

SUÇA TEŞEBBÜS

Criminal Attempt

*Arş. Gör. Devrim AYDIN**

1- Giriş

Bir kimsenin davranışlarından dolayı cezalandırılabilmesi için bu davranışların ceza kanununda yasaklanmış olması gerekmektedir. Ceza kanununda yasaklanmayan bir davranışın “suç” olarak nitelendirilmesi kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Suçun varlığı için de kanunda yasaklanan tipik fiilin kusurlu biçimde ihlâl edilmesi gerekmektedir.

Failin suç işlemek kastıyla hareket etmesine rağmen elinde olmayan nedenlerle suçu gerçekleştirememesi halinde teşebbüsün varlığından bahsedilir. Ancak, teşebbüs derecesinde kalmış bir suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ve eğer cezalandırılacaksa cezalandırılabilir bir teşebbüsün başlangıcını ve unsurlarını belirlemek önemlidir.

Bu çalışmada teşebbüs kurumunu ve teşebbüsün unsurlarını inceleyerek teşebbüsün cezalandırılma nedenini ve unsurlarını ortaya koymaya çalışacağız. 1926 tarihli ve 765 sayılı mülga TCK'dan farklı olarak 1 Haziran 2005 tarih ve 5237 sayılı TCK'da eksik teşebbüs – tam teşebbüs ayırımına yer verilmemesini ve gönüllü vazgeçme kurumunun farklı düzenlenmesini incelemeye çalışacağız. Son olarak teşebbüse müsait olan ve olmayan suçları kısaca ele alacağız.

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi.

2- Suç Yolu ve Suçun Tamamlanması

Suç, kural olarak belli aşamalardan geçerek gerçekleşmektedir. Suçun meydana gelinceye kadar geçtiği aşamaların bütününe suç yolu “iter criminis” denilmektedir.¹ Her suçta söz konusu olmamakla beraber suç yolu; düşünce (suç işleme fikrinin ortaya çıkması), icra, tamamlanma ve son bulma aşamalarından oluşur.²

Düşünce aşaması failin psişğinde oluşmaktadır ve suç işleme kararında son şeklini almaktadır.³ Düşünce aşaması sadece kasıtlı suçlarda söz konusu olabilir zira sonucun istenmesi ancak kasıtlı suçlarda mümkün olabilir.⁴ Kişinin işlemeyi “istemediği” bir davranışı, dolayısıyla istemediği bir suçu işlemeyi psişğinde oluşturması mümkün değildir. Hem bu nedenle hem de kanıtlanmasının neredeyse imkânsız olması nedeniyle suç işleme kararı tek başına cezalandırılmamaktadır.⁵ Örneğin, hırsızlık yapmaya karar verdiğini ifade eden kimse, sırf bu kararı nedeniyle cezalandırılmaz, çünkü bu karar henüz dışa yansımamış ve bir norm ihlâl edilmemiştir.

Kararın somutlaştırılması, yani ihmalî ya da icraî bir davranışın işlenmesi halinde ise icra aşaması söz konusu olur. İcra aşaması, failin psişğinde oluşan suç işleme kararının davranışlarla ortaya konulmasıdır. Örneğin hırsızlık suçunu işlemeye karar veren failin, masa üstünde duran ve bir başkasına ait olan parayı mal edinmek için masaya yönelmesi, paraya uzanması, parayı bulunduğu yerden alıp cebine koyması icra hareketleridir. Ancak icra hareketlerinin belli bir kalıbı yoktur ve her suçun icra hareketleri o suçun kanuni tanımındaki hareketlere (tipik fiile) göre belirlenir.

İcra aşamasını tamamlanma aşaması izler. Tamamlanma aşamasının söz konusu olabilmesi için kanunî tipin gerektirdiği bütün unsurların suçun varlığı için yeterli olduğu kadarıyla gerçekleşmiş olması gerekmektedir.⁶ Bu nedenle, kanunî tipin gerektirdiği bütün unsurlar henüz gerçekleşmemiş ise tamamlanmamış, bir başka deyişle teşebbüs aşamasında kalmış suçtan bahsedilir. Adam öldürmeye karar veren failin tabancasını ateşlemesine rağmen mağdurun ölmemesi halinde davranış ve nedensellik bağı gerçekleşmiş olmasına rağmen “sonuç” henüz gerçekleşmediğinden tamamlanmış bir adam öldürme suçu değil, “adam öldürmeye teşebbüs” söz konusu olacaktır. Zira suçun tamamlanması, fiilin kanunda belirlenen soyut tipe uygun olmasını gerektirmektedir.⁷ Oysa bu örnekte olduğu gibi “ölüm” sonucu yani kanunda yasaklanan soyut tanım henüz gerçekleşmemiştir.

¹ Mantovani, Ferrando: **Diritto Penale, Parte Generale**; CEDAM, 2001, s. 443 – 444.

² Mantovani: s. 444.

³ Toroslu, Nevzat: **Ceza Hukuku**; Savaş Yay., Ankara, Ekim 2005, s. 248.

⁴ Mantovani: s. 444.

⁵ Cadoppi, Alberto - Veneziani, Paolo: **Elementi di Diritto Penale**; CEDAM, Padova, 2002, s.36; Toroslu: s. 248.

⁶ Toroslu: s. 248.

⁷ Toroslu: s. 248.

Tamamlanmış bir suç her zaman “son bulmuş/sona ermiş” bir suç demek değildir. Suçun tamamlanma anı ile sona erme anı çakışabileceği gibi suçun tamamlanma ve sona erme anı birbirinden farklı zamanlarda da söz konusu olabilir. Suçun tamamlanması, bir suçun gerçekleşmesi için kanunda öngörülen unsurların olgunlaşmasını ifade ederken, suçun sona ermesi suç olarak kabul edilen hukukî olayın tamamen son bulduğu andır.⁸ Örneğin TCK m. 109’da yer alan, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda kişinin hareket özgürlüğünün kısıtlanması ile bu suç tamamlanmış olur. Kısıtlamanın süreklilik arz etmesi yani suçun kesintisiz (mütemadi) biçimde işlenmesi halinde suçun sona erdiği an, kişinin hürriyetine yönelik kısıtlamanın bittiği andır. Bu nedenle ani suçlarda tamamlanma anı ile sona erme anı çakışmaktayken, kesintisiz suçlarda bu iki kavram birbirinden farklı bir aşamayı ifade etmektedir.⁹ Suçun tamamlanması suçun gerçekleştiği, bir başka deyişle kanundaki soyut tipin oluştuğunu ifade etmekten suçun sona ermesi suçun son bulduğu ve suç yolunun kapandığı anı ifade eder.¹⁰

3- Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsün Tanımı

İrade alanında yani suçun manevî unsuru yönünden, tamamlanmış suç ile teşebbüs derecesinde kalmış suç arasında bir fark yoktur. Teşebbüs aşamasında kalmış suç sadece objektif yönden tamamlanamamıştır çünkü kanunun aradığı tipik fiil kısmen gerçekleşmiştir.¹¹ Suçun kurucu unsurlarından biri olan manevî unsurun varlığı teşebbüste de söz konusudur ve teşebbüs aşamasında kalan bir suç da manevî unsur yönünden tamamlanmıştır.¹² Ancak kasıtlı suçlarda suç işleme kararı söz konusu olabileceğinden sadece kasıtlı suçlarda teşebbüs kabul edilmiştir. 1 Haziran 2005 tarihli ve 5237 sayılı TCK’nın “Suça teşebbüs” kenar başlıklı 35. maddesi, “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*” demek suretiyle teşebbüsün ancak kasıtlı suçlarda söz konusu olabileceğini vurgulamıştır.

Kanun, kastedilen suçun elverişli hareketlerle icraya başlanıp da failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması halinde teşebbüsün varlığını kabul etmektedir. Bu durumda teşebbüsün maddî unsuru, kastedilen suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanmış olmasıdır. Ancak kastedilen suçun

⁸ Ersoy, Yüksel: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**; İmaj Yay., Ankara, 2002, s. 116.

⁹ Mantovani: s. 446.

¹⁰ Toroslu: s. 249; Beltrani, Sergio: **il Delitto Tentato, Parte Generale e Parte Speciale**; CEDAM, Padova, 2003, s. 84.

¹¹ Vannini, Ottorino: **il Tentativo, Nella Dottrina e nel Codice Penale Italiano**; Torino, 1913, s. 95 vd.; Padovani, Tullio: **Diritto Penale**; 3. Ed., Giuffrè Edit., Milano, 1995, s. 352; Beltrani: s. 4; Toroslu: s. 252.

¹² Antolisei, Francesco: **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**; Giuffrè Edit., Milano, 1994, s. 437; Padovani: s. 352.

tamamlanmaması iki biçimde söz konusu olabilir. Birinci durumda suç işleme yönelik hareketler (icra hareketleri) sonuna kadar götürülemediği. (Örneğin, tabancasını ateşlemek isteyen faile etrafta bulunanların müdahale ederek tabancanın ateşlenmesine engel olmaları.) ya da suç işleme yönelik hareketler tamamlanmıştır ancak suçun varlığı için gerekli sonuç gerçekleşmemiştir (Örneğin, fail ateş etmiş ancak mermi mağdura isabet etmemiş ya da yaralanan mağdur tedavi sonucunda iyileşmiştir.) Birinci örnekte eksik teşebbüs, ikincisinde ise tam teşebbüs söz konusudur. Bu durumda tam teşebbüs, eksik teşebbüse göre daha ileri bir aşamayı ifade etmektedir. Bu nedenle eksik ve tam teşebbüs ayrımını benimseyen 1926 tarihli ve 765 sayılı mülga TCK tam teşebbüsü eksik teşebbüse oranla daha ağır bir ceza ile cezalandırmaktaydı. 1 Haziran 2005 tarih ve 5237 sayılı TCK ise bu ayrımı terk ederek her iki aşamayı da aynı ceza ile cezalandırmayı tercih etmiştir.

Dikkat edilirse teşebbüse özelliğini veren husus sonucun gerçekleşmemiş olması değildir. Teşebbüsün tamamlanmamış suç (tamamlanmamış sonuç) olduğu savunulmuşsa da¹³ bu formül sadece maddî (neticeli) suçlar açısından söz konusu olabilir ancak şekli suçlar (sırf hareket suçları) açısından doğru değildir.¹⁴ Şekli suçlarda sonuç olmadığından bu suçlara teşebbüste eksik olan hareketin bir kısmıdır.¹⁵ Örneğin başkasına ait konuta girmek isteyen failin kapıyı açarak içeriye girmeye çalıştığı sırada yakalanması halinde teşebbüs söz konusudur. Teşebbüse özelliğini veren failin elinde olmayan bir “engel” nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamaması ya da icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen istenilen sonucun gerçekleşmemesidir.¹⁶ Burada engelin özelliği, failin iradesi üzerinde etki doğurarak failin hareketlerine devam etmesini olanaksızlaştırması ya da sonucun gerçekleşmesini önlemesidir.¹⁷

4- Teşebbüsün Cezalandırılması

Kanunda tanımlanan tipik fiil işlenmemişse failin cezalandırılması da mümkün değildir. Teşebbüs, özü itibarıyla suç teşkil eden fiilin kısmen işlenmesidir.¹⁸ Bu durumda teşebbüsün cezalandırılmasını öngören hükümler, maddî unsuru tamamlanmamış ve kısmen gerçekleştirilmiş fiillerin de cezalandırılmasını sağladığından teşebbüse ilişkin hükümler ceza kurallarının uygulanma alanını genişletici niteliktedir.¹⁹ Teşebbüsün

¹³ Levi'den aktaran, Toroslu: s. 253.

