

TEŞEBBÜSTE HAZIRLIK VE İCRA HAREKETLERİ TEFRİKİ

Doçent Sulhi Dönmezer

I. — Giriş

Ceza hukuku, diğer hukuk branşlarından, gaye ve maksadı ve bunları tahakkuk ettirebilmek için muhtevi bulunduğu vasıf ve karakterler, hususiyetlerle ayrılır. Bu hukuk zümresi, kanunsuz suç olmaz kaidesi, dar tefsir esası, hâkimin takdirine diğer hukuk zümrelerine nazaran çok az yer bırakan vüs'atte bir kanunîlik ilh. gibi hususiyetleri yanında, kendisine hüviyetini veren en esaslı farikalarından birini de teşebbüs mevzuunda bulur.

Hususiye hukukunun, borçlar hukukunun merkezî mefhumlarından birini teşkil eden haksız fiiller, müşahhas ve hissölünür bir zararı, daha açık bir tâbirle mağdur aleyhine olmak üzere haricî âlemde husule gelmiş ve yine mağdur tarafından hissölünmüş bir değişikliğin husule gelmesi halindedir ki mevcut bulunur; ve haksız fiilin faili, bu müşahhas zararla fiili arasında maddî ve mânevî bir sebebiyet alâkasının varlığı halindedir ki mezkûr zararın tamir ve telâfisinden mes'uldür.

Halbuki teşebbüs mevzuunda, bilhassa mâkıs teşebbüs halinde (Ceza Kanunu, madde 61), «bir kimse işlemeyi kasdeylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başladığı» fakat «ihtiyarında olmıyan esbabı mâniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş» bulunduğu takdirde — yani suça hedef olan aleyhine olmak üzere müşahhas hiçbir zarar, haricî âlemde müşahhas ve hissölünabilir hiçbir değişiklik husule gelmemiş bulunduğu halde dahi — tecziye olunmaktadır. İyi anlaşalım; bu ibare ile, teşebbüs halinde bir neticenin ve dolayısıyla mesuliyetin esası olmak üzere fiil ile netice arasında maddî bir sebebiyet alâkasının mevcut bulunmadığını söylemek istemiyoruz: teşebbüs halinde de bir netice vardır, bu netice geniş mânada bir tehlikedir; ve mezkûr tehlike ile teşebbüs failinin fiili arasında maddî bir sebebiyet alâka ve münasebeti mev-

cuttur (1). Fakat bu netice müşahhas değildir; ölçülemez, biçilemez, tartılamaz.

Demek oluyor ki teşebbüs, bilhassa nâkıs teşebbüs halinde fail haricî âlemde müşahhas ve görünebilir bir tahavvül, zarar husule getirmemiş bulunduğu halde cezalandırılmaktadır. Halbuki 1789 ihtilâlinde itibaren Ceza hukukunun esasî temayülü tecziye ve tenkilde objektif esaslara en üstün bir yer vermiş, daha açık surette ifadesi lâzımsa bir şahsın cezaen mesul edilebilmesi için kanunda musarrah hareketleri yapmasını, haricî âlemde bir tahavvüle, zarara sebebiyet vermesini, bu zararlar fiili arasında maddî bir sebebiyet alâka ve münasebetinin mevcut bulunmasını evvelî ve esasî bir şart olarak vazeylemiş, bütün bunların tespit ve tahakkukundan sonradır ki suçlunun suç işlediği andaki psikolojik vaziyetine mütaallik şartların müşahhadesi lüzumu istenilmiştir (2). Ve bu suretlerle şahsî hürriyet ve masuniyetin temin olunması arzulanmıştır.

(1) Tahir Taner. *Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1937, sah. 301; Von Liszt *Traité de Droit pénal allemand*, c. I, § 29, II, 3.

(2) Esas teşkilât hukukunun ve bilhassa siyasî rejimlerin tahavvülü ile muvazi olarak Ceza hukuku da değişmekte, yeni inkişafalar almaktadır; aradaki bu muvazilik çok yakın ve samimîdir. Bu karşılıklı inkişafı, tarihî bir seyir içinde belki aşağıdaki safhalara bölmek imkânı vardır: 1) 1789 inkılâbına takaddüm eden devre: bu devre zarfında esasîye hukuku pozitif mevzuat ve kanunlar şeklinde formülleşmemiş, hakikî mânada esas kanun rejimleri teessüs eylememiştir; mezkûr esas kanun vaziyetine Ceza hukukunda tam bir keyfilik tekabül eylemekte, suçların ve cezaların kanunîliği gibi esaslar mevzuubahis dahi olmamaktadır. Fransada 1789 da nihayete eren bu devre memleketimizde Gülhane Hattının ısdarı tarihi olan, 19uncu asrın nısfına kadar devam etmektedir. 2) Bu devrede esas kanun rejimine girilmiş, fertlerin müspet formüller içinde, hak ve hürriyetlerinin tespitine başlanmıştır. Bu vaziyete Ceza hukukunda şiddetli bir kanunîlik, objektiflik, cezalarda kat'îlik, sabitlik ve şahsîlik tekabül etmektedir. Bu devre Büyük Harbe kadar devam etmektedir. Belki bu ikinci safhayı pozitivist mekteplerin ehemmiyetle meydana çıktığı 1890 tarihine kadar ve bu tarihten 1918 e kadar olmak üzere iki devreye ayırmak mümkündür. Bu tâlî ikinci kısmı temyiz eden farikayı sübjektifliğe doğru şiddetli bir temayül suretinde ifade edebiliriz. 3) Nihayet Büyük Harpten sonraki üçüncü devre geliyor. Bu devrenin Esasîye hukuku hareketlerinde tarihin hiçbir devrinde mevcut bulunmayan bir kesafet ve şümül vardır. Bu devreyi de Esasîye hukukunun tekâmülü bakımından ikiye ayırmanın mümkün olduğunu zannediyoruz: ilk bir tâlî devre zarfında demokrasi rejimi tam bir zafer kazanıyor; Büyük Harpten evvel mütefekkir ve hukukçuların zihinlerinde, fikirlerinde yer almış olan telâkkiler zafer bularak Esas Teşkilât Kanunlarında ifadelerini buluyorlar. Bilâhare tatbikatta tesadüf olunan güçlükler ve ötede beride kendini gösteren komünist ve sosyalist küçük ihtilâller mütefekkirlerin nazârî olarak kurmuş buldukları sistemlerde tahavvülleri icabettiriyor. Bu suretle ikinci tâlî devreye vâsıl olunmuş bulunuluyor: bu devrede demok-

Fakat cürme teşebbüsü kabul ve tecziye eden her mevzuat zarurî olarak, mühim bir kısmı itibariyle, sübjektif esasları da kabul etmiş ve bunlara yer vermiş demektir. Nitekim ihtilâli takibeden 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu teşebbüsü bir prensip şeklinde ve bütün suçlar için kabul etmemiş, ancak hususî faraziyeler içinde adam öldürme ve zehirlemeye teşebbüs fiillerini tecziye eylemiş ve bunların teşebbüsünü ayrıca tarif etmiştir; bu suretle objektif esaslara sonuna kadar sadık kalmağa çalışmıştır.

Fakat Ceza hukukunun esası ve fonksiyonu sosyetenin sükûn ve nizamını, gerek menedici, gerek zecir ve tenkil edici vasıflarıyla, temin eylemek olduğuna göre sübjektifliğe gideceği ve dolayısıyla hâkimin takdirine yer bırakılacağı endişesiyle teşebbüs prensibinin kabulünden vazgeçilemez. Evet! Ceza hukukunun bir fonksiyonu da kanun tarafından sarahaten men ve tecziye olunan hareketlerden gayrısının işlenmesinde fertlerin hür ve müstakil olduklarını tespit suretiyle şahsî hürriyeti temin eylemektir ve bu bakımdan tam objektif olmak lâzımgelir. Fakat sosyetenin sükûn ve nizamının temin ve tanzimi de yine Ceza hukukunun en başta gelen vazifesini teşkil eder ve bu bakımdan da tam sübjektif olmak ve tecziye için, husule getirilen haricî değişikliği, zararı değil, fakat namütenahi ve

rasi Avrupanın birçok büyük Devletlerinde yıkılmış ve yerine yeni ideolajilere müstenit olan, tarihî ve içtimaî zaruretlere istinadeylediklerini iddia eyleyen siyasî rejimler gelmiştir; ve bu suretle otoriter ve totaliter adıyla vasıflandırdığımız rejimler yer almıştır (bu tekâmül için şu esere bakınız: Mir-kine Guétzévitch: *Les nouvelles tendances du Droit cintitutionnel*; tercümesi Ali Rıza Türel tarafından yapılmıştır).

Ayırdığımız bu iki tâli devreye tekabül etmek üzere Ceza hukukunda da aslî tahavvüllere tesadüf olunuyor. İlk tâli devrede Ceza hukuku klâsik nazariyeye müstenit olan esas vasıflarını muhafaza ediyor. Fakat ikinci tâli devre zarfında, bilhassa rejimlerini totaliter esaslara istinadettiren memleketlerde, bambaşka bir mâna ve mahiyet arz ederek fizyonomisini hemen tamamıyla değiştiriyor; suçların kanunîliği esası (Almanyada) hemen hemen terk olunuyor; siyasî suçların mâna ve şümulü değişiyor; Devletin ve rejimin bütünlüğünü, dolayısıyla ve hattâ uzaktan alâkadar eden fiiller dahi suç haline sokularak en şiddetli cezalarla tecziyeye başlanıyor (Donnedieu de Vabres; *La crise moderne du Droit pénal, la politique criminelle des Etats autoritaire*; Marc Ancel, *A propos de quelques dicussions récentes sur la régle «nulla poena sine lege»*, Rev. de science criminelle et de Droit pén. comparée, 1937).

