaat gibi suçun önşartının yokluğundan gerçekleştirilememektedir. Fail bu unsur veya önşartın varlığında, elverişliliğinde hataya düşmektedir, dolayısıyla işlenemez suç fiilî yanılmaya dayanan bir sözde suç şeklini meydana getirmektedir.

*Vannini*, sözde suçu, dar ve geniş anlamda olarak ikiye ayırmakta ve işlenemez suçun, yanılarak suç sanılan fakat aslında suç teşkil etmeyen bir fiilin işlenmesi olarak tanımlanan geniş anlamda sözde suç hipotezleri arasında bulunduğunu belirtmektedir.

*Valsecchi* gerek sözde suç, gerek işlenemez suç arasında, ceza kanununda belirtilmiş sonuçların gerçekleşmesi imkânsızlığı yönünden ortak bir niteliğin bulunduğunu ileri sürmektedir.

Bu görüşlerin aksine, *Carnelutti* sözde suçu işlenemez suç kavramı içinde incelemektedir. Yazara göre sözde suçta, hukuken zararlı bir sonuç meydana getirilmek istenmesine rağmen, netice bu nitelikte değildir; aslında fiilin yaratıcısının düşüncesinde de suçun kurucu nitelikleri bulunmamaktadır. Bu açıdan işlenemez suçun şe-

killerinden yalnız mevzuun yokluğu sözde suç niteliğini gösterir. İşlenemez suçun diğer şekli olan hareketin veya vasıtanın elverişsizliğinde ise netice, teşebbüsten nitelik olarak değil sadece nicelik yönünden ayrılır ve sözde suç ile arasında bir benzerlik bulunmaz.

Bu görüşlerden sonra *Alacakaptan* kendi düşüncesini belirtmektedir. Sayın yazara göre «sözde suç ile işlenemez suç, ayrı kavramlardır. Her ikisini ayıran en doğru ölçü, failin tasavvur ettiği ve gerçekleştirmek için harekete geçtiği neticenin, kanunda suç olarak gösterilmiş olup olmamasıdır. Şayet ceza kanunu yönünden önemsiz bir fiili fail suç sanarak hareket etmişse sözde suç; fakat kanunda suç olarak belirtilen sonuç mevzuun yokluğu veya hareketin elverişsizliği dolayısıyla gerçekleşmemişse işlenemez suç vardır.»

Sınırı bu şekilde çizilen işlenemez suç kavramının içinde, fiilî yanılma hallerinin varlığını da kabul etmek gerekir. Başkasının malı sanısı ile kendi malını almada, onsekiz yaşından küçük sanılan reşit bir kadınla cinsî münasebette bulunmada, suçun mevzuu bulunmamaktadır, dolayısıyla suçun unsurlarında yanılma bir işlenemez suç şekli meydana getirmektedir.

Fiilî yanılmayı işlenemez suç olarak kabul eden *Alacakaptan*'a karşı *Sabatini*'nin aksi görüşü savunduğu görülür. *Sabatini*'ye göre fiilî yanılma bir sözde suç şeklidir. Hukukî yanılmada olduğu gibi burada da fiil hukuken meşru veya önemsiz bir neticeye yönelmekle meşrudur ve suç'un mevzuu sadece kastedilenden farklı bir nitelik taşımaktadır. İşlenemez suçta ise fiil kanunen suç sayılan bir neticeye yöneldiği, gayrî meşru olduğu gibi, suçun mevzuu'da tüm olarak yoktur.

*Alacakaptan* *Sabatini*'nin görüşünü kabul etmemektedir. Sayın yazara göre fiilî yanılmadaki mevzu kanunun öngördüğü şartları taşımamakta, dolayısıyla mevzu var olma niteliğinden yoksun bulunmaktadır. Mevzuun hiç bulunmaması ile bulunmasına rağmen kanunen aranan şartlardan yoksun olması arasında hukuken fark yoktur. Ayrıca bazı somut örneklerde, fiilî yanılmada hareketin gayrî meşruluğu tespit edilebilmektedir.

Suç mevzuunu daha yakın bir açıdan inceleyen bilimciler işlenemez suçtan ayrı, bir görünüşte suçun varlığını savunmuşlardır. Bunlardan *De Marsico*'ya göre görünüşte suç, aktif veya pasif süjede, veya mevzuda önceden meynana getirilen yokluk dolayısıyla,

gerçekte meydana gelmemiş olmasına rağmen, görünüşte kanundaki tipe benzer bir sonucun meydana getirilmesinde söz konusu olmaktadır. Bu durumda mevzu bilinerek yok edilmektedir, işlenemez suçta ise mevzu kendiliğinden mevcut değildir; her ikisi birbirinden farklıdır.

*Alacakaptan* görünüşte suçu işlenemez suç olarak kabul etmektedir. Çünkü bu faraziyede de hareketin elverişsiz hale geldiği veya mevzuun yok olduğu görülmektedir.