¹⁴ Antolisei: s. 437; Toroslu: s. 253.

¹⁵ Toroslu: s. 253.

¹⁶ Antolisei: s. 437.

¹⁷ Şen, Ersan: **Türk Ceza Hukuku**; D- R Yay., İstanbul, 2002, s. 226.

¹⁸ Santoro, Arturo: **Tentativo, (Diritto Penale)**; Novissimo Digesto Italiano, Torino, 1971, Vol. XVIII, s. 1134.

¹⁹ Ersoy: s. 117.

cezalandırılmasını öngören hükümler olmasaydı, suç işlemeye yönelmiş ancak tamamlanamamış hareketler de cezalandırılmazdı.²⁰

Teşebbüsün cezalandırılması konusunda ileri sürülen farklı fikirler olmasına rağmen bunları iradeyi esas alan subjektif ve korunan hukukî menfaatin tehlikeye atılmasını öne çıkaran objektif teori olmak üzere iki genel başlık altında incelemek mümkündür.

a- Subjektif Teori

Subjektif teori, dışa yansıyan suç işleme iradesinden dolayı failin cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir.²¹ Bu teoriye göre teşebbüs, failin tehlikeli bir yapıda olduğunun, faildeki anti sosyal iradenin dış dünyaya yansımalarının göstergesi olduğundan teşebbüs aşamasında kalan hareketler de cezalandırılmalıdır.²² Bu teoriye göre teşebbüs açısından önemli olan failin kanuna karşı gelme ve toplum düzenini bozma iradesinin olmasıdır.²³ Bu teori dış dünyaya yansıyan anti sosyal iradeyi, cezalandırmak için yeterli gördüğünden işlenemez suç hallerinin yanı sıra hazırlık hareketlerinin de cezalandırılmasını savunarak cezaî sorumluluğu genişletir.²⁴

Bu teoriye göre eksik teşebbüs – tam teşebbüs ayrımına gerek olmadığı gibi hazırlık hareketleri de cezalandırılmalıdır, çünkü teşebbüsün cezalandırılma nedeni korunan hukukî değer tehlikeye atılması değil, failin suç işleme iradesini dışa vurmuş olmasıdır.²⁵ Bu teorinin kabul edilmesi halinde suçun teşebbüs halinde kalması durumunda cezadan taktiri indirim sistemi belirlenecektir.²⁶

Bu görüşe yönelik temel eleştiri sadece suç işleme kararının dışa vurulmasının cezalandırılmak için tek başına yeterli olmamasıdır.²⁷ Gerçekten de suç işleme kararının failin psişisinde oluşması, bu kararın ifade edilmesi, suç işlemek için anlaşmak veya suç işlemeye teşvik etmek fiilleri tek başına cezalandırılmaz.

²⁰ Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir: **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım**; Beta Yay. İstanbul, 1997, 14. B., C. I, s. 414.

²¹ Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Dersleri**; Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 386; Ersoy: s. 117; Mantovani: s. 448; Santoro: s.1134.

²² Önder: s. 386; Ersoy: s. 117; Santoro: s. 1134.

²³ Santoro: s. 1134; Önder: 386.

²⁴ Artuk, M.Emin: **Suçun Özel Görünüm Şekilleri**; Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1989, s. 244.

²⁵ Centel, Nur: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**; Beta Yay., İstanbul, 2001, s. 364.

²⁶ Artuk : s. 245.

²⁷ Toroslu: s.254.

b- Objektif Teori

Bu görüşe göre teşebbüs, yarım kalmış bir fiili ifade ettiğinden tamamlanmış bir suçun parçasıdır ve buradaki suçlu hareket, korunan hukukî menfaati tehlikeye attığı, korunan hukukî yarar bakımından somut bir tehlike oluşturduğu için cezalandırılmaktadır.²⁸ Korunan hukukî yararın tehlikeye atılması için icra hareketlerinin başlamış olması gerekmektedir. Hazırlık hareketleri korunan hukukî menfaati henüz tehlikeye atmadığı için cezalandırılmaz ve böylece cezalandırılma alanı sınırlandırılmış olur.

Bu görüş kabul edildiğinde objektif olarak suçun gerçekleşme tehlikesi yoksa, fail hareketleri ile psişisindeki suçlu iradeyi ortaya koymuş olsa bile cezalandırılmayacaktır. Bu teorinin kabulü halinde teşebbüs halinde cezadan mutlak indirim sistemi kabul edilmelidir²⁹ çünkü korunan hukukî konu sadece tehlikeye atılmış ancak ortadan kaldırılmamıştır.

Bu görüş, sadece işlenen fiille korunan hukukî konunun tehlikeye atılmış olmasına önem vererek faildeki suçlu iradeyi önemsemesi nedeni ile eleştirilmiştir.³⁰ Failin tehlikeliliğini ortaya koyarak fiili işlemeye yönelmiş olmasına rağmen henüz hukukî konu ortadan kaldırılmamıştır. Bu görüşe göre işlenemez suç söz konusu ise faili cezalandırmak mümkün değildir.

c- Karma Teori

Karma teori subjektif ve objektif teoriyi bağdaştırmaya çalışarak hem failin dışı yansıyan iradesine hem de hareketin hukuk düzeni için oluşturduğu tehlikeyi dikkate almaktadır.³¹ Buna göre teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni hem faildeki suç işleme iradesinin açığa vurulmuş olması hem de hareketin hukukî konuyu tehlikeye atmış olmasıdır.³² Kanunda öngörülen tipik fiil henüz tamamlanamamış ve sonuç gerçekleşmemiştir ancak fail hukuku ihlal etme niyetini açığa vurmuş ve bir kısım hareketleri tamamlamıştır. Teşebbüsün cezalandırılmasını gerektiren neden ile tamamlanmış suçun cezalandırılmasını gerektiren neden özünde aynı olup anti sosyal bir iradenin toplum düzenini bozmaya yönelik davranışlarda bulunmasıdır.³³

Alman Hukukunda egemen olan “etki teorisi” de teşebbüsün cezalandırılmasını, failin bir ceza normuna karşı çıkışının ifadesi olan iradi hareketi ile toplumun hukuka olan güvenini sarsması ve hukukî barışın

²⁸ Soyaslan, Doğan: **Teşebbüs Suçu**; Kazancı Yay., Ankara, 1994, s. s. 26; Mantovani: s. 448; Centel: s. 364; Santoro: s. 1134.

²⁹ Artuk: s. 245.

³⁰ Soyaslan: s. 28.

³¹ Mantovani: s. 449.

³² Centel: s. 365.

³³ Antolisei: s. 440; Önder: s. 387.

zedelenmesine dayandırmaktadır.³⁴ Bu teori de karma teori gibi hem faildeki iradeyi hem de hukuk düzeninin tehlikeye atılmış olmasını esas almaktadır.

Günümüzde egemen olan karma ceza hukuku sistemleri, dış dünyaya yansıyan anti sosyal irade nedeniyle faili cezalandırmakta fakat korunan hukukî varlık zarar görmediğinden tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza ile cezalandırma yoluna gitmektedirler. Bazı ceza hukuku sistemleri (Norveç, Belçika) teşebbüse daha az ceza vermekteyken bazı ceza hukuku sistemleri (Alman, İsveç, Danimarka) teşebbüse tamamlanmış suçun cezasının veya daha hafif bir cezanın verilmesini yargıcın takdirine bırakmıştır.³⁵

Ceza Kanunumuz, teşebbüs derecesinde kalan suçlara tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmesini öngörmüştür. Böylece sadece tamamlanmış suçlar değil, bir suçu gerçekleştirmeye yönelik davranışlar da cezalandırılmıştır. TCK'da, teşebbüs halinde kalan suçlarda yargıca indirim yetkisi tanınmamış, fakat tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza verilmesi öngörülmüştür. TCK'da "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre" denildiği için, objektif teorinin benimsendiği ileri sürülmüştür.³⁶ Ancak bu ifadeden hareketle kanunun sadece korunan hukukî menfaatin tehlikeye konulması nedeniyle teşebbüsü cezalandırdığını söylemek isabetli değildir. Zira kanun aynı zamanda "kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu" diyerek faildeki kusurluluğu öne çıkarmıştır da denilebilir. Ancak bu tür açıklamalar tek başına yeterli değildir. Teşebbüsün cezalandırılma nedeni ile teşebbüsün hukukî niteliği birlikte ele alınmalıdır.³⁷ Tamamlanmış bir suçun cezalandırılma nedeni ile teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun cezalandırılma nedeninin aynı olduğunu kabul eden karma teori bu nedenle daha isabetlidir.

5- Cezalandırılabilir Bir Teşebbüsün Belirlenmesi

Suçun işlenmesi için her zaman gerekli olmamakla beraber hazırlık hareketleri ile her suçta mutlaka gerekli olan icra aşaması vardır.³⁸ Bu ayrımın belirlenmesinin önemi failin dışa yansıyan iradesinin hangi andan itibaren cezalandırılacağı, bir başka deyişle failin iradesinin hangi aşamadan itibaren cezalandırılabilir bir anti sosyalliğe ulaştığının saptanmasıdır.³⁹ Bu nedenle cezalandırılabilir bir teşebbüsün belirlenmesinde temel sorun, suçun işlenmesi için gerekli hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin belirlenmesidir.⁴⁰ Hazırlık ve icra hareketleri ayrımı nedeniyle ancak icra

³⁴ Söztür, Adem: **Suçta Teşebbüs**; Kazancı Yay., İstanbul, 1994, ş. 110; Özbek, Veli Özer: **5237 Sayılı YTCK'nın Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi**; Kazancı Hukuk Dergisi, S. 5, s. 17.

³⁵ Toroslu: s. 255.

³⁶ Özbek: s. 17.

³⁷ Dönmezer – Erman: s. 416.

³⁸ Ersoy: s. 117.

³⁹ Ersoy: s. 117; Antolisei: s. 441.

⁴⁰ Mantovani: s. 450.

hareketleri aşamasına geçmesi halinde yani yapılan hareketlerin kastedilen suçu gerçekleştirebilecek boyutta olması halinde failin cezalandırılacağı kabul edilmiştir.⁴¹

a- Hazırlık Hareketleri

Kural olarak hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasının nedeni, failin iradesinin suç işlemeye yönelip yönelmediğinin tespit edilmesindeki zorluktur. Örneğin (A)'yı öldürmek için zehir temin eden kimse, bu zehirle yakalanırsa bu davranışının cezalandırılabilmesi için bu zehri suç işlemek amacıyla bulundurduğunun ispatı bile yeterli değildir. Zira bu araç henüz bir kuralı ihlal etmek amacıyla kullanılmamıştır. Ancak bazı durumlarda hazırlık hareketleri ayrı bir suç teşkil edebilir; bu durumda suç teşkil eden hazırlık hareketleri cezalandırılacaktır. Örneğin (A)'yı öldürmek için ruhsatsız silah temin eden kimse, bu silahla yakalanırsa sadece ruhsatsız silah bulundurmaktan suçundan sorumlu olacaktır.