Biz bütün bu tahavvülleri Esasiye hukukundaki ve siyasî rejimdeki değişmelere atfediyoruz. Filhakika vatandaşların âmme hak ve hürriyetlerini kabul ve bunları Teşkilâtı Esasiye Kanunlarının muayyen fasıllarında tespit eden bir rejimde kanunsuz suç olmaz prensibinin bertaraf olunabilmesi imkânsızdır.

müstakil suçların menba ve menşeiini teşkil eden failin cürmü iradesini nazarı itibara almak vaziyetine girer. Görülüyor ki mezkûr iki gayeyi de aynı zamanda tahakkuk ettirebilmek için Ceza hukuku bir taraftan sübjektif esasları kabul etmek ve bunlara yer vermek mecburiyetinde, diğer taraftan da şahsî hürriyet ve masuniyeti temin edebilmek için objektif esaslara riayeti bir prensip olarak kabul etmek vaziyetindedir; yani iki zıddı telif mecburiyetindedir. İşte bu iki esasın telifi teşebbüs mevzuunda da şu suretle mümkün olur: bir taraftan Ceza hukuku teşebbüs esasını kabul ve tecziye eder; diğer taraftan teşebbüsü tecziye için kanuna koyacağı formülde objektif esaslara en büyük yeri verir. Esas olan, tezahür eden kötü bir cürmî irade olduğu halde, bu iradenin haricî bir şekilde, failin dış hareketleriyle tezahür eylemiş bulunmasını şart olarak koyar: teşebbüsü objektif noktalara ehemmiyet vermek suretiyle mufassal ve her türlü tereddüde imkân vermeyecek surette tarif eder (3).

Nitekim kanunumuz teşebbüsü şöyle tarif etmektedir: «Bir kimse işlemeyi kasdeylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmıyan esbabı mâniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise» yahut «bir kimse işlemeyi kasdettiği cürmün icrasına taallûk eden bütün fiilleri bitirmiş, fakat ihtiyarında olmıyan bir sebepten dolayı o cürüm meydana gelmemiş ise... cezalandırılır.»

Bu tarife nazaran kanunumuza göre teşebbüsün mevcudiyeti için aşağıdaki unsurların tahakkukuna lüzum vardır (4): 1) Bir kere failde kast bulunması lâzımdır; teşebbüsün taallûk eylediği cürmün tavazzuhu için kasdin neye mütaallik olduğunu bilmek zarurîdir. 2) Kullanılan vasıtaların elverişli olması lâzımdır. 3) İcra hareketlerinin bitmemesi yahut bitmişse de neticesinin hâsıl olmaması failin elinde bulunmıyan mâni sebeplerden ileri gelmiş olmak lâzımdır. 4) Nihayet bütün bu şartların başında olmak üzere *icraya başlamak icabeder*. Bununla teşebbüse ait unsurların en mühimmine temas edilmiş bulunuluyor. Filhakika vâzı kanun bilhassa icraya geç-

(3) Teşebbüs Ceza hukukunun en karışık ve çapraşık mevzularından biridir. Bu mevzuun müteferrik kısımlarında, bilhassa tarihçesi üzerinde, halen dahi cezacılar arasında bir ittifak yoktur. Bu hususta bakınız: *Champcommunal Critique de législation comparée sur la tentative* (Rev. crit. de législation, 1895, sah. 94); Saleilles, *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable* (Rev. pénit, 1897, sah. 53 ve 321).

(4) Tahir Taner: *sözü geçen eser*, sah. 259 e müt.

miş olmak tâbiriyledir ki teşebbüs mevzuunda objektif esaslara yer vermiş bulunmaktadır.

Bu Ceza hukukunda daima tekrar ve işaret olunan umumî bir prensibin neticesidir: yalnız başına kast, düşünce, fiilen izhar olunmayan niyet cezaî bir tenkile mevzu teşkil edemezler; psişik durumların hukukî bir mevcudiyeti olamaz. Çünkü hukuk insanlar arasında mevcut münasebetleri tanzim eder; şahsî alandan dışarı çıkmıyan hiçbir şey hukukan mülâhaza edilemez. Şu halde suçun işlenmesiyle doğrudan doğruya ve maddeten alâkadar olmıyan her şey teşebbüs mefhumuna dâhil olamaz; cürmî bir kasdin sembolik bir şekilde izharı, plânlar, teşebbüs sıfatiyle tecziye edilemezler. Bu hareketler, belki başlıbaşına müstakil bir suç olarak cezalandırılabilirler, fakat işlenmek istenilen suçun teşebbüsü olarak telâkki olunamazlar.

Filhakika bazı cılız itirazlardan ve muhalefetlerden sarfınazar, bugünkü modern Ceza hukuku ve hassaten kanunumuz klâsik nazariyeyi kabul etmiş ve Fransız İhtilâli ile vazedilmiş bulunan büyük prensiplere yer vermiş bulunmaktadır. Klâsik nazariyenin kabul eylediği büyük esasların en başta gelenlerinden biri de bir cürmü ikaa müteveccih hareketleri hazırlık ve icra hareketleri olarak ikiye ayırması ve birincilerin ademi tecziyesine mukabil ancak ikinci nevi hareketlerin cezalandırılması esasını kabul etmiş bulunmasıdır. Binaenaleyh kanun, istinadeylediği mantıktan ayrılmamış olmak için, icraya başlama tâbirini teşebbüsün cezalandırılması bakımından aslî bir şart olarak istimal mecburiyetindedir. Kanunumuz da bu zaruretini bir icabı olarak icraya başlama tâbirini 61inci maddede ifade eylemiş bulunmaktadır. İşte etüdümüzün asıl mevzuunu teşkil edecek olan da bu meseledir. Kanunun 61inci maddesinde mevcut icraya başlama tâbirinin mâna ve şümulü nedir? Bir kimse hangi hareketleri yaptığı takdirde icraya başlamış sayılır? Hazırlık ve icra hareketlerinin hududu nedir? İnsan hareketleri, muayyen bir gayeye vâsıl olmak için muhtelif safhalardan geçmek mecburiyetinde olduğuna nazaran, hareketlerinin hangi noktasında Ceza Kanununun tecrim ve tecziye eylemekte bulunduğu teşebbüs safhasına girilmiş olur? İşte birçok meseleler ki bir hal tarzı beklemekte ve tarzı halleri sırf nazariî bakımdan değil fakat pratik bakımdan, umumî hayat ihtiyaçları bakımından da ehemmiyet almaktadır; çünkü mevzuubahsolan, serbest, hür hareket sahasıyla memnu fiiller sahasının hudutları arasındaki telâki noktasının tespitidir.

Bazı açık faraziyeler içinde vazeylediğimiz meselenin halli bakı-

mından hiçbir güçlkle karşılaşılmaz. Meselâ öldürülmek istenen şahsa kurşunların sıkılması, bıçağın sokulması, çalınmak istenen mal üzerine elin konulması ve hattâ yerinden kaldırılması gibi. Fakat bazı faraziyelerde ise mesele bu kadar açık olarak tezahür etmez: meselâ bir binaya merdiven dayanması, duvarın delinmesi, bir şahsı öldürmek için pusu kurulması hallerinde, bu fiilleri işlenmesi arzu olunan suçların icra başlangıcı suretinde telâkkiye imkân var mıdır? Gerçekten bu fiiller işlenmesi arzu edilen suçların maddî unsurlarını teşkil eden hareketler değildir.

İşte bu pek mühim noktaya taallûk etmek üzere kanunumuzda bir tarif yoktur; muhtelif Avrupa memleketleri Ceza Kanunlarında da bu hususa mütedair bir hükme tesadüf olunmaz. Bu suretle tam bir kanunîliğe ve dar tefsir esasına müstenit olduğunu iddia eden Ceza hukuku, bu en mühim noktada sükût etmiş bulunmaktadır. Acaba bu sükûtun fayda ve mahzurları neden ibarettir? İlkönce mahzurlara temas edelim:

Memnu fiillerle müsaade olunan harekât arasında bir hudut noktası teşkil etmesi itibariyle en ehemmiyetli olan bir mevzu üzerinde kanun sâkit bulunmakta, bu suretle şahsî hürriyet ve masuniyet için şiddetli bir tehlike mevzuubahsolmaktadır. Filhakika hareketlerimizde istikrarı ve şahsî hürriyet ve masuniyetimizi temin için suçları teker teker tarif eden kanunun, aynı suretle cezayı müstelzim olan bunların teşebbüsünde ne zaman başlayacağını tâyin ve tarif eylemesi lâzımgelmez miydi?