Acaba işlenemez suçun suç umumî teorisindeki yeri nedir? Soru çeşitli şekillerde cevaplandırılmıştır:

İşlenemez suçu manevî unsur içinde inceleyen bilimcilere göre fail, bu durumda, anlama ve isteme kabiliyetinden yoksundur; failde bir irade değil belirlilik kazanamamış bir itiş vardır. *Alacakaptan*, failde, iltibasa mahal vermeyecek şekilde, suça yönelmiş bir iradenin varolduğu gerekçesi ile bu anlayışı kabul etmemektedir.

Diğer bazı yazarlara göre işlenemez suç, teşebbüs nazariyesi ile birlikte incelenmelidir. Teşebbüsün şartlarından biri elverişli vasıtalar kullanma olunca, işlenemez suç teşebbüsün olumsuz şekli olarak belirmektedir.

İşlenemez suçun, tipiklik unsuru içinde bulunduğu da ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre elverişlilik tipik fiilin bir vasfıdır. Fiilin tipikliği ancak elverişli hareketin varlığı ile mümkün olabilmektedir. Hareketin elverişliliği de, failin hazırladığı uygun vasıta ile ulaşmak istediği gayeye yönelmesi ile gerçekleşmektedir.

Elverişliliği, failin iradesi açısından değerlendiren bu görüş *L'Innocente* tarafından eleştirilmiştir. Çünkü elverişlilik failin iradesi açısından değerlendirilirse, sübjektif yönden elverişli sayılmayan fakat objektif yönden elverişli olan bir fiilin tipik olmadığı söylenebilecektir. Sübjektif elverişlilik tipiklik içinde bulunamaz.

*Alacakaptan* gaî hareket nazariyesini benimseyerek, hareketi yapılmasındaki gaye ile birlikte ele almakta ve elverişliliği hareketin tipik olması için varlığı gerekli bir unsur saymaktadır. Böylece işlenemez suç müessesesinin suç umumî nazariyesinde tipiklik unsurunda yer aldığını kabul etmektedir.

Teşebbüs ve işlenemez suç arasında çeşitli ilişkiler kurmak mümkündür. Manevî unsur yönünden her iki durumda da, kanunda belirtilen neticeye ulaşma iradesinin varlığı ile karşılaşılır; fakat bu irade teşebbüste failin dışındaki bir manî sebep ile, işlenemez suçta

ise hareketin, vasıtanın elverişsizliği mevzuun yokluğu dolayısıyla engellenmektedir. Maddî unsur yönünden hareketin varlığı her iki durumda görülmekle beraber, teşebbüste hareket elverişli, işlenemez suçta ise elverişsizdir ve hukuken korunan menfaatin ihlâli imkânsızdır. Ayrıca ihmal suretiyle icra suçlarında, suça ihmal ile teşebbüs mümkün olmasına rağmen, vasıtanın elverişsizliği dolayısıyla işlenemez suçun ihmalî hareketle meydana getirilmesi imkânsızdır.

Her iki müessesenin kabahat yönünden de ayrıldığı görülmektedir. Kabahat, bazı ceza kanunlarındaki açık hüküm gereğince, teşebbüse elverişli değilken, işlenemez suç kabahatlerde de mümkündür.

Diğer bir fark taksirli suçlar yönünden bulunmaktadır. Taksirli suçlar teşebbüse elverişli değilken, işlenemez suçun taksirle de işlenebileceği doktrinde *Conci* ve *Neppi Modona* tarafından ileri sürülmüştür. *Sabatini*'ye göre ise işlenemez suça özelliğini veren suç işleme niyetidir, dolayısıyla taksirle işlenemez suç bağdaşamaz.

*Alacakaptan* taksirli işlenemez suçun var olabileceğini kabul eder gibi görünmektedir. İşlenemez suç, suçun tamamlanamaması durumudur. Suçun kastlı veya taksirli olması önemli değildir.

### B — İşlenemez Suçun Cezalandırılması Problemi :

İşlenemez suça ceza müeyyidesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır. Bu tartışmalar cezalandırmayı uygun karşılayan ve karşılanamayanlar olarak iki bölüme ayrılır.

İşlenemez suçun cezalandırılması gerektiği görüşünü savunan *sübjektif nazariye*'ye göre teşebbüste, kanunda tanımlanmış fiil gerçekleşmediği halde fail cezalandırılmaktadır. Böylece teşebbüste cezalandırılan yarıda bırakılmış icra hareketleri değil, failin cürmî iradesidir. Bu cürmî iradenin, failin elverişli olduklarına inandığı hareketler, vasıtalar ile dış dünyada belirmesi ile teşebbüs gerçekleşir. Elverişlilik hakkında objektif bir değerlendirmenin önemi yoktur. Teşebbüs ve işlenemez suç ayrı niteliklere sahip değildir.

Sübjektif nazariyeye karşı, bu nazariyenin fiilî gerçekler ve neşafet duygusu ile çatışma halinde olduğu, teşebbüsün alanını genişlettiği, illiyet rabıtası kavramını reddettiği, kanunilik ilkesini bir yana bıraktığı ileri sürülmüştür.