Tek başına hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasının başlıca nedeni, dışa yansıyan iradenin tespiti meselesidir.⁴² Örneğin yapılan bir arama sırasında yanındaki çantasında ip ve sopa bulunan kişiyi bunları herhangi bir suçta kullanacağı iddiasıyla suçlamak mümkün değildir. Böyle bir uygulamayı başlatmak ve kişilerin üzerlerinde, yanlarında bulunan eşyaları suçta kullanılacağı şüphesiyle almak, kişi özgürlükleri açısından da sorun teşkil edecektir. Ayrıca, sadece hazırlık hareketlerine bakılarak failin hangi suçu işleyeceğini saptamak olanaklı değildir. Üzerinde bıçakla yakalanan kimse bu bıçakla adam yaralama suçunu işleyebileceği gibi tehdit, mala zarar verme, yağma vs. gibi bir suç da işleyebilir. Bu nedenle hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması konusunda “iradenin zayıflığı” ve “tehlikesizlik teorileri” ileri sürülmüştür.⁴³ İradenin zayıflığı teorisine göre sadece hazırlık hareketleri failin neticeyi gerçekleştirmesine yetmeyeceğinden, failin iradesi neticeye uzak olduğundan henüz cezalandırılabilir bir davranış yoktur. Tehlikesizlik teorisine göre ise hazırlık hareketleri failin suç işlemek amacı taşıdığı ortaya koysalar bile neticeye uzak hareketler oldukları için tehlikeli değildirler ve cezalandırılmaları gerekmez.⁴⁴

Suç işleme kararı veren kişinin yanına herhangi bir araç alması da gerekmemektedir. Örneğin, bir süre önce tartıştığı (A)'nın evine doğru giden (B)'yi suç işleyeceği iddiasıyla sorumlu tutmak mümkün değildir. Daha önce işaret ettiğimiz gibi dışa yansıyan bir hareket olmadığı sürece suç işleme kararının ispatı zordur. Bunun yanı sıra herhangi bir hareket değil, ancak

⁴¹ Elliott, Catherine – Quinn, Frances: **Criminal Law**; England, 2002, s. 204.

⁴² Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**; 3. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2005, s. 262.

⁴³ Bknz: Artuk: s. 243 – 244.

⁴⁴ Artuk: s. 243 – 244.

kastedilen suçu işlemeye yönelik ve bu suçu işlemeye yeterli hareketlerin bulunması gerekecektir. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasının bir diğer nedeni de suç işleme planından vazgeçilme ihtimalinin yüksek olmasıdır.⁴⁵ Örneğin çantasını almak için pusu kurarak (A)'nın geçmesini bekleyen kişinin bu suç planından vazgeçme ihtimali oldukça yüksektir ve sırf bir yerde bekliyor olmak da tek başına suç sayılamaz. Aksine bir ceza siyasetinin izlenerek şüpheli davranışların cezalandırılması ceza kanunlarının potansiyel suçluluk içermesi anlamına gelir ki bu da biçimsel kanunilik ilkesinin ve özgürlükçü hukuk sisteminin özü ile çelişir.

Birçok Batı ülkesi ceza kanununda olduğu gibi 1926 ve 2005 tarihli Türk Ceza Kanunu da cezalandırmak için “icra hareketlerine başlamış olmayı” şart koşturmuştur. Kanunumuzda bu husus “*İşlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da...*” biçiminde ifade edilmiştir.

b- İcra Hareketleri

Hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayrımı kabul edildikten sonra bu kez de icra hareketlerinin ne zaman başladığını tespit etmek gerekecektir. Bu noktadan sonra önemli olan cezalandırılabilir bir icra hareketinin ne zaman başladığını tespit etmektir. İcra hareketlerinin başlangıcını tespit edebilmek bakımından değişik ölçütler ileri sürülmüştür.⁴⁶

Klasik okula mensup hukukçular tarafından savunulan “iltibasa yer vermeme” ölçütü, hareketin yöneldiği hedefin saptanmasını öne çıkarmaktaydı. Buna göre hareketin hedefi “iltibasa yer vermeyecek biçimde” suça yönelik olmalıydı. Failin davranışı hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde suç teşkil eden fiile yönelikse artık icra hareketlerinden bahsedilebilecektir.⁴⁷ Ancak bu görüş, hareketin mahiyetine ilişkin bir sorunu failin kastını kanıtlamaya ilişkin sorunla karıştırma sonucunu doğurabileceği için eleştirilmiştir.⁴⁸ Örneğin (A)'nın evine giren failin evde yakalanması halinde hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için failin hırsızlık amacıyla eve girdiğinin ispatlanması gerekecektir.⁴⁹

⁴⁵ Toroslu: s 257.

⁴⁶ Bknz: Soyaslan: Ceza Hukuku; s. 263, vd.

⁴⁷ Cadoppi – Veneziani: s. 368.

⁴⁸ Bknz: Toroslu: s. 258.

⁴⁹ Jüri sisteminin olduğu İngiliz hukukunda da teşebbüsün varlığına karar verilebilmesi için failin tartışmaya yer vermeyecek biçimde suçun icrası için gerekli hareketleri yaptığının jüri tarafından tespiti gerekir. Sadece hazırlık hareketleri teşebbüsün varlığı için yeterli görülmemektedir. Nitekim İngiliz Temyiz Mahkemesi, sanığın postane binasına bir kilometre mesafede sahte bir silah ve soyguna dair tehdit mektubuyla yakalanmasının, postane binasını soymaya teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için “doğru ve güvenilir” kant olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bknz: Geary, Roger: **Essential Criminal Law**; London, 1995, s. 41; Elliott – Quinn: s. 204.

Carrara, failin faaliyet alanında kalan hareketlerin hazırlık hareketleri, buna karşılık mağdurun faaliyet alanına giren hareketlerin icra hareketleri olduğunu ileri sürmüştür.⁵⁰ Ancak bu görüş, mağdurun hâkimiyet alanı kavramının belirsizliği nedeniyle tutarlı değildir. Failin pencereden (T)'ye ateş etmek üzereyken yakalanması durumunda faili sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır, zira henüz hareketler mağdurun hakimiyet alanında sonuç doğurmamıştır. Öte yandan, ruhsatsız silah bulunduran faili sorumlu tutmak da zordur zira doğrudan bir bireysel hakkı ihlal etmeyen bu suçta mağdurun faaliyet alanını belirlemek olanaklı değildir.

Manzini ve Massari ise ceza normunun ihlali anından itibaren icra hareketinin de başladığını ileri sürmüşlerdir.⁵¹ Ancak normun ne zaman ihlal edilmeye başladığı tespit etmek her zaman olanaklı olmadığı için bu görüş de isabetli sayılmaz.⁵² Bağlı hareketli bir suç söz konusu ise kanuni tipteki hareketin işlenmesi ile icra hareketine de başladığı söylenebilir, ancak serbest hareketli suçlarda hangi hareketin icra hareketi sayılacağını tespit etmek olanaklı değildir. Yağma suçunu işlemek için değişik araçlar temin eden, pusuya yatan, mağdura saldıran, mağduru yaralayan ve mağdurun çantasını alıp kaçan failin hangi hareketi yağma suçunun icra hareketi olarak kabul edilecektir?

Bu teorilerin yanı sıra failin, korunan hukukî varlığa doğrudan saldırıda bulunması, suçta kullanılan vasıtanın kendi özelliğine göre ve failin amacına göre harekete geçirilmiş olması, failin suç işleme iradesini ortaya koyan hareketlerde bulunması gibi ölçütler de ileri sürülmüştür.⁵³ Bu ölçütler tek başlarına her suçun icra hareketlerinin başlangıç anını belirlemeye yetmemektedir. Bu nedenle icra hareketlerinin başlangıç anının belirlenmesini yargıca bırakmak daha isabetli bir çözümdür. Yargıç, mesleki deneyimi, vicdani kanaati ve o günkü bilimsel olanakları da kullanarak cezalandırılabilir bir hareketin ortaya çıkıp çıkmadığını belirlemelidir. Failin çantasında ipe yakalanması, failin boğuşma esnasında yakalandığında üzerinde ip bulunması herhangi bir cezalandırılabilir hareket değildir ancak fail bu ipi mağdurun boynuna dolayıp sıkılaşmaya başladığı sırada engellenmişse artık cezalandırılabilir bir icra hareketi ortaya çıkmıştır. Çünkü hem failin hareketleri mağdurun hâkimiyet alanına yönelmiş, hem araç kastedilen suçu işlemeye olanaklı biçimde kullanılmış hem de failin iradesi kuşkuyla yer vermeyecek biçimde dışa yansımıştır. O halde cezalandırılabilir bir teşebbüsten söz etmek için sadece "suç işleme kararının icrasına başlamış olmak" yetmez, "işlenmesine karar verilen suçun icrasına başlamış olmak" gerekmektedir.⁵⁴

⁵⁰ Bknz: Toroslu: s. 258; Ersoy: s. 118; Centel: s. 370.

⁵¹ Bknz: Toroslu: s. 259; Antolisei: s. 443.

⁵² Antolisei: s. 443.

⁵³ Toroslu: s. 261; Centel: s. 369.

⁵⁴ Toroslu, Nevzat: **Anayasayı İhlâl Suçu**; Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1995, S. 4, s. 595.

Daha önce hazırlanan TCK Tasarısı'nda "kastı şüpheye yer bırakmayacak biçimde" ifadesi yerine 2005 tarihli TCK'da "doğrudan doğruya icraya başlamak" ifadesine yer verilmesi bu nedenle isabetli olmuştur. Zira yukarıda açıkladığımız nedenlerle failin kastının saptanmasını arayan subjektif ölçüt, icra hareketinin başlangıç anının tesbitinde her zaman olanaklı değildir.⁵⁵ Kanunda belirtilen "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütü nedeniyle, işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanmış sayılacaktır.⁵⁶ Ancak Kanun'da geçen bu ifade de eleştiriye açıktır, zira "doğrudan doğruya icraya başlama" ifadesi belirsizdir.⁵⁷ Bu ifade, herhangi bir tartışmaya yer vermeyecek biçimde, kastedilen suçun icrasına başlanıldığı yönünde yargıcın vicdanî kanaatini oluşturması olarak anlaşılmalıdır. Aksi halde "doğrudan doğruya icraya başlama" ifadesi anlaşılabilir. Kanun, iltibasa yer vermeyecek biçimde icraya başlamış olmayı işaret etmiş olmalıdır. Ancak bunun tespiti belirttiğimiz üzere zor olup, yargıcın tecrübesi ile çözülebilir. Tartışma esnasında, belindeki tabancasına elini atan failin hangi suçun icrasına "doğrudan doğruya başladığı" nasıl anlaşılacaktır? Failin kastı hasmını öldürmek, tehdit etmek, havaya ateş etmek ya da yaralamak mıdır? O halde teşebbüs konusunda en doğru kararı bilgisi, deneyimi ve olaya hakimiyeti nedeniyle yargıcın vereceğini beklemek ve kanunda muğlak ifadeler kullanmamak en doğru seçenektir.

6- Eksik Teşebbüs – Tam Teşebbüs Ayrımı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi fail icra hareketlerini tamamlayamamış ise eksik teşebbüs, icra hareketlerinin tamamlanmış olmasına rağmen sonuç gerçekleşmemişse tam teşebbüs söz konusudur.⁵⁸ Bu tür bir ayrımın önemi

⁵⁵ "Hazırlık hareketinin nerede bittiği, icra hareketinin nerede başladığı subjektif kıstastan hareketle bunu objektif kıstasla bütünleştirerek bulunur. Bu itibarla, failin belirli bir suçu işlemek kastını kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketler icra hareketleri olup hareketin dışında kalan hususlar da örneğin failin ikrarı, geçmişi, kişisel durumu, takındığı tavır da nazara alınarak hangi suça yöneldiğinin saptanması gerekir." (YCGK, 1990, E. 10, K. 156, Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık: **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**; Seçkin Yay., Ankara, C.1, Temmuz 1994, s. 1173 – 1174.