Buna mukabil böyle bir tarifin mevcut bulunmaması aynı zamanda faydalıdır. Filhakika muayyen bir cürmün ikaina teveccüh eden insan hareketlerini, muayyen kıstaslara uydurmak mümkün değildir. Aynı gayeyi takibeden insan hareketleri o derece fazla ve büyük bir tenevvü arzeder ki bunları muayyen bir tarife uydurmanın imkânı olamaz (5). Daha açık ifade etmeğe çalışalım: bir cürmün ikanda, muayyen bir cürmî kasdin icrası için insanın müracaat eyliyeceği usuller o kadar değişik ve mütenevvi olur ki vâzı kanunun bunları, bütün bu tenevvüleri ihata edebilecek bir tarife sıkıştırabilmesi âdeta imkânsızdır. Kanun ancak istikamet verici umumî hükümler koymalıdır. Jürisprüdans bilâhare bunun tekâmülünü temin eder ve bundan her hususî hal için tatbik olunması ica

(5) Garraud: *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, cilt I. sah. 488.

beden kaideleri istihraceder (6). Binaenaleyh vâzı kanun böyle bir tarif vermeğe çalışsaydı zarurî olarak natamam olacak böyle bir tarif dolayısıyla içtimaî müdafaa çok noksan olarak temin olunabilecekti. Biz de şahsan kanun vâzının bir tarif vermemesini istilzam eden bu telâkkiye iştirak ediyoruz.

O halde bu noktada bütün vazife doktrine terettübeylemektedir: vâzı kanunun ancak gayritam tarif ve esaslar verebileceği bu mevzuda doktrinin geniş tahliller yaparak, kriterler ve esaslar vazeylemesi ve jürisprüdansın da bu kriter ve esaslardan mühem olarak muhtelif hâdiseler karşısında vereceği hal tarzı ve yollarıyla müstakar bir istikameti tebellür ettirmesi lâzımgelir. Görülüyor ki bu noktada nazariye ve pratik âdeta birbiriyle kucaklaşmaktadır. Hülâsa doktrine burada terettübeden vazife kanundaki «icraya başlama» müphem ibaresini, kanunun maksat ve gayelerine uygun olarak, yani içtimaî müdafaa ve şahsî hürriyet ve masuniyet esaslarını birbiriyle telif edecek surette, tefsir eylemek ve binnetice cezalandırılmıyan hazırlık hareketleriyle, tecziye olunan icra hareketleri arasındaki haddi fâsılı tâyin eylemektir.

Bu cümlelerle etüdümüzde bundan sonra takibedeceğimiz istikameti tâyin etmiş ve plânımızı da hemen hemen tespit etmiş bulunuyoruz. İlk önce bir II. nci kısmımızın birinci faslında doktrinde vazedilmiş olan kriterleri araştıracağız; doktrindeki bu hal tarzlarını ikiye ayıracağız: a) objektif nazariyeler, b) sübjektif nazariyeler; 2nci fasılda bu muhtelif nazariyelerin jürisprüdansta almış buldukları tatbik şekline temas edeceğiz. Bu kısımda, a) Fransız, b) Türk Temyiz Mahkemeleri mukarreratını izah edeceğiz. Nihayet 3 üncü fasılda muhtelif memleketlerde mevzuat vaziyetine temas edeceğiz; mesele hakkındaki son temayüllerden bahis suretiyle etüdümüze nihayet vereceğiz.

II. — Kıstas ve nazariyeler

1) Doktrin.

Ceza hukukunda teşebbüsün merkez noktasını teşkil eden icraya başlama mefhumunu izah sadedinde doktrinde pek çok kriterler ileri sürülmüştür. Fakat bu kriterlerden hiçbiri, bugüne kadar bütün cezacıları etrafında tophiyabilmiş değildir. Hazırlık ve icra ha-

(6) *Oeuvres complètes de P. Rossi publiées par ordre du gouvernement Italien. Traité de Droit pénal* 3^e edit. 2 nci cilt, 1863, sah. 148.

reketlerini tâyine taallûk eden bu tefrik o kadar iskolâstik şekil ve tetkiklere meydan vermiştir ki *Geyer*'in dediği gibi ihzarî hareketlerin teşebbüs hareketlerinden ayrılması dairenin terbiî meselesine benzemiştir (7). Bu çok mütenevvi tarzı halleri, kriterleri muayyen gruplara bölerek bir tasnif sistemi içinde izaha çalışmak çok güçtür. Bu güçlüğü kabul temekle beraber mezkûr telâkkileri, arzyledikleri vasıflar itibariyle, a) objektif nazariyeler, b) sübjektif nazariyeler namı altında iki gruba irca ile izahın mümkün olabileceğini zan ediyoruz.

a) *Objektif nazariyeler;*

Objektif nazariyeler, icra hareketlerini tespit mevzuunda failin iç durumunu, cürmî kasıt ve iradesini nazara almaksızın, sırf, icra eylediği hareketlerin mahiyeti ve maddiyetini esas tutarak meseleye bir cevap vermeğe çalışmaktadırlar.

İcra hareketleri cürmü teşkil eden, onu vücuda getiren, ona mevcudiyet veren hareketlerdir; hazırlık hareketleri ise icraya takaddüm eden, icrayı mümkün kılmağa teveccüh eden hareketlerdir; cürmün maddî kurucu unsur ve hareketlerini teşkil etmez ve suçun kanunî tarifine dâhil olmazlar (8). İcra hareketi suçun bir kısmını, kurucu unsurunu teşkil eder. Bilâkis hazırlık hareketi, bir kısmını teşkil etmeksizin suça takaddüm eder. Cürmün maddî mevcudiyeti hiçbir suretle haleldar edilmeksizin hazırlık hareketlerinin varlığından, fikren, tecerrüdolunabildiği halde icra hareketleri bertaraf edildiği takdirde cürüm ve teşebbüs ortadan kalkar.

Bu nazariyeye göre, teşebbüs faili tarafından ika olunan fiillerin bir icra başlangıcı olarak telâkki olunabilmeleri için, işlenmesi gaye tutulan suçun kurucu unsurlarından birini (9), yahut, fail tarafından işlenen fiillerin, gaye tutulan suça nispetle kanunî ağırlaştırıcı hallerden biri olmak üzere tavsif edildiği, hareketlerden birini teşkil eylemeleri lâzımdır (10). Meselâ bir şahsın çalacağı eşya üzerine elini koymuş bulunması hırsızlık suçunun teşebbüsüne ait icra hareketlerinden birini teşkil eder. Fakat hırsızlık kasdiyle mer-

(7) Majno: *Ceza Kanunu Şerhi*, 1927, sah. 266, No. 293.

(8) Molinier et Vidal: *Traité théorique et pratique du Droit pénal*, II. sah. 59.

(9) Vidal et Magnol: *Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire*, 1935, sah. 135.

(10) Donnedieu de Vabres: *Traité élémentaire de Droit criminel et de législation pénale comparée*, sah. 139.

diven kurmak ve duvar delmek de, hırsızlık cürmünün kanunî ağır-latıcı hareketlerini teşkil etmekte bulunduğu için bunların faili de icraya başlamış telâkki olunmak lâzımgelir.

Yine *Donnedieu de Vabres*, objektif telâkkiyi şöyle izah ediyor (11): En müdebbir, maznunlar için en faydalı, Ceza Kanununun tatbikında en sıkı olan sistem, bizatihi fail tarafından işlenen fiiller — hiçbir başka unsura lüzum olmaksızın — failin ika eylemek kasdinde bulunduğu suçu ifade ediyorsa, artık teşebbüse ait bir icra başlangıcının mevcut bulunacağını kabul etmektedir. İcra hareketleri yalnız maddiyetleri içinde mülâhaza olununca — faili muayyen bir gayeye doğru sevk etmekte buldukları için — failde işlemeğe kasdeylediği cürme ait kasdı tebarüz ve tezahür ettiren hareketlerdir. Hulâsa bu telâkkiye nazaran suçun mahiyeti bizatihi işlenen maddî ve haricî hareketlerden anlaşılıyor, tezahür ediyorsa icraya başlanmış olduğunu kabul etmek lâzımgelir.

Yine *Garraud*, objektif sistemi şu suretle izah eylemektedir (12): «Objektif sistemde bir fiilin teşebbüse ait maddî unsuru teşkil edebilmesi için aşağıdaki iki şartı nefsinde toplaması iktiza eder: 1) İşlenen fiiller, failin gaye tuttuğu suçla doğrudan doğruya ve yakın bir münasebet halinde olmalıdır. 2) Bu münasebet bizatihi fiilden neşet etmelidir. Filhakika objektif telâkkinin sâliklerine nazaran hazırlık ve icra hareketleri arasındaki esas fark şuna müncer olmaktadır: hazırlık hareketleri kat'î ve vâzih bir mânaya malik değildirler, failin taayyün eylemiş kast ve niyetini meydana koymamaktadırlar. Halbuki icra hareketleri ika tasavvur olunan ve gaye tutulan cürümle o derece sıkı ve samimî bir şekilde birleşmiş, birbirine bağlanmış ki, bunların bizatihi müşahedesinden, prensip itibariyle, failin teveccüh ve teşebbüs eylemiş bulunduğu cürmün ne olduğunu tâyin ve tespit eylemek mümkün olur».

Profesör *Roux*'nun arzedeceğimiz nazariyesi şimdiye kadar izahına çalıştığımız bu nazariyelerden çok esaslı bir şekilde ayrılmaktadır (13): *Roux*, meseleyi vaz ve kendisine kadar ortaya konulmuş bazı formülleri tenkit ve reddettikten sonra kriter olmak üzere şu tarifi yapıyor: «Failin, üçüncü şahısların hukukan himaye olunan menfaatleri sahasına giren fiillerini icra başlangıcı olarak kabul ey-

(11) Crim. cass. 3 janv. 1913. s. 1914, 1, 4 note; *Donnedieu de Vabres*.