Cezalandırmayı benimseyen diğer bir görüş olarak *Sübjektif tehlike nazariyesi* bulunmaktadır. Buna göre teşebbüste cezalandırılan failin ahlâkî kötülüğünün belirliğidir. Şayet haricileşen cürmî irade ile bu husus ortaya çıkıyorsa, vasitanın, hareketin elverişli olup olmadığına bakmaksızın, ceza müeyyidesi uygulanmalıdır.

Nazariyeye karşı suç ile tehlikeliliğin tamamen ayrı kavramlar olduğu, açık olmadığı belirtilmiştir.

İşlenemez suçun cezalandırılmamasını savunan iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan *Objektif Nazariye*'ye göre ceza müeyyidesinin uygulanabilmesi için bir hakkın ihlâl edilmesi veya bir zarar tehlikesine sebebiyet verilmesi gerekir. Teşebbüs, bir bütün olan suçun bir parçası olduğu, bir hakkı ihlâl ettiği veya tehlikeye düşürdüğü için cezalandırılır. Aksi halde mevzuun yokluğu veya vasitanın elverişsizliği dolayısıyla, hakkı ihlal etmeyen teşebbüsü cezalandırmak haksız bir davranış olur. Elverişsiz hareket ile açığa vurulmuş cürmî irade aynı değerdedirler, hukuken önem taşımazlar.

Nazariye çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Teşebbüsün alanını çok daralttığı; elverişliliğin hareket ile netice arasında illiyet rabıtasını belirttiği, dolayısıyla elverişli olmayan hareket ile de icraya başlanabileceği; elverişliliğin objektif ve soyut olarak değil, olaylara göre somut olarak tespit edilmesi; failin kişiliğinin hiçbir zaman ihmal edilmemesi gerektiği; teşebbüste cezalandırılan şeyin kişinin bağımsız davranışları olduğu, failce bilinmeyen bir takım sebeplerden dolayı ona ceza verilmemesinin doğru olmadığı, belirtilmiştir.

Diğer bir görüş olan *Hukukî İmkânsızlık Nazariyesi* taraftarlarına göre tipe uygunluk suçun mevcudiyetinin temel şartıdır. Fiilin cezalandırılabilmesi için tipikliği meydana getirecek yeterlilikte olması gerekir. Aksi takdirde hareketin elverişsizliği veya mevzuun yokluğundan dolayı suçun meydana gelmesi hukuken imkânsızsa cezanın verilememesi gerekir.

Nazariyeye karşı çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür. Bunlara göre: nazariyenin cezasızlık gerekçeleri teşebbüste de uygulanabilir, oysa teşebbüs cezalandırılmaktadır, bu nazariye hareketin kanunca önemsiz olduğu serbest hareketli suçlarda uygulanamaz.

*Alacakaptan*'a göre ise işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması sorunu ile hareketin elverişsizliği veya mevzuun yokluğu konusu farklı kavramlardır. İşlenemez suçta, failin elverişsizlik veya yokluğu bildiği durumlar müstesna, yerine göre ceza veya emniyet tedbiri uygulanacaktır. Fail bu durumda suç işleme kastıyla

hareket etmekte, kişiliği dolayısıyla toplum için tehlike teşkil etmektedir. Teknik hukuk açısından faile ceza verilememesi durumu, konuyu düzenleyen bir kanun maddesinin kabulü ile giderilebilir.

### C — İşlenemez Suçun Unsurları :

#### Hareketin Elverişsizliği :

Hareketin elverişsizliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bunlardan *Klâsik Nazariye*'ye göre elverişsizlik mutlak ve nisbi olarak ikiye ayrılır. Şayet kullanılan vasıta ile hiçbir zaman ve hiçbir şart altında neticenin meydana gelmesine imkân yok ise, elverişsizlik mutlaktır; buna karşılık belirli şartlar, hareketin yapıldığı zaman veya suçun pasif süjesi dolayısıyla hareket, neticeyi meydana getirememişlerse elverişsizlik nisbidir.

Nazariye çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Nazariyenin hareketi soyut olarak inceleyerek hataya düştüğü, çünkü her somut duruma göre hareketin değerlendirilmesi gerektiği; ve nazariyenin soyut mutlak imkânsızlıkla işlenemez suçun alanını çok daralttığı ileri sürülmüştür.

*Yetersizlik Nazariyesi* değişik bir kıstas vermektedir. Şayet kullanılan vasıta, somut olayda, failin taşıdığı kastla ulaşmak istediği netice arasına girebiliyor, neticenin meydana gelmesini önliyorsa elverişsizdir. Elverişsizlik failin hareketi meydana getiriş tarzına bakılarak tayin edilir, dış şartlar gözönüne alınmaz. Yetersizlik elverişsizlikten farklıdır. Yetersizlik somut olayda hedefe ulaşmağa yetecek gücün yokluğudur ve yetersizlikte fail teşebbüs kuralları ile cezalandırılır.