⁵⁶ Örneğin Yargıtay, kasten müessir fiil suçunda sanığın yerden taş alarak mağdura yönelmesini icra başlangıcı saymıştır. (YCGK 1993 t. E. 153, K. 215, YKD, C. XX, S. 1, Ocak 1994, s. 123.)

⁵⁷ Toroslu, Nevzat – Ersoy, Yüksel: **Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı**; Türk Ceza Kanunu Reformu, TBB Yay., Ed. Teoman Ergül, İkinci Kitap, s. 12.

⁵⁸ Ashworth, Andrew: **Principles of Criminal Law**; Fourth Edit., Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 446.

TCK m. 35'in gerekçesinde tam teşebbüs, eksik teşebbüs konusunda verilen örnek şöyledir: "Örneğin tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen fail, icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye "eksik teşebbüs"ten dolayı, buna karşılık silâhındaki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettiremeyen fail, icra hareketleri bittiği için "tam teşebbüs"ten dolayı cezalandırılmaktadır." Yargıtay'ın görüşüne dayandırılan örneğe göre ateşli silahın kullanıldığı olayda tam teşebbüsün varlığı için tabancanın ateşlenmesi yetmez, ayrıca mermilerin isabet etmiş olması da gerekir. (Bknz:

failin cezalandırılması sırasında önem kazanmaktaydı. Antisosyal davranış daha ileri bir aşamaya kadar devam ettiği ve hukukî konu daha ağır bir tehlikeye atıldığı için tam teşebbüs, eksik teşebbüse oranla daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktaydı. 5237 sayılı TCK, eksik - tam teşebbüs yerine “teşebbüs”ten bahsederek, failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini bitirememesi ya da icra hareketlerini tamamlamasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi durumunda ceza sorumluluğu açısından bir fark kabul etmemiştir. Ancak TCK m. 35’te “*Suçta teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*” denilmektedir. Burada yargıç cezayı on üç yıldan yirmi yıla, dokuz yıldan onbeş yıla kadar belirlerken ve diğer hallerde verilecek cezayı dörtte birden dörtte üçe kadar indirebilecekken kanunda belirtildiği gibi “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını” göz önünde bulunduracaktır. “Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” ifadesinin soyut olduğu bir gerçektir. Kanunda tek bir teşebbüsten bahsedilmiş olmasına rağmen meydana gelen “zarar veya tehlikenin ağırlığı” ancak hareketlerin kesildiği aşamaya göre belirlenebilir. Bu nedenle uygulamada yargıç somut cezayı saptarken yine teşebbüs derecesinde kalan hareketlerin hangi aşamada kesildiğini tespit etmek durumundadır.⁵⁹ Örneğin öldürmek istediği hasmının üzerine elindeki bıçakla saldıran failden bıçağın alınması ile failin hasmına bıçağı birkaç kez saplaması ancak mağdurun olaydan yaralı olarak kurtulmasını yargıç cezalandırmada göz önünde bulundurmalıdır. Her iki olayda da failin elinde olmayan nedenlerle failin hareketleri yarım kalmıştır, ancak kanunda bahsedilen “zarar veya tehlikenin ağırlığı” her olayda farklıdır. Bu farkı doğuran ise failin davranışının kesildiği aşamadır. O halde kanunda eksik - tam teşebbüs ayırımına yer verilmemiş olsa da yargıç her somut olayda cezanın alt ve üst sınırını belirlerken davranışın kesildiği anı göz önünde bulunduracaktır. Nitekim TCK m. 61’de “Hâkim, somut olayda...meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını...göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.” denilmektedir.

7- Teşebbüsün Unsurları

Teşebbüse özelliğini veren tamamlanamamış suç olmasıdır. Bu nedenle, suçta bulunması gereken objektif (maddi) ve subjektif (manevi) unsur

Sözür: s. 227.) Oysa, 765 sayılı TCK m. 62’de geçen “ cürmün icrasına taalluk eden bütün fiillerin bitirilmiş olması” ifadesinin bu şekilde anlaşılması isabetli sayılmaz, zira ateşli silahın tetiğinin çekilmesi suçun icrası ve sonucun gerçekleşmesi için yeterli olup merminin isabet edip etmemesi ayrı bir konudur.

⁵⁹ Özbek: s. 23.

teşebbüste de vardır.⁶⁰ Teşebbüsten söz edilebilmesi için, failin kastettiği suçun icra hareketlerine elverişli araçlarla başlamış olması gerekir. Objektif ve subjektif unsurların bulunması halinde cezalandırılabilir bir teşebbüs söz konusu olacaktır.

a- Manevi Unsur

Manevi unsur açısından teşebbüs halinde kalmış suç ile tamamlanmış suç arasında bir fark yoktur.⁶¹ Teşebbüsün manevi unsuru kasıt şeklinde beliren kusurluluktur.⁶² Buradaki kasıt da işlenmek istenen suça yönelik olan kasttır; yoksa tamamlanmış suç için ayrı teşebbüs derecesinde kalmış suç için ayrı kasıt düşünülemez.⁶³ Teşebbüs derecesinde kalmış bir suçta da fail, belli bir suç işlemek kastıyla hareket etmiş⁶⁴ yani belli bir suç işlemeyi denemiş ama başarılı olamamıştır.⁶⁵ Teşebbüsün manevi unsuru, farklı hukuk sistemlerinde aynı özelliği sergilemektedir. Teşebbüsü tamamlanmış suçtan ayıran yön manevi unsur değil, maddi unsurdur.⁶⁶

Kanundaki “kişi işlemeyi kastettiği” ifadesi, ancak kasıtlı suçlarda teşebbüsün söz konusu olabileceğini yönündedir. Teşebbüs halinde kalmış suçtaki kast bütün unsurları ile tamamlanmış suçu işlemek kastıdır.⁶⁷ Kasıt, tipik fiilin bilinmesi ve istenmesi olduğuna göre, teşebbüs halinde kalmış bir suçta da fail davranışının zararlı olduğunu bilmekte ve kastettiği suçun gerçekleşmesini istemektedir.⁶⁸

Ancak söz konusu olan, “işlenmesine kastedilen suçun icrasına başladığını” bilmek ve istemektir.⁶⁹ Bu nedenle ancak, failin belirli (doğrudan) kasıtlı hareket etmesi halinde teşebbüs halinde kalmış suçtan bahsedilebilir.⁷⁰ Sonucun istenmediği bir durumda failin kasıtlı davranışta bulunması da mümkün değildir. Olası (muhtemel/dolaylı, dolus eventualis) kastın söz konusu olması halinde göz önüne alınan sonuçlara da teşebbüs edildiğinin kabulü ve olası sonuçlara da teşebbüs edildiği gerekçesiyle failin cezalandırılması olanaklı değildir.⁷¹ Olası kasıt, sonucun failin istediği sınırlar içinde kalıp kalmadığı meselesi ile ilgili olduğuna göre doğrudan

⁶⁰ Vannini: s. 5 – 6.

⁶¹ Antolisei: 437.

⁶² Pagliaro, Antonio: **Sommario del Diritto Penale Italiano**, Parte Generale; Giuffrè Edit., Milano, 2001, s. 293; Mantovani: s. 455; Beltrani: s. 56.

⁶³ YCGK, 1990 t. ve E. 101, K. 156 s.k., YKD, Kasım 1990, C. XVI, S.11, s. 1700.

⁶⁴ Fornasari, Gabriele: **I principi del Diritto Penale Tedesco**; CEDAM, Padova, 1993, s. 392.

⁶⁵ Ashworth: s. 449.

⁶⁶ Fornasari: s. 392.

⁶⁷ Smith – Hogan: **Criminal Law; Butterworths**, London, 1999, s. 307; Geary: s. 41.

⁶⁸ Santoro: s. 1145; Mantovani: s. 455.

⁶⁹ Toroslu: s. 262.

⁷⁰ Tassi, Sauro: **il Dolo**; CEDAM, Padova, 1992, s. 115.

⁷¹ Pagliaro: s. 294; Tassi: s. 108 – 109; Dönmezer – Erman: s. 417.

kastedilmeyen fakat göz önüne alınan sonuçlara da teşebbüs edildiğini kabul etmek olanaklı değildir.⁷² Örneğin, patlama anında oradan bulunanların ölme ihtimalini de göz önüne alarak “korku yaratmak amacıyla” bir meydana bomba koyan failin doğrudan kastı korku yaratmak iken, olası (dolaylı) kastı patlama anında meydana gelebilecek ölüm ve yaralanmalardır. Ancak bomba henüz patlamadan failin yakalanması ve bombanın etkisiz hale getirilmesi halinde fail ancak “işlemeyi kastettiği” suçtan yani doğrudan kastedilen “korku yaratmaktan” sorumlu tutulabilir. Kastedilmemiş ancak göz önüne alınmış olan diğer sonuçlar açısından da faili sorumlu tutmak olanaklı değildir. Bombanın patlaması ve sadece doğrudan kastedilen sonuçların gerçekleşmesi buna rağmen göz önüne alınan diğer sonuçların gerçekleşmemesi halinde ise bunların gerçekleşmesine teşebbüs edildiğinin kabulü yukarıda açıkladığımız nedenlerle olanaklı değildir.

b- Maddî Unsur

Teşebbüsün maddi unsuru, icra hareketlerine elverişli hareketlerle başlanılmış olmasıdır, bunların varlığı maddi yönden teşebbüsün pozitif unsurudur.⁷³ Teşebbüsün maddi yönden negatif unsuru ise icra hareketlerinin tamamlanmamış veya sonucun gerçekleşmemiş olmasıdır.⁷⁴ Teşebbüsün maddi yönden negatif unsuru, yani icra hareketlerinin tamamlanamamış ya da sonucun gerçekleşmemiş olması onu tamamlanmış suçtan ayıran yönüdür.⁷⁵ Böylece teşebbüste cezalandırılabilir davranışlar yapılmış olmasına rağmen tamamlanamayan bir suç söz konusudur.⁷⁶

İcra hareketlerine başlanılmış olma meselesinde önemli olan cezalandırılabilir bir teşebbüsün başlangıç anının belirlenmesidir.⁷⁷ Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi icra hareketlerinin başlangıç anının ve icra hareketleri ile hazırlık hareketleri arasındaki ayrımın belirlenmesi açısından ileri sürülen farklı görüşler olmasına rağmen bu görüşlerden herhangi birinin tek başına kabul edilmesi her zaman için yeterli bir çözüm sunmamaktadır. Bu nedenle yargıcın her olayda mesleki bilgi ve deneyimini kullanarak icra hareketlerinin başlangıç anını belirlemesi gerektiğini belirtmiştik.

Hareketin elverişli olması, suç fiilini derhal oluşturabilecek nitelikte olması demektir.⁷⁸ Hareketin suç fiilini derhal oluşturabilmesi için de öncelikle kullanılan aracın işlenmesi kastedilen suç fiilini gerçekleştirebilecek nitelikte olması ve ayrıca aracın suç fiilini meydana

⁷² Pagliaro: s. 294; Tassi: s. 108; Beltrani: s. 57.

⁷³ Pisapia, Gian Domenico: **İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri**; Padova, 1965, (Çev. Atif Akgüç), s. 118; Smith – Hogan: s. 312.

⁷⁴ Mantovani: s. 457; Pisapia: s. 118; Santoro: s. 1147.

