



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS

GÜLŞAH KARATOPRAK

KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN:

Prof.Dr.MEHMET EMİN ARTUK

İstanbul, 2022

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar tüm safhalarında etik dışı olabilecek bir davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, bu tez çalışması ile elde edilmeyen tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynakçaya aldığımı, yine bu tez çalışmasında ve yazım sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

GÜLŞAH KARATOPRAK



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	iv
ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KAVRAMININ HUKUKİ ÇERÇEVESİ.....	3
1.ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KAVRAMI	3
1.1. Elverişsizlik Kavramını Açıklayan Teoriler	5
1.1.1. Objektif Teori.....	5
1.1.1.1. Klasik Objektif Teori	6
1.1.1.2. Aracın Yetersizliği Teorisi.....	8
1.1.1.3. Somut Tehlike Teorisi	9
1.1.1.4. Uygun Nedensellik Teorisi	10
1.1.2. Sübjektif Teori.....	11
1.1.3. Karma Teori	11
1.1.4. Kanaatimiz.....	13
2. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN SUÇ GENEL TEORİSİNDEKİ YERİ	13
3. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN BENZER KAVRAMLAR İLE MUKAYESESİ.....	16
3.1. Teşebbüs Kavramı ile Karşılaştırılması.....	16
3.1.1. Genel Olarak Teşebbüs	16
3.1.2. Teşebbüsün Cezalandırılabilirlik Koşulları	17
3.1.3. Teşebbüse Elverişli Olmayan Haller	20

3.1.4. Teşebbüs ve İşlenemez Suç Kurumlarının Mukayesesi	21
3.1.5. İşlenemez Suça Teşebbüs Sorunu	22
3.2. Gönüllü Vazgeçme ve Elverişsiz Teşebbüs	24
3.2.1. Gönüllü Vazgeçme Kurumunun ETCK ve 5237 Sayılı Kanun ile Karşılaştırılması	24
3.2.2. Gönüllü Vazgeçmenin Unsurları	26
3.2.3. Gönüllü Vazgeçme Kurumunun Suça Teşebbüs ile İlişkisi	28
3.2.4. Gönüllü Vazgeçmenin Cezalandırılması Sorunu	28
3.2.5. Gönüllü Vazgeçme ve Elverişsiz Teşebbüs Kurumlarının Mukayesesi	32
3.2.6. Elverişsiz Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmeye ilişkin Alman Federal Mahkemesinin 24.11.2004 tarih, 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi	33
3.3. Mefruz Suç ve İşlenemez Suç	36
3.3.1. Mefruz Suç Kavramı	37
3.3.2. Mefruz Suç-Teşebbüs-Elverişsiz Teşebbüs Mukayesesi	38
3.4. Hata ve Elverişsiz Teşebbüs	41
3.4.1. Hata Kavramı	41
3.4.2. Genel Olarak Hata	42
3.4.3 Kastı Kaldıran Hata Halleri	44
3.4.3.1. Suç Tipindeki Unsurlarda Hata	44
3.4.3.2. Nitelikli Unsurlarında Hata	47
3.4.3.3 Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata	48
3.4.4. TCK Sistematiği Işığında Konuya İlişkin Değerlendirme	50
3.5. Kusurluluğu Etkileyen Nedenlerde Hata	51
3.5.1. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Maddi Unsurlarında Hata	51
3.5.2. Yasak Hatası (Haksızlık Yanılgısı)	51
3.6. Hata ve Elverişsiz Teşebbüs Kurumlarının Mukayesesi	52