Nazariye eleştirilerden kurtulamamıştır. Vasıta somut olarak değerlendirildiğine göre elverişsizlik ile yetersizlik arasında bir farkın olmadığı; ve klâsik nazariye gibi işlenemez suç sınırlarını fazlasiyle daralttığı ileri sürülmüştür.

*Somut Tehlike Nazariyesi*; *Carrara*'nın *pericolo corso* (gerçek tehlike) ilkesinde temelini bulan bu nazariye hareketin elverişliliğini olayla ilgili bütün somut şartları dikkate alarak değerlendirmektedir. Ve bu değerlendirme «ex ante», «hareketin yapıldığı anda» bilinebilen ve tahmin olunabilen şartlara göre yapılmaktadır.

Ana hatları böylece belirtilen nazariye içinde, çeşitli bilimciler değişik görüşler ileri sürmüşlerdir. Örneğin *Vannini*'ye göre hare-

ketin elverişli olup olmadığı, önce hareketin somut şartlar içinde neticeyi meydana getirmeğe elverişli olduğunun tespitinden sonra, neticenin vukuunu kesinlikle önleyecek şartların bulunup bulunmaması ile tespit edilecektir. Neticenin meydana gelmesini önleyecek sebeplerin varlığı halinde bunların bilinebilmesi, öğrenilebilmesi mümkün ise hareket elverişsizdir; neticeyi önleyen sebeplerin kimse tarafından bilinmemesi halinde ise hareket elverişlidir.

*Fiore* daha genel bir kıstas kabul etmiştir. Hareketin başlangıcında veya devamında ortaya çıkan sebepler neticenin meydana gelmesini önlemişse hareket elverişsizdir. Neticeyi önleyen şartlar arasında bir ayırım yapmamak gerekir.

*Antolisei*'in ileri sürdüğü görüşe göre hâkim, failin hareketi yaptığı zamana doğru gidecek ve vasat bir insan tarafından bilinebilecek ve failin özel bilgisi içinde kalan hususları dikkate alarak, hareketin gerçekleştirilmek istenen netice bakımından uygun olup olmadığını araştıracaktır. Hareketin uygunluğu, elverişliliği meydana getirecektir.

*Scarano* uygunluk ve elverişliliğin birbirinden farklı kavramlar olduğunu ileri sürmektedir. Hareketin elverişliliği, hareketin, failin düşündüğü gayeye ulaşabilme imkânı ile ilgili iken; hareketin uygunluğu ise hareketin zararlı veya tehlikeli bir netice meydana getirebilme yeteneğidir. Elverişlilikte yalnız hareket ve hareket ile failin ilişkileri, failin hareketi ile neticeyi öngörebilmesi gözönünde bulundurulurken; uygunlukta dış şartlar ve neticenin gerçekleşebilirliği uygunluk kıstası çerçevesinde incelenecektir. İşlenemez suç meydana getiren elverişliliğin tespitinde tesadüfî, geçici şartlar değil, vasıtanın objektif özelliği dikkate alınacaktır.

Sayın *Alacakaptan* bu konuda değişik bir kıstas ileri sürmektedir, buna göre şayet hareket yapıldığı anda somut bir tehlike yaratıyorsa elverişlidir, aksi halde elverişsizdir. Değerlendirmeyi hâkim hareketin yapıldığı ana giderek, normal bir şahsın bilebileceği ve failin bizzat bildiği hususları gözönüne alarak yapacaktır. Gene değerlendirmede tehlikenin derecesi olarak neticeyi meydana getirme ihtimâli dikkate alınarak tespit edilecektir.

**Tahrikçi Ajanın Müdahalesinin, Polisin Aldığı Tedbirlerle sair Korunma Tedbirlerinin Hareketin Elverişliliğine Etkisi :**

Bugün kabul edildiğine göre tahrikçi: «işlenecek fiilden kendisi



için ne dolaylı, ne dolaysız bir çıkarı olmayan, yalnız suçluyu ortaya çıkarmak, adalete teslim etmek kısacası toplum savunmasını sağlamak için harekete geçen» olarak tanımlanmaktadır. Acaba tahrikçi ajanın tahrik ve teşviki ile dış alemde meydana gelen hareket veya fiilin hukukî niteliği ne olacaktır?

Bir görüşe göre, bu sonuç, bir sözde suç'tur. Fakat bu görüş kabul edilemez çünkü tahrik edilenin kasteddiği netice kanun tarafından cezalandırılan neticedir.

Diğer bir görüş olan *mevzuun yokluğu sebebiyle işlenemez suç*'tan da bahsedilemez, çünkü bu halde suçun maddi mevzuu'da mevcuttur.

Bu konuda diğer bir görüş *hareketin elverişsiz olması ile işlenemez suç*'un var olması ile ilgilidir. Fakat bu kıstasa karşı ortaya atılmış bir görüş hareketin elverişsizliğinin her olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunur. *Manzini* değerlendirmede yalnız hareketi alırken, *Vannini* diğer somut olaylarla birlikte elverişliliğin incelenmesini ileri sürmektedir. *Vannini*'ye göre tahrikçinin eylemi, hareketten önce meydana gelmişse olayda hareket elverişsizdir; Tahrikçinin eyleminin hareketin neticelenmesini engellemesi halinde artık elverişsizlikten sözedilemez.