⁷⁵ Fornasari: s. 394; Pagliaro: s. 294.

⁷⁶ Ashworth: s. 450 vd.

⁷⁷ Pagliaro: s. 294.

⁷⁸ Toroslu: s. 263.

getirebilecek biçimde kullanılmış olması gerekmektedir.⁷⁹ Araç elverişli değilse icraya da başlanılmış olmayacaktır.⁸⁰ Örneğin adam öldürme suçunu işlemek isteyen fail, süngerden imal edilmiş oyuncak topu mağdurun kafasına vursa bile bu araç adam öldürmeye yetmez. Fail, temin ettiği zehri mağdurun üzerine onu öldürmek kastıyla dökse bu kez araç amacı oluşturabilecek nitelikte kullanılmadığından teşebbüsün varlığından bahsedilemez. Ancak aracın mutlaka imal edilmiş biçimine ve hayatın olağan akışına uygun kullanılması gerekmez, aracın kastedilen sonucu doğurmaya elverişli biçimde kullanılması teşebbüsün varlığı için yeterlidir. Örneğin failin öldürmek için elindeki dolu tabancayla ateş etmesi gerekmez, tabancanın kabzasıyla vurmak suretiyle de kastedilen suç işlenebilir. Ateş etmek için yapılmış bir tabancanın elverişli olması için mutlaka bu biçimde kullanılmış olması gerekmez. “Araç” kavramının mutlaka alet veya makine olması da gerekmez.⁸¹ Kişinin eli, kolu, kafası, ayağı, dişleri hatta protez eli, kolu araç olabilir yeter ki kastedilen sonucu gerçekleştirmeye elverişli olarak kullanılmış olsun.

Hareketin elverişliliğinin saptanması için kastedilen suçta kullanılan araçların niteliğinin ve araçların kullanılış biçiminin değerlendirilmesi gerekecektir.⁸² Hareketin elverişliliği, işlemek istenen suçun niteliğine göre saptanmalıdır. Hareketin elverişliliği kullanılan araçların ve yapılan hareketlerin sonucu gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eder.⁸³ Aynı araç bir suç için yeterli iken bir başkası açısından yeterli olmayabilir. Örneğin yetişkin birini öldürmek için suyuna tebeşir tozu katılması bu kişiyi öldürmeye yetmezken yeni doğmuş bir bebeğin ölümüne neden olabilir. Ancak, kullanılan aracın elverişsiz olması ile aracın yetersiz olması aynı değildir.⁸⁴ Bu nedenle kullanılan araç kastedilen suçu gerçekleştirmeye yeterli olmasına rağmen somut olayda yetersiz ise teşebbüs söz konusudur. Örneğin (A)’nın suyuna katılan 1 gram arsenik onu birkaç günlük tedavinin ardından iyileşmesine neden olacak şekilde etkilemiş olsa da adam öldürmeye teşebbüs söz konusudur. Ancak bir başka olayda 1 gram arsenik mağdurun ölümünü doğuracak yeterlikte olabilir. Aracın elverişsiz olması ile aracın yetersizliği birbirinden farklı olup, yetersizlik miktar ya da kullanılış itibarıyla belli bir azlığı ifade eder.

Teşebbüsün maddî yönden negatif unsuru ise icra hareketlerinin tamamlanamaması veya sonucun gerçekleşmemesidir. TCK m. 35 ve 36’da negatif unsura değinilerek, failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketlerinin tamamlanmış

⁷⁹ Toroslu: s 263; Beltrani: s. 18.

⁸⁰ Alacakaptan, Uğur: **İşlenemez Suç**; AÜHF Yay., Ankara, (tarihsiz), s. 61.

⁸¹ Şen: s. 218.

⁸² Alacakaptan: s. 61 vd.

⁸³ Santoro: s. 1135; Alacakaptan: s. 61.

⁸⁴ Erem, Faruk: **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**; 13. B., Seçkin Yay., Ankara, 1995, C. I, s. 335.

olmasına rağmen sonucun gerçekleşmemesinden bahsedilmiştir. Örneğin, failin hasmını yaralamak kastıyla bıçağı saplamak için hamle yaptığı sırada etrafta bulunanların faildeki bıçağı alarak icra hareketini engellemeleri veya failin bıçağı saplamak üzere hamle yapmasına rağmen mağdurun yana sıçrayarak bıçak darbesinden korunarak yaralanma neticesini engellemesi halinde teşebbüsten bahsedilecektir.

İcra hareketlerinin tamamlanmaması veya sonucun gerçekleşmemesi mutlaka failin iradesi dışında olmalıdır, bir başka deyişle failin elinde olmayan nedenlere dayanmalıdır. Eğer fail icra hareketlerine kendi isteği ile son vermiş ya da sonucun gerçekleşmesini kendi çabaları ile engellemişse bu durumda teşebbüs değil, isteyerek vazgeçme söz konusu olur.

İcra hareketlerinin tamamlanamaması veya sonucun gerçekleşmemesi maddi veya manevi engellerden kaynaklanabileceği gibi üçüncü bir kişinin fiilinden de kaynaklanabilir. Örneğin hırsızlık amacıyla bir evin balkonuna çıkan failin yoldan geçen polisler tarafından yakalanması, duyduğu gürültüler üzerine yakalanmaktan korktuğu için olay yerinden ayrılması ya da uzun uğraşlarına rağmen evin kapısını açmayı başaramaması veya kullandığı aletin, maymuncuğun kırılmasından ötürü kapıyı açamayarak oradan ayrılması halinde icra hareketleri tamamlanamadığından suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.

8- İşlenemez Suç⁸⁵

Suçun maddi konusunun bulunmaması veya suçta kullanılan araçların ve dolayısıyla hareketin elverişsiz olması halinde işlenemez suçtan bahsedilir.⁸⁶ Bu durumda fail işlemeyi kastettiği suçu gerçekleştirmek için gerekli icra hareketlerini yapmasına rağmen kullandığı aracın (hareketin) elverişli olmaması nedeniyle sonuç gerçekleşmemektedir.⁸⁷ Örneğin failin adam öldürmek için kullandığı tabancanın mekanizmasının bozuk olması ve o haliyle ateş etmesinin imkânsız olduğunun saptanması halinde teşebbüsten bahsedilemeyecektir zira teşebbüsten söz edilmesi için gerekli olan maddî unsur yoktur.

⁸⁵ Doktrinde “imkânsız suç” ifadesi de kullanılmaktadır. Bknz: Antolisei: s. 453; Smith – Hogan: s. 320; Cadoppi – Veneziani: s. 378 – 379.

İşlenemez suçtan farklı olarak “mefruz suç” olarak adlandırılan durumda, ceza normunun varlığında veya suçun unsurlarında hata eden failin işlediği fiili suç zannetmesi söz konusudur. Örneğin cesede ateş edenin adam öldürdüğün zannetmesi işlenemez suçtur zira suçun maddi konusu yoktur, oysa evli birinin eşinden başkasıyla olan ilişkisini zina suçu zannetmesi mefruz bir suçtur zira zina TCK’da suç olarak yer almamaktadır. Bknz: Soyaslan: Ceza Hukuku; s. 314, vd. Soyaslan: Teşebbüs Suçu, s. 174 vd; Alacakaptan: s. 3, vd.

⁸⁶ Antolisei: s. 453.

⁸⁷ Smith – Hogan: s. 320; Cadoppi – Veneziani: s. 378 – 379.

a- Suçun Maddi Konusunun Bulunmaması

Kastedilen suçu işlemek için elverişli araçlarla icra hareketlerinin tamamlanmış olmasına rağmen suçun üzerinde işlenebileceği maddi konunun bulunmaması halinde de işlenemez suç söz konusudur. Suçun maddî konusu, suçun üzerinde işlendiği şahıs veya şeydir.⁸⁸ Örneğin pusu kurarak hasmını öldürmek isteyen fail, ilerideki karaltıya hasmı olduğu zannıyla ateş edip başıboş bir atı vurursa ortada adam öldürme suçu yoktur zira adam öldürme suçunun maddî konusunu oluşturan canlı insan bedeni yoktur.

TCK m. 35'in gerekçesinde “*Suçta teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.*” ifadesine yer verilmiştir. Burada geçen “suçun konusu” ibaresi doğru bir kullanım olmamakla beraber “suçun maddî konusu” olarak anlaşılmalıdır. Tek başına “suçun konusu” ifadesi suçun maddi konusu demek değildir.

b- Hareketin Elverişsizliği

TCK'da işlenemez suçla ilgili açık bir düzenleme yer almamakla beraber 35. maddede “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*” denmektedir. Bu durumda işlenemez bir suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışma konusu olabilir. Ancak TCK m. 35'te teşebbüsün söz konusu olması için sadece icra hareketlerine başlanılmasını yeterli görülmemiş, icra hareketlerine elverişli hareketlerle de başlanılmış olmasını gerektiğine yer verilerek cezalandırılabilir bir teşebbüsün maddî unsuru belirtilmiştir. Bu durumda icra hareketlerine elverişli hareketlerle başlanılmış olmalıdır. Bir başka ifadeyle, icra hareketlerinin yöneldiği sonucu gerçekleştirmeye yeterli hareketlerin yapılmış olması gerekecektir.⁸⁹ Hareketlerin elverişli olması demek, hukuken korunan hak veya menfaati (suçun hukukî konusunu) tehlikeye atmaya veya ortadan kaldırmaya uygun olması demektir.⁹⁰

İşlenemez suç genellikle aracın elverişsiz olmasından ileri gelmesine rağmen hareketin elverişsizliği ile aracın elverişsizliği aynı olmayıp, elverişli araç tek başına hareketin de elverişli olduğu anlamına gelmez. Örneğin dolu bir tabanca ile atış menzili dışında bulunan birine ateş etmenin mutlak elverişsizlik olduğu ileri sürülmüştür.⁹¹ Burada araç elverişli olmasına

⁸⁸ Toroslu: s. 93.

⁸⁹ Beltrani: s. 27; Soyaslan: Ceza Hukuku; s. 273, vd.

⁹⁰ Alacakaptan: s. 61.

⁹¹ Erem: s. 335.

rağmen icra hareketi kastedilen suç doğurmaya elverişli değildir. Kanunun “elverişli araç” yerine “elverişli hareket” demesi bu nedenle isabetli olmuştur.⁹²

Eğer hareketin elverişsizliği aracın elverişsizliğinden ileri gelmişse ikili bir ayırım yapılarak aracın mutlak elverişsizliği halinde işlenemez suçun, aracın nisbi elverişsizliği halinde ise teşebbüsün varlığı kabul edilir.⁹³ Örneğin tüm mekanizması bozuk olan bir tabanca ile ateş edip adam öldürme suçunu işlemek isteyen failin kullandığı araç mutlak surette elverişsiz olduğundan işlenemez suç söz konusudur ve fail teşebbüsten sorumlu olmaz. Buna rağmen fail boş bir tabanca ile ateş etmeye çalışırsa araç nisbi olarak elverişsizdir, yani araç bu haliyle yetersizdir ve fail elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlayamadığı için teşebbüsten sorumludur.