(12) *Garraud: sözü geçen eser*, cilt I, sah. 488.

(13) *Roux: Cours de Droit criminel français*, 2^e édit. 1927, sah. 105 ve sonrakiler.

lemek lâzımgelir. Filhakika hangi bakımdan mütalâa olunursa olsun Ceza Kanununun müdahalesini haklı gösteren nokta üçüncü şahısların veya âmme intizamının sahalalarına vâkı bu tecavüz, müdahaledir. Binaenaleyh, başka suretle ifadesi lâzımsa, failin, ef'alinin namuslu bir adamın fiili olmaktan kesildiği ve üçüncü şahısların haklarını haleldar eylemeğe başladığı andan itibaren teşebbüs mevcut bulunur.

Görülüyor ki bu telâkkide icra hareketleri, hazırlık mahiyetindeki hareketlere yaklaştırılmış oluyor. Ancak bir mahiyet farkı bunları birbirinden ayırmaktadır: hazırlık safhasında fail kuvvetlerine tasarruf ediyor, icra safhasında ise mezkûr kuvvetleri harekete geçiriyor ve istimal ediyor; arkasındaki köprüleri yıkıyor ve bu suretle kendisini komşusunun hareket ve faaliyet sahasına sokan fiili icra ve kat'i adımı atmış oluyor. Bu suretle meselâ bir bina içinde geceleyin yalınayak yakalanan ferdi hırsızlığa teşebbüs etmiş olarak farzeylemek icabeder. Buna mukabil kendisine karşı fiilin teveccüh eylediği şahsın tahtı tasarrufuna konulmadığı müddetçe, bu şahsı zehirlemek için yiyeceği şeylere zehir karıştırmayı ancak bir hazırlık hareketi olmak üzere tavsife imkân vardır». Çünkü henüz üçüncü şahısların hukukan himaye edilmiş hareket sahalalarına müteveccih bir müdahale yoktur.

Roux, bu müşahedelerden şu neticeleri çıkarıyor: 1°) Muayyen suç nevileri için maddî unsur aynı olmakla beraber, bu suçlara ait teşebbüste maddî unsur muhtelif şekiller alabilir. Bu ahval ve şeraitte, vaziyetlerin tahavvülüne yahut failin yolu üzerinde rastlıyacağı mânialara tâbidir. 2°) Ayrı ve çok dar bir telâkki içinde cezalandırılmaz telâkki olunan muhal suç, nâkış teşebbüs olarak cezalandırılmak icabeder. Çünkü bu da mümkün bir icra başlangıcını ihtiva eylemektedir. 3°) Aynı bir maddî hâdise iki ayrı cürmün teşebbüsüne ait icra başlangıcı olarak telâkki olunabilir. Mesele bilhassa, iki suç aynı zamanda vâkı oldukları takdirde değil fakat suçlardan biri diğerinin ikaina vâsıl olmak için bir vasıta teşkil eylediği takdirde böyledir. 4°) Aynı bir fiil muhtelif suçların teşebbüsünü teşkile imkân verir. Bu takdirde teşebbüs olunan cürmü tâyin için bunu ika eyliyen failin kasıt ve niyetini kat'ileştirmek lâzımgelir.

İtalyan müellifleri arasında da Pessina, Elementi, Manzini aynı telâkkiye taraftar oluyorlar (14): «Teşebbüsün başlayacağı anı tâ-

(14) Manzini: *Trattato di diritto penale Italiano*, t. 2. sah. 361.

yin hususunda *bir hakkın tehlikeye konulması dakikası* esas alınmalıdır. Hazırlık hareketlerinden icra hareketlerine geçiş failin — gerek ika edilmek istenen suça nispetle, gerek başka bir hukuk kaidesine ait bir emir veya nehiy olsun — bir hukuk normunu, hukuk kaidesini ihlâl ettiği andan itibaren başlar. Bu hal ve şartın hazırlık hareketlerinde mevcut bulunmaması mezkûr hareketlerin Ceza Kanunu tatbikatı dışında kalmasını icabettirir; hukukî bir kıymeti himaye eden bir hukuk kaidesinin ihlâli halinde teşebbüsün cezalandırılması icabeder. Teşebbüsü bir taarruza benzetmek imkânı olduğuna nazaran, bir taarruzu tahakkuk ettirebilmek için nihaî gayeye dokunmağa ihtiyaç yoktur ve bu hususta üçüncü bir şahsın hukukî hareket sahasına, çevresine girmek kifayet eder». Bu suretle icraî hareketler suçun fiilî, illî unsurlarını teşkil ederler, bilâkis hazırlık hareketleri suçun (potentiel) anâsıdır ve ancak birinciler tarafından takibedildikleri takdirde fiilî olurlar.

Objektif nazariyeler grupuna ithal eylediğimiz bu nazariyelerin kıymeti, maznun lehine olmak üzere bütün hata ihtimallerini bertaraf eylemiş bulunmaları ve bundan dolayı ferdî hürriyet, şahsî masuniyet için fevkalâde bir garanti teşkil eylemeleridir.

Tez net ve açıktır; maznunun haklarının müessir bir surette himaye edilmesini mümkün kılar.

Fakat bütün bunlara karşı sistem bazı mahzurlar da taşımaktadır; bilhassa içtimaî menfaati ve müdafaayı çok gayrikâfi bir surette himaye eylemiş bulunmaktadır. Filhakika mezkûr telâkkiye son haddine kadar sadık kalınacak olursa meselâ adam öldürme cürmüne teşebbüs hiçbir zaman kat'î olarak mevcut olamayacaktır. Zira yaralama, cerh fiilleri dahi hiçbir zaman bizatihi adam öldürme cürmünü ifade etmezler. Bu nazariyelerin tatbiki halinde adam öldürmek için pusu kurma, ırza tecavüz için haneye girme gibi fiilleri bu cürümlerin teşebbüsü olarak tecziyeye hiçbir zaman imkân olmayacaktır. Binaenaleyh yalnızca, bizatihi işlenmiş olan haricî fiil ve hareketlerin mahiyetine, maddiyetine bağlanmakla iktifa olunamaz. Gerçekten bu noktayı daha iyi tebarüz ettirebilmek için icra hareketlerini ikiye ayıralım: 1°) bizzat suça ait nihaî fiile müncer olanlar; 2°) suça yakın ve komşu olan fiillere müncer olan hareket ve fiiller. İşte objektif nazariye ancak birinci nevi icra hareketleri bakımından mevzuubahsedilebilir; ikinci nevi icra hareketlerini icra başlangıcı olarak tavsife imkân veremez. İşte bu sebeplerden dolayı içtimaî müdafaayı mühim bir kısmı itibariyle vasıttan

mahrum eden, imkânsız kılan bu nazariyelerin reddolunması lâzımgelir.

Roux ve *Manzini* tarafından temsil edilmekte olan fikre gelince: basit, açık ve objektif olan bu telâkkiyi gönlümüz kabul etmek istiyor. Fakat sevk eyliyeceği bazı neticeler itibariyle bunu yapamayacağız: filhakika *Roux*'nun bu telâkkisi teşebbüsün hududunu içtimaî müdafaayı mümkün kılacak surette tevsi ve teşmil eylemektedir. Fakat birçok faraziyeler bu telâkki ile izah olunamaz. Meselâ bir kimse kalpazanlık yapmağa karar versin, lüzumlu bütün vasıtaları ihzar eylesin, madeni kazanda eritmeğe başlasın ve para basılacak kalıpların başında, madeni dökmek üzere iken yakalansın. Şimdi *Roux* ve *Manzini*'nin telâkkilerini tatbik edersek fail henüz üçüncü şahısların hukukan himaye olunan çevrelerine hiçbir tecavüzde bulunmadığı için failin kalpazanlığa teşebbüsten dolayı tecziyesine imkân olmayacaktır. Bundan başka soymak ve öldürmek için pusu kurma hallerini de, bu telâkkiye göre icra hareketi olarak tavsifine imkân bulunmayacaktır. Buna mukabil bir kimsenin, bir diğeri öldürmek için başkasının evinden silâh çalmasını adam öldürmeğe teşebbüse ait bir icra hareketi telâkki etmek lâzımdır. Filhakika bu faraziyede fail suç ikası gayesiyle bir hukuk normunu ihlâl etmiştir (15). Bizce objektif nazariyelerin asıl yanıldıkları nokta, muayyen hareketlere hazırlık ve icra hareketi diye ahval ve şeraitten müstakil, mutlak olarak kıymet vermiş olmaları, tavsif eylemiş bulunmalarındır. Halbuki aynı bir hareket her yerde ve daima aynı kıymeti haiz değildir; ahval ve şeraite nazaran, bir fiil bazan icra, bazan hazırlık hareketi olabilir (16). 16

b) Sübjektif nazariyeler;

Teşebbüs mevzuunda sübjektif nazariye, içtimaî müdafaanın endişesinin ortaya koyduğu zaruretlerden biri olarak gözükmektedir. Yukarıda icra başlangıcını izah sadedinde objektif nazariyenin büyük

(15) Objektif nazariyenin bazı taraftarları izah ettiğimiz mubalâgalı neticelerden kendilerini kurtarabilmek için ilâve eyledikleri kayıtlarla bizzat vazeyledikleri sistemin ruh ve esasını nakzetmiş oluyorlar: *Ortolan* diyor ki: «Taraflımızdan vazolunan prensibi esas almakla beraber hâkimin mezkûr esasın tatbikatını mubalâğa eylememesi lüzumunu da ifade edelim. O ika olunan fiillerin mahiyetine nazaran, cürmün ikasına başlanmış olup olmadığını tâyin hususunda bir takdir hakkını haizdir». *Ortolan: Eléments de Droit pénal*, 1886, sah. 459, No. 1012.