Sayın *Alacakaptan* tahrikçinin katıldığı hareketin bir özelliği olmadığı görüşündedir. Tahrikçi ajanın müdahalesi ile işlenen fiillerde de, suça sevk edilen kimsenin harekete başladığı anda bilinebilen şartlara göre, zararlı veya tehlikeli bir neticenin meydana gelmesi ihtimali mevcut ise hareketin gelişmesini engellemesi *ex ante* değil ancak *ex post* tespit edilebilen bir husustur.

Polisin aldığı tedbirlerin hareketin elverişliliği üzerindeki etkisi de tartışılmıştır. Acaba, girişilen hareketler, polisin hareket dışındaki tedbirleri ile müspet neticelenmediği durumda, elverişsizlikten sözedilebilecek midir?

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre polisin aldığı tedbirler, somut olayda hukuken korunan menfaatin ihlâl edilmezliği sonucunu doğurdukları için, işlenemez suç meydana gelir. Karşı görüş bir ayırım yaparak tedbirin neticeyi mutlak olarak önlediği halde işlenemez suç kabul ederken, neticenin meydana gelmesinin mutlak olarak imkânsız olmadığı durumda aynı hususu benimsememektedir.

*Alacakaptan* olayda genel ilkelere ayrılan bir durumun var olmadığını ileri sürmektedir. Sayın yazara göre *ex ante* yapılacak

bir araştırma hareketin elverişliliği ile sonuçlanacaktır. Çünkü polis aldıkları tedbirler ancak hareketin gelişmesi safhasında ex post tespit edilebilir ve gelişmekte olan bir hareketi durdurma niteliğine sahiptirler.

#### **Mevzuun Yokluğu :**

Bazı yazarlar tarafından mevzuun yokluğunun, hareketin elverişsizliği ile sıkı bağlantısı olduğu ileri sürülmüş ve bu kavram hareketin elverişsizliğinden ayrılmamışsa da, bu iki kavram birbirinden ayırılırlar ve farklı olarak işlenemez suç meydana getirebilirler.

Mevzuun yokluğu ile işlenemez suç ilişkilerinin tespiti yönünden bazı kıstaslar ileri sürülmüştür.

Bunlardan mutlak-nisbî yokluk ayırımına göre şayet işlenilmek istenen suçun mevzuu mutlak olarak, her zaman için yok ise işlenemez suç vardır; buna karşılık suç mevzuu aslında var olmasına rağmen sadece suçun işlenme zamanında mevcut değilse yokluk nisbîdir ve teşebbüs durumu söz konusu olacaktır. Bu ayırım, kıstas, kesin, sağlam olmaması, yok olan bir hususun her zaman veya geçici olarak yok olmasında hukuken bir fark olmaması sebepleri ile eleştirilmiştir.

Bu konuda diğer bir kıstas mevzuun hareketten önceki yokluğunda işlenemez suç, hareketten sonraki yoklukta ise teşebbüsü kabul etmektedir. Ve mevzuun yok olup olmamasının tespitinde, incelenmesine öncelik tanınan husus failin kastının neye müteallik olduğunun araştırılmasıdır. Çünkü mevzuun yok veya var olabilmesi, somut olaylarda, kasta göre değişecektir.

*Alacakaptan* bu konuda elverişsizlik konusundaki görüşüne uyan bir görüşle değişik bir kıstas vermektedir. Buna göre hâkim normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini gözönünde bulundurarak ve belli istatistik kanunları ile id quod plerumque accidit ilkesini ve failin de suç ile ilgili özel bilgilerini gözönünde bulundurarak, hareketin yapıldığı anda, hareketin mevzuunun mevcut olabileceğine ihtimal vermiyorsa ortada işlenemez suç, aksi halde teşebbüs vardır.

#### **D — Türk Hukukunda İşlenemez Suç :**

Türk ceza kanununda işlenemez suçla ilgili açık bir hüküm yoktur. Fakat nakıs teşebbüs ile ilgili 61. maddede «vesaiti mahsusa»

söz konusu edilmektedir. İşlenecek suç dikkate alınarak değerlendirilen elverişlilikte hâkim, normal bir şahsın bilebileceği veya failin bildiği hususları, istatistik kanunlarını, olayın meydana getirildiği anın özelliklerini gözönünde bulunduracaktır. Mevzu hukukumuzda vasıtanın elverişsizliği halinde faile emniyet tedbiri veya ceza uygulanamayacaktır.

İşlenemez suçun diğer hali, mevzuu'nun yokluğu, kanunda yer almamıştır. Yargıtay içtihatları da bir kıstas ortaya koyamamıştır. *Alacakaptan* konunun genel incelemesinde ulaştığı sonucun Türk hukuku bakımından uygulanabileceğini belirtmektedir.