Aracın elverişli olup olmadığı her olayda ve aracın kullanılış biçimine göre değerlendirilmelidir, bu nedenle aracın elverişliliğini belirleyen onun sonucu gerçekleştirebilecek biçimde kullanılması yani hareketin elverişli olmasıdır.⁹⁴ Örneğin az önce verdiğimiz örnekteki tamamen bozuk tabancanın kabzası ile vurmak suretiyle fail hasmını yaralar veya öldürürse araç elverişli biçimde kullanılmış olur. Mağdura öldürücü dozdan az miktarda striknin verilen bir olayda Yargıtay, dozun az olması nedeniyle ölümün gerçekleşmediğini ancak dozun azlığının aracı elverişsiz hale getirmeyeceği nedeniyle failin sorumluluğunun “adam öldürmeye tam teşebbüs” olması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁵ Burada elverişli olan araç, miktar itibarıyla azdır ve bu durum nisbi elverişsizlik olarak kabul edilmiştir. Bir başka olayda ise Yargıtay suç anında paranın çekmede bulunmamasını işlenemez suç olarak değil, hırsızlığa (eksik) teşebbüs olarak nitelendirmiştir.⁹⁶

Aracın elverişsizliğinin mutlak ya da nisbi olup olmadığı soyut olarak değil, her olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir.⁹⁷ Bizzat “elverişsizlik” kavramının kendisinin soyut ve nispi olduğu da dikkate alınarak⁹⁸ yargıç her olayda hareketlerin kastedilen suç gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını tespit etmelidir. Araç elverişli olmasına rağmen

⁹² Yargıtay, aracın elverişli olup olmadığı konusunda bazen objektif bazen de subjektif teoriyi uygulamaktadır. Örneğin bir olayda av tüfeğiyle ateş edilmesine rağmen saçmaların yüzeysel yaralanmalara neden olmasında aracın ölüm sonucunu doğurmaya elverişsiz olduğuna karar vermiştir. (Y1.CD, 1990, t., E. 576, K. 902, Savaş – Mollamahmutoğlu: C. I, s.1240, Bir başka olayda ise Yargıtay nişan alınarak ateş edilmesine rağmen mermilerin isabet etmemesini adam öldürmeye teşebbüs olarak değerlendirmiştir. (Y 1. CD, 1978 t., E. 4145, K. 3947 s.k., YKD, Y. 1978, C. 5, S. 8, s. 1212.)

⁹³ Erem: s. 335; Ersoy: s. 122; Ancak bu ayrımı reddeden yazarlar da bulunmaktadır. Bknz: Soyaslan: s. 92 vd.

⁹⁴ Pisapia: s. 121; Erem: s. 335; Centel: s. 374.

⁹⁵ 1. CD., 1963 t. E. 320, K. 1134 sk; Resmi Kararlar Dergisi, Y. 5, S. 11 – 12, s. 67.

⁹⁶ Y 6.CD., 1983 t., E. 4019, K. 5620, s.k., Savaş –Mollamahmutoğlu: C. I, s. 1197 – 1198.

⁹⁷ Ersoy: s. 123.

⁹⁸ Dönmezer – Erman: s. 419.

failin aracı, suçu oluşturabilecek biçimde kullanmış olması da gerekir.⁹⁹ Failin tabancayı kullanmayı bilmemesi halinde objektif yönden elverişli olan bir araç, fail bunu kullanmayı bilmediği için elverişli hareket olarak değerlendirilemez.¹⁰⁰

Subjektif ceza hukuku anlayışı, failin kusurlu iradesini öne çıkardığı için failin dışı yansıyan suç işleme iradesi ve sosyal tehlikeliliği nedeniyle failin cezalandırılmasını savunmaktadır.¹⁰¹ Pozitivist görüşü yansıtan Yeni İtalyan Ceza Kanunu işlenemez suçta da dışı yansıyan bir tehlikelilik olduğundan hareketle faile güvenlik tedbiri uygulanmasını kabul etmiştir.¹⁰² Bu konuda daha ileri giden İngiliz Hukukuna göre hukukî ya da maddî imkânsızlık teşebbüsü ortadan kaldırmamaktadır ve bu durumda da fail teşebbüsten sorumludur.¹⁰³

Dış dünyaya yansıyan antisosyal davranış ve korunan hukukî menfaatin tehlikeye atılmış olması nedeniyle failin bir miktar ceza ile cezalandırılması ya da faile güvenlik tedbiri uygulanması uygun olurdu¹⁰⁴ ancak TCK'da bu tür bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

9 - Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme, suçun icrası sırasında failin kendi iradesi ile icra hareketlerine son vermesi ya da sonucun gerçekleşmesini önlemeye yönelik çabalarla suç işleme kararından vazgeçmesi durumunda söz konusu olur.¹⁰⁵ Gönüllü vazgeçmede, ortada cezalandırılabilir bir teşebbüs söz konusu olmasına rağmen, suç politikası nedeniyle failin cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir.¹⁰⁶ Gönüllü vazgeçmede faile ceza verilmemesinin temel amacı, failin sonucu gerçekleştirme imkânı varken bunu engelleyebilmek ve suç yoluna iradesiyle son veren faili, cezalandırılmayacağı yönünde cesaretlendirmektir.¹⁰⁷

Failin başladığı icra hareketlerini tamamlama imkânı varken hareketlerine devam etmemesi halinde icra hareketlerinden vazgeçme söz konusudur. Burada önemli olan failin kendi iradesiyle ve isteyerek vazgeçmiş olmasıdır; fail dışarıdan gelen maddî, manevî bir zorlama veya etki nedeniyle icra hareketlerine son vermişse isteyerek vazgeçmeden

⁹⁹ Toroslu: s. 263.

¹⁰⁰ Aksi yönde, Dönmezer – Erman: s. 419.

¹⁰¹ Ashworth: s. 453 – 455.

¹⁰² Padovani: s. 361; Cadoppi – Veneziani: s. 380; Ersoy: s. 123.

¹⁰³ Geary: s. 41.

¹⁰⁴ Ersoy: s. 123.

¹⁰⁵ Erra , Carlo: **Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme**; (Çev. Sahir Erman), İÜHFİM, Y: 1944, C. X, S. 1 - 2, s. 681; Toroslu: s. 266.

¹⁰⁶ Erra: s. 687; Sözüer: s. 240.

¹⁰⁷ Vannini: s. 178; Erra: s. 687.

bahsedilemez.¹⁰⁸ Eğer fail elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamamışsa daha önce de işaret ettiğimiz gibi bu durumda teşebbüsten bahsedilir. Fail icra hareketlerine suçu daha elverişli bir zamanda veya daha elverişli araçlarla işlemek için son verebileceği gibi suç işlemek fikrinden vazgeçtiği için de son vermiş olabilir.¹⁰⁹ Ancak failin kullandığı vasıtaların elverişsizliğini anladığı için hareketine devam etmemesi halinde ise gönüllü vazgeçme söz konusu değildir.¹¹⁰ Önemli olan failin hangi amaçla icra hareketlerine son vermiş olduğu değil, bizzat icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmiş olmasıdır.¹¹¹ Örneğin failin hırsızlık amacıyla kapısını açtığı evde çalmaya değer herhangi bir şey olmadığını fark ederek ya da evde çok kıymetli eşyalar olduğu için daha uygun bir zamanda ve başka kişilerle gelmeye karar vererek oradan uzaklaşması halinde¹¹² isteyerek vazgeçme söz konusudur. O halde burada olduğu gibi icra hareketlerinden gönüllü vazgeçme, negatif bir özelliğe sahip olup hareketlerin devam ettirilmemesidir. Ancak ihmal suçları ve ihmal suretiyle icra suçlarında icra hareketlerinden gönüllü vazgeçme ancak hareketsizliğe son verilerek yapılmayan hareketlerin yapılmasını gerektirir.¹¹³

Suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önleme ise icra hareketleri tamamlandıktan sonra sonucun gerçekleşmesini engellemeye yönelik çabaların ortaya konulmasını ifade eder. Örneğin hasmını öldürmek kastıyla ateş ederek onu yaralayan failin mağduru kanlar içinde gördüğünde ölümü engelleyebilmek için onu hastaneye yetiştirmesi halinde isteyerek vazgeçme söz konusudur. Ancak bu durumda sadece sonucun gerçekleşmesini engellemeye yönelik çabalar yeterli değildir, sonucun mutlaka engellenmiş olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere burada söz konusu olan gönüllü vazgeçmenin pozitif bir niteliği vardır ve sonucu engellemeye yönelik aktif davranışlar gerekmektedir. Örneğin görev yerinden ayrılan memurun görev yerine dönmesi ya da acil servise getirilen hastaya müdahale etmeyen doktorun gerekli tıbbî müdahalede bulunması gibi.

Failin sonucu engellemeye yönelik çabaları, sonucun bizzat fail tarafından engellenmiş olması olarak anlaşılmalıdır. Örneğin fail, öldürmek kastıyla nehre attığı mağduru kurtarılması için yardım çağırması ve mağduru olay yerine gelenler kurtarmışsa, fail öldürmek istediği mağduru hastaneye yetiştirmiş ve yapılan tıbbî müdahale ile mağduru ölümü engellenmişse fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmalıdır.

¹⁰⁸ Erem: s. 350.

¹⁰⁹ Önder: s. 403.

¹¹⁰ Toroslu: s. 268.

¹¹¹ Erra: s.700.

¹¹² Failin daha iyi şartlarda tekrarlamak için vazgeçmesini isteyerek vazgeçme olarak kabul etmeyen Erem'e göre ortada isteyerek vazgeçme değil, "filde duraklama" vardır. Yazar'a göre suçun icrasından vazgeçmekle suç kararından vazgeçmek aynı şeyi ifade etmez. Bknz: Erem: s. 362.

¹¹³ Erra: s. 715; Toroslu: s. 267.

Gönüllü vazgeçme, sadece sonucu bizzat failin engellemesi olarak değil aynı zamanda başkaları tarafından da olsa sonucun engellenmesini sağlamaya yönelik failin ciddi çabaları olarak anlaşılmalıdır, yeter ki sonuç engellenmiş olsun.

TCK m. 36'da "*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz*" denildiği için failin sonucu engellemeye yönelik çabasının yeterli olmadığı açıktır. Buna rağmen madde gerekçesinde "*Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir.*" ifadesi doğru değildir. Gerekçedeki bu ifadeye göre failin sonucu engellemeye yönelik ciddi çabalarının varlığı da gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilecek ve faile teşebbüsten ötürü ceza verilmeyecektir. Gerekçedeki bu ifade yanıltıcı olduğu kadar madde metnine de aykırıdır. Eğer failin tüm çabalarına rağmen sonuç gerçekleşmişse, örneğin fail boğulması için nehre attığı mağduru kurtarmak için çok ciddi çabalar göstermiş olmasına rağmen mağduru ölmekten kurtaramamışsa kastedilen suç gerçekleşmiştir. Bu durumda faile tamamlanmış suçtan ceza verilecektir. Yargıç, sonucu engellemeye yönelik çabaları nedeniyle TCK m. 62'de öngörülen taktiri indirim nedenini uygulayabilir.