(16) *Henri Gallet: la Notion de la tentative punissable (essai critique)*, 1890, sah. 185.

mahzuru olmak üzere teşebbüsü çok dar bir sahaya hasreylemekte bulunduğunu söylemiştik. İşte bu mahzurları bertaraf eylemek düşüncesiyledir ki sübjektif nazariye ortaya çıkmaktadır.

Unutmamak lâzımgelir ki sübjektif nazariye müntesiplerine nazaran teşebbüsün tecziyesinde vâzı kanunun her şeyden önce istihdaf eylediği, haricî hareket ve fiillerle tezahür eylemiş olan *cürmî kast ve iradedir*.

Bu nazariyeye göre, ika olunan hareketler failde kat'î, tebeyün etmiş, muayyen bir cürmü işlemek iradesine, kasdına delâlet eylediği andan itibaren fail icraya başlamış sayılır. Bu fikir ve telâkkiler muhtelif müellifler tarafından ayrı ayrı şekil ve suretlerle ifade olunmuşlardır (17). Fakat esas mâna ve ruh, hulâsa eylediğimiz gibidir. Meselâ bu nazariyenin en başta gelen taraftarlarından *Garraud* diyor ki: «Teşebbüsün tecziyesinde, her şeyden önce, kanunun istihdaf eylediği haricî hareket ve fiillerle tezahür etmiş olan cürmî kast, iradedir. Bu telâkki bizim eski hukukumuzun telâkkisi idi (Fransız hukukunun); bugünkü modern hukukun onu terkeylemiş bulunduğunu hiç kimse iddia edilemez». «Teşebbüs mesailinde şu iki unsur, kast ve fiil, bu tecrim şeklinde birbirini aydınlatır. Esasen faile tevcih olunan fiillerin kat'î mânasını tâyin hususunda her şeyden önce failin kastının ne olduğunu ispat etmek lâzımgelmektedir» (18).

Bundan sonra *Garraud*, doktrinde mahiyeti bilhassa münakaşa edilmekte olan merdiven kurma, duvar delme, anahtar uydurma gibi hareketlerin ancak hırsızlığa teşebbüse ait icra hareketleri olabileceğini kabul etmektedir. Ve bu arada birçok faraziyeleri teker teker ele alıp tahlil etmek suretiyle mahiyetlerini tâyine yani ne zaman icra hareketleri olabileceklerini tespitte çalıştıktan sonra şu kat'î neticeye vâsıl olmakadır: «Teşebbüsün unsurlarının mevcut bulunup bulunmadığını tâyin için failin kastına ve failde muhakkak ve gayrikabili rücu bir cürmî iradenin tezahürünü tazammun eden fillere bağlanmak iktiza eder. Failin düşüncesinde, yakın ve doğrudan doğruya bir netice ile, cürmü ika eyliyeceği fikrini tazammun eden hareketler ika olununca suçun icrasına başlanılmış sayılır. Demek oluyor ki zarurî fakat kâfi olan filânca cürmün icra

(17) Meselâ Almanyada *Hällschener*'e göre kast ve niyet hâdisede gayrimüphem olarak taayyün eylediği andan itibaren suçluluk kabul edilmelidir. *Delaquis*'ye nazaran teşebbüs objektiflenmiş kasttır. *Von Liszt: Traité de Droit pénal allemand*, 1911, p. 295, bilhassa 300.

(18) *Garraud: sözü geçen eser*, sah. 490.

başlangıcı olarak fiilin doğrudan doğruya ve yakın bir şekilde suçun icrasına teveccüh eylemesi ve failin tahakkuk ettirdiği cürmün ikına ait faaliyetlerin icrasında olarak mülâhaza olunmasıdır».

Vidal et Magnol da, biraz değişik ifadelerle olmakla beraber, sübjektif telâkkiye müdafaa etmektedirler: «Hakikatte, sırf objektif tefsir gayrikâfidir ve doğru değildir. Ve sübjektif temayüle uyarak, icraya başlamak tâbirinin bizzat cürmün icrasına başlamak olmadığını, failde mevcudiyeti ispat olunan yahut kendisi tarafından itiraf edilen kast ve niyetinin, fiilin muhtevasını — müphem olsa da, cürmün unsurlarından birini teşkil etmese de — tâyine yarıyabileceğini kabul eylemek lâzımdır.

İcra başlangıcının mevcudiyeti için, hareketin doğrudan doğruya ve yakın olarak suçun ikına teveccüh eylemesi zarurî, fakat kâfidir. *Bu hususta psikolojik* bir araştırmaya lüzum vardır: failin teşebbüsüne ait bütün tehlike ve riskleri göze almağa karar vermiş olarak gözüktüğü ve arkasındaki köprüleri yıkmış bulunduğu anlaşılınca teşebbüsün icrasına başlamış olarak kabul edilmesi icabeder» (19).

Böylece sübjektif nazariye taraftarları teşebbüs mefhumunu ve bunun şümül sahasını çok genişletmiş oluyorlar: artık fiilin kanunun verdiği suç tarifine uymamasının veya fail tarafından takibolunan gayeyi ifade etmemiş bulunmasının ehemmiyeti yoktur. Bu telâkkinin bazı müdafileri çok daha ileri giderek duvar delme, merdiven kurma gibi fiillerde — Garraud'nun aksine olarak — yalnız hırsızlığın değil fakat adam öldürme suçunun da bir icra hareketini teşkil etmek sıfatını görüyorlar (20).

Saleilles de (21) kanundaki icraya başlama (commencement d'exécution) tâbirine sırf sübjektif noktai nazardan mâna verilmesi icabettiğini, Fransız Ceza Kanununun, gerek doktrin, gerek mevzuat bakımından tarihçesini yapmak ve gerekse felsefî menşelerine çıkmak suretiyle ispata çalışmaktadır. Müellif daha *Postglossatörlerden*, *Jousse*, *Mugort de Vouglans*, *Rousseau de la Combe* gibi müelliflere kadar teşebbüs mevzuurda sübjektif telâkkinin hâkimiyetini ispat ettikten sonra meseleyi 22 prairial an IV kanununa kadar ge-

(19) Vidal et Magnol: sözü geçen eser, sah. 136 ve 137.

(20) Bertauld: *Cours de code pénal*, 4^e édit. sah. 873, No. 213.

(21) Saleilles: *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable* (Etude de Droit comparé) Rev. pénit. 1897, sah. 53.

tiriyor. «Artık teşebbüse ait mücerret bir tarifi verilmesi lâzımgeliyordu. Bu tarif *Vouglans*, *Jousse* devri cezacılarının vermiş buldukları tarif olacaktır. Teşebbüsü temyiz eden farika kasdın haricî bir takım hareketlerle tezahür eylemiş bulunmasıdır. Burada aslî unsur olarak elde tutulan sübjektif unsurdur. Haricî hareketlerle tezahür eden teşebbüs glassatörlerin eski *processus ad actum*'udur; *Rousseau*'nun haricî hareketlerle tezahür eylemiş kastıdır; *Vouglans*'ın haricî, yakın, müstakil bir hareketle tezahür eden irade tâbir ve tarifleridir». Yani kanunun getirdiği teşebbüs mefhumu *Vouglans* ve *Jousse* devri cezacılarının vermiş buldukları tarifi aynıdır. «Fakat aynı olma (tam cürme ve teşebbüse aynı ceza verilmesi) sistemi de beraber kabul olunduğu için, eski hukukta olduğu gibi teşebbüsün cürümle aynı tutulacağı aslî noktayı da tespit etmek lâzımgeliyordu. Binaenaleyh eskiden olduğu gibi cezanın tamam olarak verilmesini icabettirecek olan iradenin gayrikabili rücu oluşu ne zaman başlayacaktı? İcranın başlayacağı anda yani şeye ve eşyaya hakikî tecavüz anında.

Bu icra başlangıcı tâbiri eski müelliflerin yakın, müstakbel hareket (*acte prochain*) tâbirleriyle hemen hemen aynı kıymetli arzeder: bu iradenin *gayrikabili rücu* olarak farz ve cezanın kabul olunduğu anı ifade eder; böyle olunca objektif kıymetinin ehemmiyeti yoktur: sadece fiilin sübjektivitesinin bir safhasını teşkil eder. Çünkü, kanun icra başlangıcı tâbirini sırf teşebbüsü tarif için değil fakat iradenin cürme doğru gidişinde bir dereceyi tespit için kullanmıştır. Teşebbüsün aslî unsuru, hariçte tezahür eden bir iradedir. Binaenaleyh IV. senesi kanunundaki icra hareketi tâbiri, cürmün muvaffakiyetini istihdaf etmez, fakat cürmî iradenin tahakkuku yolunda tezahür eylediği, içinde teşahhus eylemiş bulunduğu fiilin tavsifini istihdaf eder. Binaenaleyh teşebbüse ait aslî fiilin bir tavsifi mevzuubahsolup yoksa tahakkukuna ait bir şart mevzuubahis değildir». «İcra başlangıcı cürmî kastın *gayrikabili rücu* oluşunu beyan etmek üzere talebolunmaktadır.»