İKİNCİ BÖLÜM

ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	54
VE CEZALANDIRMA SORUNU.....	54
1. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	54
1.1. Hareketin Elverişsizliği	54
1.2. Vasıtanın Elverişsizliği	57
1.3. Suç Konusunun Yokluğu	58
1.3.1 Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Mutlak ve Nispi İmkansızlık	59
1.4 Değerlendirme.....	61
2.Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılma Sorunu.....	62
2.1. Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılmasını Savunan Teoriler.....	62
2.1.1 Sübjektif Teori	63
2.1.2. Sübjektif Tehlike Teorisi	64
2.1.3. Yeni Objektif Tehlike Teorisi.....	65
2.1.4. Etki Teorisi	66
2.2. Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılmaması Gerekliğini Savunan Teoriler	67
2.2.1. Objektif Teori	67
2.2.2. Hukuki İmkansızlık Teorisi	69
2.3. Kanaatimiz.....	70
SONUÇ.....	72
KAYNAKÇA	75

KISALTMALAR

Alm. CK.	Alman Ceza Kanunu
Any.M.	Anayasa Mahkemesi
As.CK.	Askeri Ceza Kanunu
AY	Anayasa
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CGK.	Ceza Genel Kurulu
CHKD	Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CK.	Ceza Kanunu
CMK.	Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	Dipnot
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
f.	Fıkra
FYM	Alman Federal Yüksek Mahkemesi
Gbi.	Geniş bilgi için
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
kn.	Konu
m.	Madde
s.	Sayfa
S.	Sayı
sk.	Sayıllı kanun
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.	Tarih

TCK	Türk Ceza Kanunu
Vd.	Ve devamı
Y.	Yıl
Yarg.	Yargıtay
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi



ÖZET

Çalışmamızın konusu olan “elverişsiz teşebbüs”, ortaya çıkan elverişsizlikler nedeniyle, suçun tamamlanamaması bakımından ceza hukuku bağlamında özel bir yere sahiptir. Esasen, failin tehlikeliliğini toplum düzeyinde sergilemesine rağmen cezai yaptırımın uygulanmaması, öğretide tartışmalara sebebiyet vermiştir. Söz konusu tartışmalar elverişsiz teşebbüsün cezalandırılma sorunu üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Çalışmamızın gayesi elverişsiz teşebbüs hakkında öğreti ve uygulamadaki görüşlere yer vererek, izahatta bulunmaktır. Buna istinaden, iki bölümden teşekkül eden çalışmamızın birinci bölümünde, ilgili ceza hukuku kurumunun suç genel teorisindeki yeri ve benzer bazı ceza hukuku müesseseleriyle mukayesesi yer almaktadır. İkinci bölümünde ise, elverişsiz teşebbüsün ortaya çıkış biçimleri ve cezalandırılma sorunu mütalaa edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Elverişsiz Teşebbüs, Elverişlilik, Elverişsiz Teşebbüsün Ortaya Çıkış Biçimleri, Mefruz Suç, Teşebbüs, Tipiklik, Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılabilirlik Sorunu.

ABSTRACT

The impossible attempts, which is the subject of our study, has a special place in the context of criminal law in terms of the inability to complete the crime due to the resulting inconveniences. In fact, the fact that the criminal sanction was not applied despite the perpetrator's display of his dangerousness at the community level has led to debates in the doctrine. The discussions in question focus on the problem of punishment of impossible attempts.

The aim of our study is to explain the unfavorable enterprise by giving place to the doctrine and practical views. Based on this, the first part of our study, which consists of two parts, includes the place of the relevant criminal law institution in the general theory of crime and its comparison with some similar criminal law institutions. In the second part, the emergence of the unfavorable attempt and the problem of punishment are discussed.

Keywords: Impossible Attempts, Eligibility, Forms of Emergence of Impossible Attempts, Loose Crime, Attempt, Typical, The Problem of Punishability of Impossible attempts.

GİRİŞ

Suçta ve cezada kanunilik prensibi, çağdaş hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Buna göre, suç oluşturan hareketin ve bunun tabi sonucu olarak ortaya çıkan cezai yaptırımın, kanunda düzenlenmiş olması zorunluluk arz eder¹.