Fiil bitmemiş olmakla beraber belli bir suçun tipik fiili olarak vasıflandırılabilen bütün şartlar var ise gönüllü vazgeçme söz konusu değildir.¹¹⁴ Örneğin tabancasındaki kurşunlardan sadece birini atarak mağduru yaraladıktan sonra, ateş etmek imkânı varken ateş etmeyen ya da daha fazlasını kullanma olanağı varken daha az zehir kullanan fail teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır. Fail ancak zehri verdikten sonra panzehiri vermiş ya da ateş ettikten sonra mağdurun tedavisinin yapılmasını ve hayatta kalmasını sağlamışsa gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir.¹¹⁵

İcra hareketlerinden vazgeçme veya sonucun gerçekleşmesini engellemek failin iradesi ile olmalıdır ancak bu durum failin gerçekten pişmanlık duyduğu biçiminde anlaşılmalıdır.¹¹⁶ Önemli olan failin icra hareketlerine son vermesi ya da sonucu engellemiş olmasıdır, failin bunu hangi saikle yaptığı önemli değildir. Fail korktuğu için, acıdığı için, vicdan azabı çektiği için, daha sonra suç işlemek için ya da mağdur tarafından sunulan menfaat nedeniyle vazgeçmiş olabilir. Gönüllü vazgeçme, failin icra hareketlerini tamamlayarak sonucu gerçekleştirebilecek imkânı olmasına rağmen yaptığı icra hareketlerine kendiliğinden son vermesi ya da sonucun gerçekleşmesini engellemesidir. Örneğin boğulması için denize atılan mağdurun "Beni kurtarırsan sana büyük miktarda para veririm." demesi

¹¹⁴ Pisapia: s. 126.

¹¹⁵ Pisapia: s. 126.

¹¹⁶ Toroslu: s. 267.

üzerine mağduru boğulmaktan kurtaran failin teşebbüsten sorumlu tutulması mümkün değildir, zira fail iradesi ile sonucun gerçekleşmesini (ölümü) engellemiştir. Bu nedenle TCK m. 36'da sonucun engellenmesi halinde failin teşebbüsten sorumlu tutulmaması ve kanundaki ifade ile “*tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılması*” özellikle adam öldürme ve yaralama suçları düşünüldüğünde isabetli olmamıştır. Örneğin fail öldürmek kastıyla ateş edip ağır biçimde yaraladığı mağduru hastaneye yetiştirip hayatta kalmasını sağlarsa sadece adam yaralamaktan sorumlu tutulacaktır. Özellikle adam öldürme suçlarında bu hükmün uygulanması cezalandırma politikası açısından isabetli sayılamaz. Adam öldürme suçu için müebbet hapis cezası öngören bir kanunun bu suçta gönüllü vazgeçme halinde çok az ceza öngörmesinin anlamak güçtür. Bu nedenle icra hareketlerinden sonra da gönüllü vazgeçmenin kabul edilmesi aşırı bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir.¹¹⁷ TCK icra hareketlerinden vazgeçen ve sonucu engelleyen faili vazgeçmedeki sosyal yarardan hareketle cezalandırmamayı tercih etmiş¹¹⁸ olmasına rağmen, adam öldürme suçunda gönüllü vazgeçme halinde ceza sorumluluğu farklı bir düzenlemeye tabi tutulmalıydı. Öldürmek için ateş edip ağır biçimde yaraladığı mağduru hastaneye yetiştiren ve sonucu engellemeyi başaran faile adam yaralamaktan ceza verilebilecektir ancak öldürmek için mağduru nehre attıktan sonra onu kurtaran faile yaralamaktan ceza vermek bile zor olacaktır.

Gönüllü vazgeçme hükümlerinden ancak aktif çabaları ile sonucun gerçekleşmesini engelleyen fail yararlanabilir. Gönüllü vazgeçme bu nedenle cezayı kaldıran kişisel bir nedendir.¹¹⁹ İştirak halinde işlenen bir suç söz konusu ise gönüllü vazgeçme hükümlerinden ancak sonucu engelleyici davranışlarda bulunanlar faydalanabilirler, diğer şerikler teşebbüsten sorumlu olmaya devam ederler.¹²⁰ İştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. (TCK m. 41) Ancak suçun gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması ya da gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. (TCK m. 41)

Gönüllü vazgeçme ile “suç sonrası pişmanlık” farklı aşamalarda ortaya çıkabilen hareketler olup sonuçları farklıdır. Gönüllü vazgeçme, failin icra hareketlerine son vermesi veya icra hareketlerini tamamladıktan sonra

¹¹⁷ Toroslu – Ersoy: Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı: s. 13 (1926 tarihli TCK'da ise icra hareketleri tamamlandıktan sonra sonucun gerçekleşmesini engellemeye yönelik çabalar “faal nedamet” olarak nitelendirilmekteydi. Ancak faal nedamet söz konusu olsa da fail teşebbüsten sorumluydu. 2005 tarihli TCK ise bu durumda faili teşebbüsten sorumlu tutmayarak gerçekten aşırı sayılabilecek ve kötüye kullanılacak bir düzenleme getirmiştir.)

¹¹⁸ Toroslu: s. 268.

¹¹⁹ Özbek: s. 25.

¹²⁰ Toroslu: s. 298; Önder: s. 405.

neticenin gerçekleşmesini önlemesidir. Suç sonrası pişmanlık (post delictum) ise sonuç gerçekleştikten, bir başka deyişle suçtan sonra, suçun zararlı sonuçlarını kaldırmak veya hafifletmek için aktif çabalar içine girmeyi ifade eder.¹²¹ Kanun koyucu bazı suçlarda suç sonrası pişmanlığa yer vererek bu durumda failin cezasının azaltılabileceğini ya da ortadan kaldırılabilceğini belirtmiştir. Örneğin TCK m. 110'da hürriyetinden yoksun bırakılan kişinin herhangi bir zarar görmeden güvenli bir yerde serbest bırakılması, TCK m. 293'te ise kaçan tutuklu veya hükümlünün kendiliğinden teslim olması cezayı azaltan neden olarak düzenlenmiştir. TCK m. 254'te ise rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce aldığı rüşveti iade etmesi halinde cezanın azaltılabileceği, rüşvet anlaşması yapıldıktan sonra soruşturma yapılmadan önce soruşturma makamlarına fail tarafından haber verilmesi durumunda ise cezaya hükmedilmeyeceği düzenlenmiştir.

Kanunumuzda “etkin pişmanlık” başlığı altında düzenlenen bu durumlarda suç yolu kapanmış bir başka ifadeyle suç tamamlanmıştır. Kanunkoyucu ancak belli suçlarda söz konusu olabilen failin çabaları ile suçtan doğan zararın giderilmesi halinde cezanın azaltılıp kaldırılabilceğini öngörmüştür. Etkin pişmanlık her suçta söz konusu olamayacağı gibi kanunilik ilkesi gereğince de ancak kanunda öngörülen durumlarda uygulanabilir. Örneğin fail öldürdüğü kişinin cesedini nereye sakladığını, suç aletini nereye gizlediğini açıklamış, ürettiği sahte paraları nerede kullandığını ifade etmiş ya da hakaret ettikten sonra sözünü geri aldığını ve özür dilediğini beyan etmiş olsa da etkin pişmanlıktan yararlanamaz.

10- Değişik Suçlar Açısından Teşebbüs

Teşebbüs, kastedilen suçun icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da istenen sonucun gerçekleşmemesi olduğuna göre değişik suçlar açısından teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışma konusudur. Kanunda “kişi, işlemeyi kastettiği suçu” denilmiş olmasına rağmen bu her suçun teşebbüse müsait olduğu anlamına gelmez.

a- Sonucu Sebebiyle Ağırlaşan Suçlara Teşebbüs

Sonucu sebebiyle ağırlaşan suçlar, suçun varlığı için gerekli olanın ötesinde zararlı veya tehlikeli bir sonucun meydana gelmesi halinde cezası ağırlaştırılan suçlardır.¹²² Bu tür suçlarda failin işlemek istediğinden daha başka veya daha ağır sonuçlar meydana gelmektedir. Fail, işlediği fiil ile meydana gelen sonuç arasında nedensellik bağının bulunması nedeniyle

¹²¹ Toroslu: s. 269.

¹²² Toroslu: s. 209.

meydana gelen sonuçtan da sorumlu tutularak cezalandırılmaktadır. Bu suçlarda ya failin hareketinden kastının yöneldiğinden daha ağır bir sonuç meydana gelmiştir ya da kastedilenden ağır sonuç gerçekleşmemiştir; ilk durumda sonuç gerçekleştiği için teşebbüs artık söz konusu değildir, ikinci durumda ise tamamlanmış bir suç söz konusudur ve teşebbüs söz konusu olmaz.¹²³ Bu tür suçlarda kastedilmeyen sonuçtan da sorumlu tutulan failin kastedmediği bir sonucu gerçekleştirmeye yönelik teşebbüsü düşünülemez. Eğer sonuç gerçekleşmez ise fail sadece kastedilen suça teşebbüsten sorumlu olacaktır. Örneğin, gebe kadını yaralamak¹²⁴ için tekme atan fail eğer çocuk düşerse meydana gelen bu farklı neticeden de sorumlu olacaktır, yok eğer sonuç gerçekleşmezse fail yaralama suçundan sorumludur, eğer fail tekmesini mağdura isabet ettiremez ise yaralamaya teşebbüsten sorumludur.

b- Taksirli Suçlara Teşebbüs

Yukarıda teşebbüs kavramını açıklarken teşebbüsün “kastedilen suçun tamamlanamaması” olduğunu ifade etmiştik. Teşebbüsün kısa formülü ve kanundaki açık tanım nedeniyle ancak kasıtlı suçlara teşebbüs mümkündür. Eğer kanunda “*Kişi, işlemeyi kastedtiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da*” denilmeyerek “*Kişi, bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da*” denilmiş olsaydı bile ancak kasıtlı suçlara teşebbüs söz konusu olabilirdi. Çünkü mantıksal olarak, failin istemediği bir sonuca teşebbüs etmesi söz konusu olamaz.¹²⁵ O halde taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir ve bunun sebebi sadece kanundaki tanım değil, aynı zamanda teşebbüsün mantıksal açıklamasıdır. Taksire özelliğın veren “sonucun istenmemesi” olduğuna göre failin istemediği bir sonuca teşebbüs etmesi de olanaklı değildir bir başka deyişle, kasıt yoksa teşebbüs de söz konusu olamaz.¹²⁶

c- Tamamlanması Öne Alınan Suçlara Teşebbüs

“Tamamlanması öne alınan” suçlar da denilen bazı suçlarda, suçun hukukî konusu ihlâl edilmemiş, korunan hukukî varlık zarar görmemiş olsa bile davranış cezalandırılmaktadır.¹²⁷ Bu tür suçlara özelliğın veren, teşebbüs hareketlerinin bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş olması ve

¹²³ Dönmezer – Erman: s. 454.

¹²⁴ Burada “müessir fiil” ya da “etkili eylem” demeyi tercih ederdik. Ancak 2005 tarihli TCK başkasının vücuduna acı verme, algılama yeteneğinin bozulması gibi hareketleri “Kasten yaralama” başlığı altında (m. 86) düzenlenmiştir. Oysa başlıkta geçen “yaralama” ifadesi, acı vermeyi, algılama yeteneğini bozmayı kapsamaz. Bknz: Toroslu – Ersoy: Kanunlaşmaması gereken Bir Tasarı. s. 15..

¹²⁵ Toroslu: s. 269.

¹²⁶ Elliott – Quinn: s. 208.