## BÖLÜM II. ESERİN İNCELEMESİ :

### A — İşlenemez Suç ve Benzer Kavramlardan Farkı :

#### 1 — İşlenemez Suç ve Sözde Suç :

*Alacakaptan* şu kıstası ileri sürmektedir :

«Eğer, fail, hukuken meşru olan, başka bir deyişle ceza hukuku bakımından önem taşımayan bir fiili, yanlışlıkla suç sanmış ve o kanıyla işlemiş ise, ortada bir sözde suç vardır... Eğer, failin kasdettiği netice, kanunda suç olarak gösterilmiş bulunmakla beraber, harekete içkin bir elverişsizlik yahut hareketin maddî mevzuunun yokluğu sebebiyle gerçekleşmemişse, söz konusu olan durum bir işlenemez suçtur.» (2).

*Alacakaptan*'ın teknik hukuku esas alarak yaptığı bu ayırım bizce en isabetli ayırımdır. Gerçekten sözde suç ve işlenemez suç farklı kavramlardır. Sözde suçta fail, kanunî tarife uygun bir fiili gerçekleştirdiği zannı ile hareket etmekte fakat gerçekte böyle bir tarif bulunmamaktadır (3). İşlenemez suçta ise failin düşüncesi kanuna uymakta fakat netice hareketin elverişsizliği veya mevzuun yokluğundan gerçekleştirilememektedir. İki müessese, özellikle kanunîlik unsuru bakımından ayrılmaktadırlar.

#### 2 — Fiilî sözde suçun işlenemez suç içinde bulunması :

*Alacakaptan* işlenemez suçun sınırlarını çizerken:

«Doktrinin fiili yanılma sebebiyle sözde suç diye isimlendirdiği hipotezlerin, işlenemez suç konusu içinde incelenmeleri

(2) *Alacakaptan*, s: 9.

(3) *Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, cilt I, İstanbul, 1967, s: 375 - 376.*

gereğini de kabul etmek lâzımdır.» (4) demektedir. Çünkü sayın yazara göre «bu gibi hallerde fail, kanun tarafından suç olarak öngörülmüş bir fiili (hırsızlık) gerçekleştirmek iradesi ile harekete geçmekte, fakat, cürmî netice, mevzuun yokluğu (başkasının malı) yüzünden meydana gelememektedir» (5).

Biz sayın *Alacakaptan*'ın görüşüne katılamamaktayız, çünkü sözde suçun hukukî ve fiilî şekillerinde, kanunda bir tarif verilmediği, dolayısıyla kanunîlik unsuru gerçekleşmediği içindir ki, suç meydana gelmemektedir. Oysa *Alacakaptan*'ın daha önce de belirttiği gibi, işlenemez suçta objektif olarak kanunî unsur mevcut bulunmakta, sırf vasıtanın elverişsizliği veya mevzuun yokluğundan, suç gerçekleştirilememektedir. Bizce, kanunîlik unsuru, suçun mantıkî incelemesinde gözönünde tutulması gereken ilk unsurdur. Kanunun kişinin kendi malını almasını, suç olarak kabul etmemesi kanunîlik unsuru ile ilgili bir husustur; artık mevzuun yokluğu dolayısıyla konuyu bir de işlenemez suç içinde incelememek gerekir.

Ayrıca fiilî sözde suç hallerini işlenemez suç içinde incelemek, kanaatimizce bazı hallerde, hatalı sonuçlar meydana getirebilecektir. Örneğin, kişinin başkasının malı zannı ile kendi malını almasında, yanlış bazı durumlarda tesadüfi bir sebep olabilir. Hareketin elverişsizliği veya mevzuun yokluğunun tesadüfen meydana geldiği hallerde işlenemez suçun kabul edilmediği (6) hatırlanırsa, kanunî tarifte yer almamış bir harekete teşebbüs kuralları uygulanabilecektir.

### 3 — İşlenemez Suçun Suç Umumî Teorisi İçindeki Yeri :

Sayın *Alacakaptan*, işlenemez suçun suç umumî nazariyesi içindeki yerini belirtirken, maddi unsur ve kanunilik unsuru içinde karma bir görüş ileri sürüyor. Yazara göre:

«İşlenemez suçu, teşebbüs konusu içinde ve onun olumsuz bir şekil olarak inceleyen ve halâ büyük bir taraftar kütlesine sahip bulunan geleneksel anlayışın yanlış olduğu söylenemez. Teşebbüsün varlığı için elverişli vasıtalarla icraya başlamak şart koşulunca, vasıta ve hareketlerdeki elverişsizliğin veya

(4) *Alacakaptan*, s: 11.

(5) *Alacakaptan*, s: 12.