Öyle zannediyoruz ki sübjektif telâkkiyi tenkidetmiş olmasına rağmen *Donndieu de Vabres*'i da bu grup içine ifhal lâzımgelmektedir (22). Bu müellif telâkkileri naklettikten sonra şu formüle bağlanması lüzumunu müdafaa ediyor: «Yakalandığı sırada fail tarafından ika olunan fiiller onda *gayrikabili rücu* bir cürmî iradeye

(22) *Donndieu de Vabres*: sözü geçen eser, sah. 141; crim. 3 janv. 1913. P. 1914, 1. 41 note *Donndieu de Vabres*.

şehadet eylediği, icra eylediği fenalıkla varmak istediği gaye arasında, eğer kendi haline bırakılsaydı hemen muhakkak surette katedeceği mânevî bir mesafe kalmış bulunduğu takdirde fail icraya başlamış sayılır». «Aynı yolda daha ileri gitmek suretiyle, cürmî iradenin kat'î karakterini takdir eylemek için suç failinin zihniyeti adlî sabıkaları hakkında bilinen bütün şeyler nazarı itibara alınabilir. Böylece, bir mükerrir karşısında bulunduğu yorsa çok daha kolay olarak bir icra başlangıcının mevcut bulunduğu kabul olunacaktır» (23). Bu suretle cezanın şahsileştirilmesi mefhumuna bir de suçun şahsileştirilmesi mefhumu ilâve edilmiş bulunmaktadır. Müellifin bu noktada, suçun şahsileştirilmesi telâkkisiyle suçların kanunîliği telâkkisini nasıl telif edebildiğini anlayamıyoruz.

Hocam Tahir Taner de sübjektif telâkkiye taraftar olmaktadır. Filhakika sayın profesör hazırlık ve icra hareketlerinin tefriki mevzuunda şu suretle hareket olunmasını, kıstas olarak ortaya koyuyor: ilk önce failin işlemeyi arzu eylediği suçun maddî unsurunu teşkil eden hareketlere başlamış olması halinde, halli müşkül bir mesele mevzuubahis değildir; fail icraya başlamıştır. Diğer faraziyelerde ise «... ilk yapılacak iş failin hakikî kastını meydana çıkarmak ve o hareketin, bu kasttan şüphe edilemeyecek derecede, neticeye yaklaştığını anlatmakta olup olmadığını tespit eylemektir» (24). Yani fail cürmî kastından şüphe edilemeyecek surette neticeye yaklaşmış bulunduğu hallerde icra hareketleri safhasına dâhil olmuş sayılır. Sayın profesörün bu telâkkisi Fransız Temyiz Mahkemesinin kanaatine benzemektedir.

Hazırlık ve icra hareketlerinin tefriki mevzuunda *Carrara*'dan bahsedilmemesi imkânsızdır. Bu müellif mezkûr mevzu üzerinde pek çok çalışmış ve tefrikin en hararetli taraftarlarından bulunmuştur. Fakat kurduğu sistemin çok karışık ve mudil olduğunu söylemek lâzımdır. Bundan dolayı her müellif *Carrara*'yı başka türlü izah ediyor. Meselâ *Manzini*'nin ve *Majno*'nun *Carrara*'yı izah edişleriyle Fransız müelliflerinin izah ediş şekli arasında esaslı farklar bulunuyor. Üzerinde ençok müellif toplıyan izah şeklini arz ediyorum: *Carrara*'ya nazaran icra hareketi gayrimüphem (univoques) dir; yani bizatihi, kendiliğinden failin cürmî kast ve niyetini, takibeylediği gayeyi haricî hiçbir şartı araştırmaksızın ortaya koyar. Buna muka-

(23) Donnedieu de Vabres: sözü geçen eser, sah. 141.

(24) Tahir Taner: sözü geçen eser, sah. 263.

bil hazırlık hareketi müphem (équivoques) dir. Failin hangi kötülüğü, fenalığı takibeylemekte bulunduğunu işaret eylemez. İcra hareketinin ikamandan sonra fail artık kast ve niyetini inkâr edemez, fakat sadece nedamet getirebilir; vazgeçebilir. Halbuki bir hazırlık hareketi faili çok daha geniş bir iktidara, irade ve kastını tebdil ediyebilmek ihtiyarına mâliktir.

Görülüyor ki sübjektif doktrin teşebbüsün hududunu içtimai fayda bakımından icabeylediği şekilde genişletmekte, cürmî kastları haricî bir hareketle tezahür eylemiş kötü niyetli ve kastlı kimseleri teşebbüsün hududu içine ithal ile tecziyelerine imkân vermektedir. Bununla beraber sübjektif doktrinin Ceza hukuku tatbikatında, işlenen fiillerin tecrim ve tecziyesi bakımından hâkime geniş bir takdir hakkının tanınmasını istilzam ettirdiği, bu itibarla Ceza hukukunun, memnu fiilleri kat'î ve vâzih bir şekilde tespit edici karakterine muhalif bir nazariye grubu olduğunu da itiraf etmek lâzımdır.

Ceza hukukunu tevhit Birinci Beynelmilel 1927 Varşova konferansında (25) mesele müzakere olunurken *Ettinger*, sübjektif telâkkilere itiraz sadedinde şu mahzuru ileri sürüyor: «Birisi Pariste bir katil ika etmek ister. Bu adam garda Paris için bilet alırsa sübjektif formüllere göre cezalandırılmak lâzımdır». *Ferri* bu mülâhazaya şu cevabı vermiştir: «Bir bilet satın almak haricî bir fiildir. Eğer hiçbir şüphe olmıyarak bu fiilin suç işlemek kastiyle yapıldığı ispat edilebilirse cezalandırılmalıdır. İcraî hareketin nerede başladığını ve ihzarî hareketin nerede bittiğini tâyin etmek gayrikabildir. Ne Brüksel Konferansı ve ne de bir asır Ceza ilmi, ihzarî hareketi icraî hareketten tefrik etmeğe muvaffak olamamıştır. Kastı cürmî ile işlenen fiil cezalandırılmalıdır».

Ferri'nin saliki bulunduğu esas telâkkiden iştikak eden bu fikrini kabul edebilir miyiz? Zannetmiyoruz!

Bundan başka acaba sübjektif doktrin hazırlık ve icra hareketlerini kat'î bir surette tefrika da imkân veriyor mu? Öyle zannediyoruz ki hayır.

Meselâ *Garraud*'nın «failde muhakkak ve gayrikabili rücu bir cürmî iradenin tezahürünü tazammun eden hareketler» formülünü ele alalım: kanaatımca bu telâkki belki teşebbüsün sahasını büsbü-

(25) Varvoşa Ceza Hukukunu Tevhit Birinci Beynelmilel Konferansı za-bitları (Mustafa Nuri Devres tercümesi).

tün daraltmaktadır. Teşebbüste, bilhassa nâkıs teşebbüste, failin her an rücu imkânı vardır. Suçun tamamlanması halinde veya tam teşebbüs halindedir ki fail artık rücu edemeyecektir. Yahut diğer telâkkilerde olduğu gibi failin teşebbüsüne ait bütün riskleri göze aldığı, failin icra eylediği fenalıkla varmak istediği gaye arasında kendi haline bırakılsaydı hemen muhakkak surette katedeceği mânevî bir mesafe kalmış olduğu anları icra başlangıcı olarak kabul eden telâkkiler de meselenin bütün müphemiyetini ortadan kaldıramaz. Meselâ fail teşebbüsüne ait bütün riskleri ne zaman göze almış telâkki olunacaktır? Verilecek cevaplar şahsî telâkkilere göre değişmek zarurîdir.

O halde ne yapmalı? Görülüyor ki doktrin, mesele üzerinde bir asırdan beri uğraşmış bulunulmasına rağmen, kat'î bir neticeye varabilmiş değildir. Fakat kanunumuz 61 inci maddesinde teşebbüsün bir şartı olmak üzere icra başlangıcı tâbirini de kullanmıştır. Bu itibarla mezkûr tâbire bir mâna vermek zarureti de var: objektif telâkkilerin hiçbir suretle kabul olunamayacağı neticesine vâsıl olmuşuk. Bu itibarla biz, Ceza hukuku üzerindeki telâkkimizin objektif olmasına rağmen, bu mevzuda, sübjektif olan hocamızın telâkkisine bağlanacağız ve failin cürmî kastından şüphe ettirmeyecek surette neticeye yaklaştığını ifade eden hareketleri ika eylemiş bulunması halinde, icraya başlanmış bulunduğunu kabul edeceğiz.

Kanaatımızca bu mevzuda esas mesele adlî karar ve jürisprüdans meselesidir; devamlı bir ceza sistemine müstenit adlî an'aneleri olan memleketlerde birçok adlî kararlar teessüs eder, muhtelif faraziyeleler mevzuubahsolur, halledilir ve neticede takdire ve keyfiliğe çok bir şey kalmaz.