¹²⁷ Toroslu: s. 269.

tamamlanmış suç gibi cezalandırılmalarıdır.¹²⁸ Örneğin TCK m. 302’de yer alan “Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak”, m. 309’daki “Anayasayı ihlâl” ve m. 311’deki “Yasama organına karşı suç” bu nitelikte olup bu suçların söz konusu olması için hukukî menfaatin ihlâl edilmiş olması gerekmez. Bu nedenle bu tür suçlara teşebbüs söz konusu değildir. Zira kanun, bu tür suçların icrasına başlamış olmayı tamamlanmış gibi cezalandırmaktadır. Bir başka deyişle, bu tür suçlarda suça teşebbüs, suçun tamamlanmış hali gibi cezalandırılmaktadır. Bu tür suçlarda dışa yansıyan antisosyal irade, failin hareketleriyle açığa vurduğu düşüncesi kamu düzenini ihlâl etmektedir¹²⁹ ve suçun oluşumu için bu hareketlerin yapılmış olması yeterlidir zira bu suçlarda sonuç gerçekleşirse artık cezalandırılabilir bir suç da olmaz.

d- İhmalî Suçlara Teşebbüs

İhmalî suçlar konusunda yapılan ayrıma göre sırf ihmal suçlarına teşebbüs mümkün değilken, ihmal suretiyle icra suçlarına teşebbüs mümkündür.¹³⁰ Her iki durumda da esasen söz konusu olan belli bir davranışta bulunmama, kanunun yapılmasını emrettiği davranışı yapmama olduğuna göre bu tür suçlarda teşebbüsü kanıtlamak son derece güçtür.

İhmal suretiyle icra suçuna verilen yaygın örnek, annenin bebeğini emzirmeyerek ölümüne neden olmasıdır. O halde anne, ölmesini istediği bebeğini uzun bir süre emzirmeyerek onu açlıktan ölme noktasına getirdiği sırada yakalanırsa, anne suçun icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığından teşebbüs söz konusudur.

Sırf ihmâl suçlarında ise yapılması gereken davranış yapılmamaktadır. Bu durumda esasen “hareketsiz kalma” söz konusu olduğundan “yapılması gereken davranışın yapılmamasına yönelik hareketlerde bulunmak” teşebbüsü oluşturacaktır.¹³¹ Eğer faile belli bir işi bitirmesi ya da yapması için bir süre tayin edilmiş ve buna rağmen fail herhangi bir davranışta bulunmamış, üstelik davranışları, verilen işi zamanında bitiremeyeceği yönünde ise teşebbüsün varlığı söz konusudur.¹³² Örneğin belli bir sürede bitirmesi gereken işi yarım bırakarak tatile giden görevlinin bu işi başkaları tarafından tamamlanmış ise teşebbüsün varlığı söz konusudur.

e- Tehlike Suçlarına Teşebbüs

Tehlike suçlarına teşebbüs konusunda görüş birliği olmamasına rağmen bu suçlara teşebbüs mümkündür, örneğin TCK m. 106’da yer alan “Tehdit”

¹²⁸ Toroslu: Anayasayı İhlâl Suçu; s. 592.

¹²⁹ Artuk: s. 243.

¹³⁰ Toroslu: s. 270.

¹³¹ Beltrani: s. 85.

¹³² Toroslu: s. 270.

suçu bu niteliktedir ve postalanan tehdit mektubunun postada ele geçmesi halinde teşebbüs söz konusudur.¹³³ Ancak burada teşebbüsten bahsedilebilmesi mektubun mağdurdan başkası tarafından elde edilmiş olması gerekir, aksi halde suç tamamlanmıştır. Yine TCK m. 178’de yer alan “İşaret ve engel koymama” suçunda “... tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri kaldıran ya da bunların yerini değiştiren kişi cezalandırılır.” denilmektedir. O halde, fail yol yapım çalışmasını gösteren trafik işaretlerini sökerken yakalanırsa teşebbüs söz konusudur. Örneğin İngiltere’de 1988 tarihli Karayolları Kanunu, alkollü araç kullanımı yasaklamıştır ve bu kanuna göre sadece alkollü araç kullanmak değil, kullanmaya teşebbüs de cezalandırılmaktadır.¹³⁴ Bu durumda limitin üzerinde alkol alan bir sürücü aracına binerken ya da aracı hareket ettirmek ya da araçla garajından trafiğe çıkmak üzereyken yakalanırsa teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.

f- Sırf Hareket Suçlarına Teşebbüs

Sırf hareket suçlarında teşebbüs ancak icra hareketlerinin tamamlanamaması halinde söz konusu olabilir, zira bu tür suçlarda hareket tamamlandığında suç da tamamlanmıştır.¹³⁵ Sırf hareket suçlarına teşebbüsün söz konusu olabilmesi için hareketin parçalara bölünebilir olması gerekir.¹³⁶ Örneğin hakaret içeren mektubun postada ele geçirilmesi ya da failin başkasına ait konuta girmek için kapıyı açmaya çalıştığı sırada yakalanması haline teşebbüs aşamasında kalmış suç söz konusudur.

11- SONUÇ

Ceza kanunları suç olarak nitelenen yasaklanmış davranışları cezalandırmasına rağmen teşebbüsü de cezalandırmaktadır. Teşebbüs derecesinde kalmış suçun cezalandırılması cezaî sorumluluğu genişletmektedir. Teşebbüs derecesinde kalmış bir suç ile tamamlanmış suç arasında manevi unsur yönünden herhangi bir fark bulunmamaktadır. Teşebbüsün manevi unsuru da kusurlu irade olup bu kusurluluk teşebbüsün doğası gereği ancak kasıt biçimde ortaya çıkabilir. Teşebbüsün maddi unsuru ise biri negatif diğeri pozitif olmak üzere iki yön taşır. Teşebbüsün maddi yönden pozitif unsuru, kastedilen suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanılmış olmasıdır. Maddi yönden negatif unsur ise kastedilen suçun icra hareketlerinin tamamlanamamış olması ya da sonucun gerçekleşmemiş olmasıdır.

Cezalandırılabilir bir teşebbüsün söz konusu olması için hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Tek başına

¹³³ Toroslu: s. 270.

¹³⁴ Elliott – Quinn: s. 208.

¹³⁵ Toroslu: s. 271.

¹³⁶ Toroslu: s. 271.

hazırlık hareketleri henüz kastedilen suçu işlemeye yönelik ve yeterli olmadıklarından cezalandırılmamaktadır. Hazırlık hareketleri eğer ayrıca bir suç oluşturuyorsa cezalandırılmaktadır. Cezalandırılabilir bir teşebbüs için failin icra hareketlerine başlaması yetmez, failin elverişli hareketlerle icraya başlamış olması gerekir. Hareketlerin elverişli olmaması halinde teşebbüs yoktur ve işlenemez suç söz konusu olur, bu durumda fail cezalandırılmaz.

Fail, işlemeyi kastettiği suçun icra hareketlerine elinde olmayan nedenlerle son vermiş ya da elinde olmayan nedenlerle sonuç gerçekleşmemişse teşebbüs söz konusudur. 2005 tarihli TCK, bu iki aşamayı “teşebbüs” olarak düzenleyerek eksik – tam teşebbüs ayırımına son vermiştir. Eğer fail icra hareketlerine kendi iradesi ile son vermiş ya da sonucun gerçekleşmesini çabaları ile engellemeyi başarmışsa isteyerek vazgeçme söz konusu olacak ve fail teşebbüsten sorumlu olmayacaktır. İsteyerek vazgeçmenin önemi, failin teşebbüs nedeniyle cezalandırılmamasıdır.

Teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni faildeki anti sosyal iradenin dışa yansımaları ve failin davranışlarının toplum düzeni için bir tehlike oluşturmasıdır. İsteyerek vazgeçme kurumunun kabul edilme nedeni ise icra hareketlerini yaparken ve hatta icra hareketlerini bitirdikten sonra bile faili suç işlemekten alıkoymaktır.

2005 tarihli TCK’da eksik – tam teşebbüs ayırımına son verilmiş olmakla beraber bu normatif düzenleme yargıcın alt ve üst sınır arasındaki cezayı belirlerken bu ayırma gitmesine engel olmayacaktır. Kanun, teşebbüs derecesinde kalan suçlarda failin “ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığına” göre cezalandırılmasını işaret etmiştir. O halde yargıç failin davranışlarının hangi aşamada kesildiğini göz önünde bulunduracaktır.

Son olarak, teşebbüsün doğası gereği ancak doğrudan kastın söz konusu olduğu durumlarda gerçekleşebileceğini, dolaylı (muhtemel) kasıt halinde ise teşebbüsün söz konusu olamayacağını belirtmeliyiz. Bunun yanı sıra taksirli suçlarda ve ihmâl suçlarında da teşebbüs söz konusu olmaz.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur: İşlenemez Suç; AÜHF Yay., Ankara, (tarihsiz)
- Antolisei, Francesco: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale; Giuffre Edit., Milano, 1994
- Artuk, M. Emin: Suçun Özel Görünüm Şekilleri; Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1989, s. 242 – 254
- Arturo: Tentativo, (Diritto Penale); Novissimo Digesto Italiano, Torino, 1971, Vol. XVIII, s. 1133 - 1154
- Ashworth, Andrew: Principles of Criminal Law; Fourth Edit., Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Beltrani, Sergio: il Delitto Tentato, Parte Generale e Parte Speciale; CEDAM, Padova, 2003
- Cadoppi, Alberto – Veneziani, Paolo: elementi di Diritto Penale; CEDAM, Padova, 2002
- Centel, Nur: Türk Ceza Hukukuna Giriş; Beta Yay., İstanbul, 2001
- Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım; Beta Yay. İstanbul, 1997, 14. B., C. I
- Elliott, Catherine – Quinn, Frances: Criminal Law; Eglan, 2002
- Erem, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku; 13. B., Seçkin Yay., Ankara, 1995, C. I
- Erra, Carlo: Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme; (Çev. Sahir Erman), İÜHF, Y: 1944, C. X, S. 1 - 2, s. 679 - 720
- Ersoy, Yüksel: Ceza Hukuku Genel Hükümler; İmaj Yay., Ankara, 2002
- Fornasari, Gabriele: I principi del Diritto Penale Tedesco; CEDAM, Padova, 1993
- Geary, Roger: Essential Criminal Law; London, 1995
- Mantovani, Ferrando: Diritto Penale, Parte Generale; CEDAM, 2001
- Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri; Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- Özbek, Veli Özer: 5237 Sayılı YTCK'nın Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi; Kazancı Hukuk Dergisi, S. 5, s. 16 - 39
- Padovani, Tullio: Diritto Penale; 3. Ed., Giuffre Edit., Milano, 1995
- Pagliari, Antonio: Sommario del Diritto Penale Italiano, Parte Generale; Giuffre Edit., Milano, 2001

- Pisapia, Gian Domenico: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri; Padova, 1965, (Çev. Atıf Akgüç)
- Santoro, Arturo: Tentativo, (Diritto Penale); Novissimo Digesto Italiano, Torino, 1971, Vol. XVIII
- Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık: Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu; Seçkin Yay., Ankara, C.1, Temmuz 1994
- Smith – Hogan: Criminal Law; Butterworths, London, 1999
- Soyaslan, Doğan: Teşebbüs Suçu; Kazancı Yay., Ankara, 1994
- Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler; 3. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2005
- Sözüer, Adem: Suça Teşebbüs; Kazancı Yay., İstanbul, 1994
- Şen, Ersan: Türk Ceza Hukuku; D- R Yay., İstanbul, 2002
- Tassi, Sauro: il Dolo; CEDAM, Padova, 1992
- Toroslu, Nevzat – Ersoy, Yüksel: Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı; Türk Ceza Kanunu Reformu, TBB Yay., Ed. Teoman Ergül, İkinci Kitap, s. 1 – 20.
- Toroslu, Nevzat: Anayasayı İhlâl Suçu; Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1995, S. 4, s. 591 - 601
- Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku; Savaş Yay., Ankara, Ekim 2005
- Vannini, Ottorino: il Tentativo, Nella Dottrina e nel Codice Penale Italiano; Torino, 1913.