(6) *Dönmezer - Erman*, s: 488.

mevzudaki yokluğun teşebbüs nazariyesi ile doğrudan doğruya ilgili bir duruma vücut verecekleri şüphesizdir.» (7) «Bununla beraber, işlenemez suç probleminin, hareketteki elverişsizlik veya mevzuun yokluğu yüzünden kanundaki tipe uygun bir fiilin meydana gelmesinin imkânsız oluşu sebebiyle, suçun tipiklik adını alan unsuruyla olan ilişkisi de inkâr olunamaz.» (8) **Alacakaptan** daha sonra şu sonuca ulaşıyor: «Hareket kavramının, yapılmasındaki gaye ile birlikte gözönünde tutulması takdirinde bir anlam taşıyabileceğini sanmaktayız. Hareket noktamız bu olunca, elverişliliği, hareketin tipik sayılması için varlığı gerekli bir unsur saymamız, başka bir deyişle, elverişsiz bir hareketi, kanunî tipe uygun olmayan bir davranış şeklinde telâkki etmemiz tabiidir.» (9).

Biz sayın *Alacakaptan*'ın, işlenemez suç ile tipiklik arasındaki ilişkilerle ilgili düşüncelerine katılamamaktayız. Elverişsiz harekete hukuken bir önem tanınamayacağı, dolayısıyla, hareket niteliği bulunmadığı içindir ki işlenemez suç maddî unsurun olumsuz bir şeklidir. Ve suç umumî teorisinde, hareketin elverişsizliği yönünden bu unsur içinde yer alır. Fiilin tipik olup olmaması, elverişlilik veya elverişsizliğin sadece olağan bir sonucudur. İşlenemez suç elverişsizlik yönünden öncelikle maddî unsurda yer alır.

Fakat işlenemez suç, yokluk yönünden, kanunilik unsuru içinde yer alır. Suçun maddî mevzuunun bulunmaması dolayısıyla, kanunî tarife uygun bir fiili işlemek imkânsız bir hal almaktadır (10).

#### B — İşlenemez Suçun Cezalandırılması Problemi :

İşlenemez suç failine ceza verilip verilmemesi konusunda sayın yazar şöyle düşünmektedir :

«Kanaatımızca, önemli olan, işlenemez suç failinin, hiçbir şey yapmamış bir kimse gibi başıboş bırakılmamalıdır. Kendisine yerine göre ceza da, emniyet tedbiri de uygulanabilir..... suç ile ceza arasında sıkı bir bağ olduğu, suç olmayan bir fiile ceza verilemeyeceği fikri doğru ise de, birçok yabancı kanunların yaptığını yapmak, işlenemez suç failini de belli sınırlar içinde cezalandırabilmek yetkisini hâkime vermek suretiyle bu engel aşılabilir.» (11).

(7) **Alacakaptan**, s: 19.

(8) **Alacakaptan**, s: 19.

(9) **Alacakaptan**, s: 22.

(10) **Dönmezer - Erman**, s: 378.

(11) **Alacakaptan**, s: 57 - 58.

Böylece sayın *Alacakaptan* İtalyan ceza kanunu 49. maddesinin gerekçesinde belirtilen görüşe katılmaktadır. İşlenemez suç failine emniyet tedbirinin uygulanmasını öngören kanunkoyucu bunu «failin kasdî hareketi ile hukuka aykırı sonuca yönelmesine, ve tehlikeliliğini açıkça koymasına» (12) dayanmıştı.

Sayın *Alacakaptan*'ın olması gereken hukuk yönünden ulaştığı bu sonuca katılamamaktayız.

Ceza herşeyden önce «kişi özgürlüğü» ile yakından ilgilidir. Kanunların yasakladığı hususlar ve karşılık olarak koyduğu cezalar kişinin serbestçe tasarrufta bulunduğu alanı daraltır (13); bu sınırlamanın nedeni toplum düzenini korumaktır. Suç toplum düzenini ihlâlâle yönelmiş bir harekettir. İşlenemez suçta ise kanaatimizce, toplum düzeninin ihlali söz konusu olmamaktadır. Seçilen vasıtanın, yapılan hareketin elverişsizliği veya mevzuun yokluğu dolayısıyla fail «iter criminis» e dahi girmemektedir.

Bizce suç işlemeği düşünen fakat harekete henüz geçmeyen kimse ile elverişsiz hareketler yapan failin durumu arasında bir fark yoktur. Çünkü işlenemez suçta, hukukça önemli sonuç, hiçbir zaman meydana gelmeyeceği için, fail hukukça önemsiz bir durum içinde bulunmaktadır. Onun tehlikeliliği, hareketsiz kalmış bir kimsede bulunabilecek tehlikelilikten farksızdır.

Soyut olarak ileri sürdüğümüz bu görüşün mevzu hukuka hüküm konularak bertaraf edilebilmesinin pek doğru olmadığını düşünmekteyiz. Teşebbüste hazırlık hareketleri nasıl cezalandırılmıyorsa, işlenemez suç faili de cezalandırılmamalıdır. İşlenemez suçta da tıpkı hazırlık hareketlerinde olduğu gibi hiçbir kanun hükmü ihlal edilmemektedir. Ayrıca teşebbüsün cezalandırılabilmesi, işlenemez suçun cezalandırılmasında kabul edilebilir bir sebep değildir. Teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi failin cürmî iradesinin, birçok hareketlerle dış alemde belirmesi ve böylece toplum düzeni bakımından zararlı (14) olmasıdır. Oysa işlenemez suçta failin hareketi toplum düzeni için henüz zararlı bir safhaya gelmemiştir.