Bu suretle meseleye doktrinde verilmiş olan cevapları tetkik eyledikten ve tercih eylediğimiz telâkkiyi işaret ettikten sonra mahkeme kararlarını tetkik edelim, mahkeme kararlarının tercih eyledikleri telâkkilerin neden ibaret olduğunu araştıralım (26).

(26) Fail tarafından ika ve icra edilen hareketler bidayet mahkemeleri tarafından icra hareketi olarak tavsif olunarak, binnetice teşebbüse ait cezalar tatbik edildikten sonra, meselenin hukukî cihetini kontrol ile mükellef olan Temyiz Mahkemesinin, bidayet mahkemelerince icra başlangıcı suretinde yapılan tavsifleri kontrole salâhiyeti var mıdır?

Mesele münakaşa olunmuştur. Fransada da bu noktada içtihatlar çok tahavvül etmiştir. İlk önce icra başlangıcını tâyin keyfiyeti bir hukukî mesele telâkki olunmuş ve binaenaleyh Temyiz Mahkemesince kontrol imkânı kabul edilmiştir; fakat sonra fiile taallûk eden ve binnetice hâkimin hakkı takdirine

2) *Jürisprüdans.*a) *Fransız Temyiz Mahkemesi içtihatları (27);*

Fransız Temyiz Mahkemesi, bilhassa son kararlarında, sübjektif noktai nazarı kabul ve tatbik eylemektedir. Fakat sübjektif telâkki olduğu gibi yanı, arzylediği bütün vasıf ve unsurlarıyla tatbik olunmamakta, buna bazı tadil ve objektive edici unsurlar ilâve olunmaktadır. Temyiz Mahkemesine nazaran fail tarafından ika olunan fiil şüpheli ve müphem bir karakter arzylemediği ve failin teveccüh eylediği suçla doğrudan doğruya bir münasebet halinde bulunduğu takdirde bir icra başlangıcı mevcut sayılır. Böylece Temyiz Mahkemesi, hırsızlık gayesiyle merdiven kurma, duvar delme fiillerini, müphem ve équivoque karakterleri dolayısıyla bazı istinaf mahkemelerinin bunları birer hazırlık hareketi olarak tavsif eylemiş bulunmalarına rağmen, hırsızlığa teşebbüse ait birer icra hareketi olara telâkki eylemiştir. Hırsızlık gayesiyle bir duvarda delik açılması, hattâ bir şahsı soymak için pusu kurulması, fiilleri birer icra hareketi olarak tavsif olunmuşlardır (28).

b) *Türk Temyiz Mahkemesi kararları (29);*

Türk Temyiz Mahkemesinin bu mevzudaki içtihatları, onun icra ve hazırlık hareketleri tefriki mevzuundaki aslî temayülünü belirt-

mevdu bir mesele olarak mülâhaza edilerek Temyiz Mahkemesinin kontrol salâhiyeti kabul olunmamıştır. 1830 dan sonra Temyiz Mahkemesi daha doğru gözüken ilk tarzı halle avdet etmiştir. Temyiz Mahkememiz de verdiği kararlarda icra başlangıcını tâyin keyfiyetinde bir hukukî mesele mahiyeti görerek kendi kontrol salâhiyetini kabul etmektedir. Bu telâkkinin doğruluğundan şüphe etmemek lâzımdır. Filhakika burada mevzuubahsolan, tespit ve müşahede edilen hâdiselere hukukî bir mâna verilmesi, hukukî bir netice tertibedilmesidir.

(27) Bu hususta Fransız Temyiz Mahkemesinin şu kararlarına bakınız: crim rej. 7 juill. 1889, D. P. 901, 1, 405; crim rej et cass, 25 mars 1898, D. P. 99, 1, 206; crim cass. 4 juill. 1903, P. 1903, 1, 31; crim, 3 janv. 1913, D. P. 1914, 1, 4, note Donnedieu de Vabres, S. 1913, 1, 281; crim cass. 4 août 1917, S. 1929, 1, 3, note Roux; crim cass. 3 déc. 1927.

(28) Donnedieu de Vabres: *sözü geçen eser*, sah. 140; Vidal et Magnol: *sözü geçen eser*, sah. 137.

(29) Temyiz Mahkememizin şu kararlarına bakınız: Temyiz Ceza Heyeti Umumiyesi, (esas No. 210, karar Na. 219, 22/12/930), (esas No. 10, karar No. 7, 20/1/930), (esas No. 129, karar No. 121, 20/10/931), (esas No. 161, karar No. 174, 23/11/931). Bu kararlar için Temyiz Kararları Ceza Heyeti Umumiyesi, sah. 25, 38, 143, 252; Temyiz Birinci Ceza Dairesi, (esas No. 3671, karar No. 1733, 22/6/935), Temyiz Kararları, 935, sah. 149; Temyiz Ceza Heyeti Umumiyesi (esas No. 4/282/38, karar No. 61, 21/3/938), Temyiz Kararları, 938, sah. 30.

meğe kâfi gelecek miktarda bol ve çeşitli değildir. Bu hususta verilmiş olan birkaç karara müsteniden Temyiz Mahkemesinin içtihat temayülü ve tercih eylediği nazariye hakkında bir fikre sahip olmanın imkânı olmayacağı tabiidir.

Mevcut Temyiz Mahkemesi kararlarının hemen hepsi nazariye ve doktrinde münakaşa dahi olunmayan açık faraziyelere taallük etmektedir: meselâ kadın kaçırmada mağdurenin cebren sürüklenmesi icra hareketi sayılmıştır. Kız kaçırmada mağdurenin 200 metre sürüklenmesi kız kaçırmağa teşebbüs için kâfi görülmüştür.

Fakat Temyiz Mahkememizin, doktrinde çok münakaşalı olan (muayyen bir cürmü işlemek için bir haneye dühul keyfiyeti failin işlemek kastında bulunduğu cürme ait bir icra hareketi teşkil eder mi?) meselesi üzerinde vermiş bulunduğu çok enteresan bir kararı burada nakil ve tenkit lüzumunu hissediyoruz: Temyiz Mahkemesinin üzerinde karar vermeğe davet olunduğu hâdisе şuydu: Mehmet oğlu Satılmış, geceleyin ırzına geçmek kastiyle Zehranın evine giriyor. Fakat bu sırada, karanlıkta, odada uyumakta olan çocuğun üzerine basıyor ve çocuğun feryadı üzerine odadakiler uyanıyorlar. Hâdiselerin bu şekli alması üzerine Mehmet oğlu Satılmış kaçıyor. Hâdiseye vaz'iyed eden Ankara Ağır Ceza Mahkemesi, Satılmış tarafından ika olunan fiilleri ırza tecavüz suçunun icrasına başlama suretinde kabul ederek, Satılmışı ırza tecavüze nâkıs teşebbüsten dolayı mahkûm ediyor.

İtirazen ve tashihen meseleyi tetkik eden Temyiz Birinci Ceza Dairesi «suçlu ırza geçmek için eve girmek suçunu işlemiş ve bu esnada karanlıkta uyumakta olan çocuğun üstüne basması ve evdekilerin uyanması üzerine ırza geçmek için hiçbir fiilî teşebbüse girişemiyerek kaçmış olması hususunda *ne gibi icraî hareketlerde bulunduğu sübut delilleriyle izah olunmaksızın bu suçlunun ırza geçmeğe nâkısan teşebbüs ettiği anlaşıldığından bahisle yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz bulunduğundan...*» Ankara Ağır Ceza Mahkemesi kararının bozulmasına karar veriyor.

Görüldüğü üzere Temyiz Mahkemesi bu karariyle objektif nazariyeyi tamamiyle ve bütün şümuliyle tatbik eylemektedir. Objektif nazariyenin mahzurlarına yukarıda sırası geldiği zaman işaret eylemiştik. Muhterem hocamız Tahir Taner de mezkûr Temyiz Mahkemesi kararını şiddetle tenkideylemektedir: «... Hâdisede failin ırza geçmek kastı, şüphe edilmeyecek surette, taayyün etmiş olduğu gibi, fail fiile tamamiyle yaklaşmıştır; eğer çocuğun üzerine basılmasa ve ev halkı uyanmasaydı failin daha ileri gideceği muhak-

kaktı; bu kadar cüretkârane bir şekilde gece vakti harekete geçmiş, bir evin içine girmiş ve hedefine bu derece sokulmuş olan şahsın — üzerine basılan bir çocuğun bağırması sayesinde — cezadan kurtulabilmesi, kanun vâzının maksadına, izah olunan esaslara uygun olmasa gerektir» (30).

3) *Mevzuat ve son temayüller.*

Son zamanlarda icra başlangıcı mevzuunda mevzuatta yeni bir temayüle tesadüf eylemekteyiz. Etüdümüze nihayet verirken bu yeni temayüllere de kısa bir nazar fırlatmayı lüzumlu buluyoruz.

Yukarıda gerek kanunumuz ve gerek diğer Avrupa kanunlarının icraya başlama tâbirinin ne olduğunu tarif eylememiş bulduklarını söylemiştik. Yalnız şu noktayı ilâve eylemek icabeder ki 1791 tarihli Fransız kanunu umumî bir surette teşebbüsü bir prensip olarak kabul etmemiş olmakla beraber iki nevi cürmün teşebbüsünü cezalandırmakta idi: bunlar katil ve zehirleme suçları idiler. Kanun bu suçlara teşebbüsün ne zaman başlayacağını, daha açık tâbiriyle bu suçlarda icra hareketinin ne olduğunu tâyin eylemişti. Bilâhare 1791 kanununun yerine kaim olan 1810 Fransız kanunu «bu formüllerin içtimaî müdafaayı temin bakımından kâfi olmadığını tespit ederek, bütün teşebbüs hareketlerini kavramak için (icraya başlama) tâbirini istimal» eyledi. Binaenaleyh bu tâbirlerin müşahhas hâdiselerdeki mânalarını kavramak için 1791 tarihli kanundaki tarif ve esaslara müracaat etmek lâzımgeldiğini iddia eyliyen müellifler vardır (31).

Yukarıdan beri izah eylediğimiz gibi hazırlık ve icra hareketlerini birbirinden tefrik hususunda nazariye ve tetbikatçılar tarafından gösterilen sonsuz gayretlere rağmen her hususta tatmin edecek bir neticeye varılmaktan henüz uzak olunması teşebbüs mevzuunda mezkûr tefrikin mahiyet ve kıymeti üzerinde bazı şüphelerin husule gelmesine sebebiyet vermiş bulunuyor. «Hazırlık ve icra hareketlerini birbirinden ayırmak hususunda rastlanan güçlükler ve teşebbüs mevzuunda da sübjektifliğe doğru artmakta olan cereyanlar dolayısıyla böyle bir ayırma ile uğraşmağa hacet kalmaksızın, failin cürmî kastını izhar edecek surette doğrudan doğruya suçun işlenmesine müteveccih olan hareketlerin cezayı müstelzim teşebbüsü vücuda getirmeğe kâfi görülmesi tavsiye edilmektedir» (32). Bu te-

(30) Tahir Taner: *sözü geçen eser*, sah. 264, not 1.

(31) Henri Gallet: *sözü geçen eser*, sah. 159.

(32) Tahir Taner: *sözü geçen eser*, sah. 264 ve 255.

lâkkinin ise, meselenin hallini işe bakan hâkimin salâhiyet ve hakkı takdirine tevdi müncer olacağına farkına varılır. Evvelden de bazı büyük cezacılar arasında bu son telâkkiye müşabih fikirler ileri sürülmelere tesadüf olunabilmektedir.

Meselâ âlim cezacı Rossi diyor ki: «... Bunlar her hususî halde muhakeme ve hallerinin adliye makamlarına tevdi olunması icabeden meselelerdir. Adlî kudretin iyi organize edilmiş bulunduğu yerlerde, birçok kararlar teessüs edecek, bu suretle ileride halli keyfe göre değişebilecek olan hiçbir mesele kalmıyacaktır. Kanun ancak istikamet verici umumî hükümler koymalıdır. Jürisprüdans bilâhare bunların tekâmülünü temin eder ve bundan her hususî hale tatbik olunacak umumî kaideleri istihraceder» (33).

Ortolan da hazırlık ve icra hareketlerini tefrik sadedinde bir kriteriyum vaz ve teklif eylemiş bulunmakla beraber bu hususta hâkimlerin hakkı takdirlerine olan ihtiyacı şu cümlesiyle ifade ediyor: «... İşaret eylediğimiz kaideyi esas olarak almakla beraber bunun tatbikatında mubalâğa göstermemek lüzumunu da ifade edelim: O (hâkim) ika olunan fiillerin mahiyetine ve ahvali şeraite nazaran karar verebilmek yani icra hareketlerine başlamıştır veya başlamamıştır diyebilmek hususunda muayyen bir hakkı takdire malik bulunmaktadır» (34).

Nihayet Von Liszt «... İmparatorluk mevzuatı bu mevzuu jürisprüdansın takdirine bırakacak yerde — *ki bu takibolunan gayeye en muvafık olurdu* — Fransız mevzuatında olduğu gibi umumî olarak bir defa için aradaki hudutları tâyin etmek istedi. Bu hazırlık ve dar mânada teşebbüs arasındaki çizgi Anfang der Ausführung = commencement d'exécution = icra başlangıcı tâbiriyle ifade olunmuştur» (35) demektedir.

Belki de bu yeni cereyanın bir neticesi olarak, İtalyan Ceza Kanunu — Carrara'nın tefrikinden esaslı surette müteessir olmuş bulunmakla beraber — teşebbüs mevzuunda hazırlık ve icra hareketleri tefrikini terkeylemiştir (36). Bu kanunun 56 ncı maddesinin

(33) *Oeuvres complètes de P. Rossi publiées par ordre du gouvernement Italien. Traité de Droit pénal, 3^e édit. tome second. 1863, sah. 148.*

(34) Ortolan: *Eléments de Droit pénal, Paris, 1886, sah. 459.*

(35) Von Liszt: *sözü geçen eser, sah. 300.* Von Liszt, kitabında, hazırlık ve icra hareketleri tefriki mevzuuna temas etmekten çekinir olarak gözükmektedir. Esasen kendisi hiçbir kriteriyum vaz ve teklif eylemiş değildir.

(36) *Code pénal du royaume d'Italie, traduit et annoté par Casabianca, 1932, art. 56.* Esasen yeni İtalyan kanunu teşebbüs mevzuunda çok mühim ye-

birinci fıkrası şöyledir: «Bir suçun ikaina gayrimültebes (nonéquivoque) bir surette müteveccih ve uygun (idoine) hareketler icra eyliyen kimse fiilini ikmal edemez, yahut istediği netice tahakkuk etmezse teşebbüsten dolayı mesul tutulur». Demek oluyor ki bir suçun ikaina müteveccih gayrimültebes ve uygun yani suçu husule getirebilmeğe müsait ve bizatihi onu husule getirmek iradesini müş'ir hareketlerin ika ve binaenaleyh bir suçu icra eylemek kastının haricî tezahüratı ve cürmün ikaina doğrudan doğruya müteveccih fiiller —diğer unsurları da mevcut bulunmak kaydıyle— teşebbüsün tahakkukunu mümkün kılmaktadır (37).

1934 Fransız projesi ise eski an'anevî tefrik esasına sadık kalmıştır (38). Projenin 105 inci maddesine nazaran, «bir icra başlangıcı yahut doğrudan doğruya cürmü icraya teveccüh eden hareketlerle tezahür etmiş bulunan bir cürme teşebbüs failinin iradesinden hariç ahvali şerait dolayısıyla neticeyi husule getiremediği yahut yarıda kaldığı takdirde bizzat tamamlanmış cürüm gibi telâkki olunacaktır. Meğer ki kanun başka türlü bir hüküm sevk etmiş buluna».

Görüldüğü veçhile proje icra ve hazırlık hareketi tefrikini jürisprüdansa öteden beri tespit olunan formüle uygun bir şekilde halleylemiş bulunmaktadır: yani fail yalnız cürmün icraî unsurlarından birini ika eylediği zaman değil fakat aynı zamanda bu suçun ika ve icrasıyla doğrudan doğruya ve yakın bir müşabehet halinde bulunan bir fiili işlediği zaman dahi icra hareketlerine başlamış telâkki olunacaktır. Magnol zikredilen eserinde metinde mezkûr kriteriyumun, «belki tam bir ilmî presizyon arzmemekte mahkemelere fiili cezalandırabilmek hususunda oldukça geniş bir takdir hakkı bırakmakta» bulunmuş olmasına rağmen teklif olunan kıstas-

nilikler meydana koymuş bulunmaktadır: metinde de naklettiğimiz gibi bir ke-re hazırlık ve icra hareketleri tefrikini bertaraf etmiştir. Bundan başka nâkıs ve tam teşebbüs tefrikini ortadan kaldırmıştır.

(37) Adliye Vekâletince yeni İtalyan Ceza Kanunundan çok esaslı surette mülhem olunarak vücuda getirilen Ceza Kanunu projesinin 80 inci maddesinde (Adliye Ceridesi, sene 1941, sayı 9, sah. 648), İtalyan Ceza Kanunundaki ibare şu suretle tercüme olunmuştur: «Bir cürmü işlemeğe matufiyetinde şüphe ve tereddüde mahal bırakmıyan ve aynı zamanda o cürmü işlemeğe elverişli olan hareketleri icra eden kimse fiil tamam olmaz ve netice tahakkuk etmezse cürme teşebbüsten mesul olur».

(38) *L'avant - projet de révision du code pénal français, (partie générale). Rapport présenté à la faculté de Droit de Toulouse, par Joseph Magnol, 1934, sah. 234.*

lar arasında en pratik olduğunu çünkü her hal ve vaziyete tatbik olunabileceğini beyan ediyor; maamafih her nevi karıştırmayı önlemek için metnin aşağıdaki şekilde itmamını tavsiye ediyor: «İcra hareketi cürmün unsurlarından birinden yahut doğrudan doğruya onu icraya taallûk, teveccüh eden bir hareketten ibarettir.»

Yeni İsviçre Ceza Kanunu da teşebbüste hazırlık ve icra hareketlerinin tefriki hususundaki an'anevî diyebileceğimiz sistemi tercih etmiştir (39). Bu kanunun hükmü hemen tamamıyla Ceza Kanunumuzun aynıdır.

Doçent Sulhi Dönmezer

(39) Tahir Taner: *Yeni İsviçre Ceza Kanunu*, (Hukuk Fakültesi Mecmuası, sene 1940, cilt VI. sayı 4, sah. 744).