(12) Prog. Def. di un nuovo Cod. Pen., Lav. Pre., V/I, no. 63, s: 92.

(13) **Dönmezer - Erman**, s: 20.

(14) **Dönmezer - Erman**, s: 432.

C — İşlenemez Suçun Meydana Gelme İhtimalleri :

### 1 — Hareketin Elverişsizliği :

Hareketin elverişli olup olmaması hakkında *Alacakaptan* ex ante bir değerlendirmeyi kabul etmektedir. Buna göre:

«Failin hareketi yaptığı zamana gidilecek, fail tarafından bilinen veya normal bir şahsın bilebileceği durum ve şartlara göre hareketin neticeyi meydana getirebilip getiremeyeceği incelenecektir. Neticenin meydana gelmesi yönünden, şayet hareket yapıldığı anda somut bir tehlike taşımıyorsa, elverişsizdir; somut tehlikenin varlığının kabul edilebildiği durumda da elverişlilik vardır.» (15).

*Alacakaptan* bu konuda sayın *Dönmezer - Erman* ile birleşmektedir. Sadece *Dönmezer - Erman*'ın netice ile hareket arasındaki iliyet rabıtasının tespitinde, hareketin neticeye göre «uygun ve elverişli» olması ölçüsünü (16), *Alacakaptan*, hareketin somut tehlikeliği olarak nitelemektedir.

### 2 — Mevzuun yokluğu :

Sayın *Alacakaptan* hareketin elverişliliği ile ilgili olarak benimsediği kıstasa uygun bir kıstası da mevzuun yokluğu konusunda ileri sürmektedir:

«Hâkim normal bir şahsın bileşebileceği, veya failin bildiği hususları, çoğunlukla vuku bulan şeyleri, gündelik hayat tecrübelerini gözönünde bulundurarak, hareketin yapıldığı anda, hareketin mevzuunun mevcudiyetinin muhtemel olup olmadığını araştıracaktır.» (17).

Elverişsizliği ve yokluğu belirten bu kıstaslara tamamen katılmaktayız. Uygun sebep nazariyesinin bir uygulaması olan bu kıstaslar, diğer nazariyelerin aksak yönlerini önlemeleri itibariyle, bizce işlenemez suç, teşebbüs ayırımında en uygun kıstastırlar.

(15) *Alacakaptan*, s: 92 - 94.

(16) *Dönmezer - Erman*, s: 487.

(17) *Alacakaptan*, s: 126.

*D — Tahrikçi Ajanın, ve Polisin Aldığı Tedbirlerin Elverişliliğe Etkisi :*

*Alacakaptan* bu faraziyelerde, elverişsizlik konusunda ileri sürdüğü kıstası uygulamaktadır.

«Tahrikçi bir ajanın müdahalesi ile işlenen fiillerde suça sevk edilen kimsenin harekete başladığı anda bilinebilen şartlara göre, zararlı veya tehlikeli neticenin meydana gelmesinin muhtemel olup olmadığı sorusunu sormak gerekir. Bu soru ancak olumlu olarak cevaplandırılabilir çünkü tahrikçinin olaya herhangi bir şekilde karışması harekete elverişsizlik sağlamaz. Çünkü, tahrikçinin faaliyetinin önleyici etkisi ex ante değil ex post tespit edilebilen hususlardır.» (18).

*Alacakaptan*'ın görüşü, uygun sebep nazariyesi esaslarına göre de olumlu niteliğini korumaktadır. Gerçekten polisin aldığı tedbirlere rağmen «günlük hayat tecrübelerine göre failin yaptığı hareketin belirli bir neticeyi meydana getirmeğe uygun ve elverişli olması büyük bir ihtimal dahilinde ise» (19) elverişlilik söz konusu olacaktır.

## SONUÇ

Esaslarını belirtmeğe çalıştığımız «işlenemez suç» un tespitinde hâkimin ex ante bir değerlendirme yapmasını kabul etmekteyiz. Normal bir şahsın bilebileceği şartlara ve, id quod plerumque accidit ilkesine göre bir suçun meydana geleceğine ihtimal verilmemesi halinde işlenemez suç ortaya çıkacaktır

Bizce işlenemez suç failine ceza verilmemelidir. Çünkü henüz toplum yönünden objektif olarak «tehlikeli» bir harekette bulunmamıştır, toplum düzenini ihlal etmemiştir.

Ancak vasıta veya hareketin elverişsizliği, veya mevzuun yokluğunda meydana gelen işlenemez suç ile ilgili görüşün Türk hukukunda da uygulanabileceğini düşünmekteyiz. TCK. 61. maddede belirtilen «vesaiti mahsusa» nın gerçekleşmemesi halinde teşebbüs kuralları uygulama imkânını bulamadığı gibi mevzuu'nun mevcut olmaması halinde de tabii olarak kanunilik unsuru gerçekleşmemektedir.

(18) *Alacakaptan*, s: 106.

(19) *Dönmezer - Erman*, s: 487.