5237 sayılı TCK m.2 gerekçesinde, kanunilik prensibine verilen önem şu şekilde ifade edilmiştir; “Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç oluşturduğunun kanunda net bir biçimde belirtilmesi gerekir. Nitekim, suç işlenmesi sonucu verilecek ceza ve uygulanacak tedbirlerle, cezai sorumluluğun hukukî sonuçları ve söz konusu yaptırımların süre ve miktarlarının da açıkça düzenlenmesi zorunludur.”²

Suçun oluşması için adım atılan evrelerin tümü “iter criminis” (suç yolu) olarak ifade edilir³. Bu süreç, suç işleme düşüncesi, karar verme , hazırlık hareketleri , icra hareketlerine geçiş, suçun tamamlanması ve suçun sona ermesi safhalarından oluşmaktadır.

Suçun tamamlanması için, hareketin icra edilmesi ve dış dünyada değişiklik yaratan bir faaliyetin ortaya çıkarılması gerekir. Ancak bazı hallerde fail, suç işleme iradesini ortaya koyduğu halde, icra hareketlerini devam ettiremez ya da istediği netice gerçekleşmez⁴. Söz konusu durumda, kanunun koruduğu hukuki menfaat tehlikeye girdiği için, suça teşebbüs gündeme gelmektedir. Bunun sonucunda, kişiye tamamlanmış suça oranla daha az miktarda ceza verilmektedir⁵.

¹ KANGAL, Zeynel."Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi",Ceza Hukuku Dergisi,Cilt: 6,Sayı: 17 ,Aralık 2011,s.72.

² SÖZÜER, Adem. "Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2013,s.5-6.

³ BONCUK, İsmail. Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs,Doktor Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018,s.4.

⁴ ARTUK, Mehmet Emin /GÖKÇEN ,Ahmet/ ALŞAHİN Mehmet, Emin/ ÇAKIR,Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler,12.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.617.

⁵ BONCUK, s.13-14.

Teşebbüsün şartlarına göre, suçun icrasına doğrudan doğruya ve elverişli hareketlerle başlamak gerekmektedir. Ne var ki, suç işleme iradesine rağmen, sonucun gerçekleşmemesi, suça teşebbüsün aksine kullanılan araç veya hareketin elverişsizliğinden yahut suçun maddi konusunun bulunmamasından ileri geliyorsa, bu durumda elverişsiz teşebbüsten söz edilir.

.



BİRİNCİ BÖLÜM

ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KAVRAMININ HUKUKİ ÇERÇEVESİ

1.ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KAVRAMI

Elverişsiz teşebbüs, öğretide⁶ “*elverişsiz kalkışma*”, “*muhal suç*” ve “*işlenemez suç*” gibi çeşitli şekillerde tasnif edilmiştir. Bu durumun sebebi, kanunda herhangi bir düzenlemeye gidilmemiş olmasıdır. Ancak TCK m.35’de kanun koyucu, teşebbüs hükmüne yer verirken, “*elverişsiz hareketler*” ibaresini kullanarak söz konusu kavramın Türk hukukunda varlığını kabul etmiştir⁷.

Türk ceza hukuku doktrininde⁸ ağırlıklı olarak elverişsiz teşebbüs, “*söz konusu hareketin konusunun bulunmaması nedeniyle, neticeye ulaşma konusunda başarısızlıkla sonuçlanan bir eylem*” olarak tasnif edilmektedir. Nitekim söz konusu

⁶ Öğretide Alacakaptan, “*işlenemez suç*” terimini kullanmaktadır. ALACAKAPTAN, Uğur.”İşlenemez Suç”,Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sayı:223,1967,s.1-2. Taner “*muhal suç*” kavramını tercih etmektedir. TANER, Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, 3. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1995,s.280. İşlenemez suç ve elverişsiz teşebbüs terimlerini birlikte kullanan müellifler de bulunmaktadır. Bkz.ARTUK /GÖKÇEN / ALŞAHİN/ ÇAKIR,s.659; Kazaker, teşebbüsle yakın ilişkide olduğu gerekçesiyle, *elverişsiz teşebbüs* ifadesini kullanmıştır. Öztürk/Erdem de aynı görüştedir. Bkz. KAZAKER, Gözde. Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Doktora Tezi,Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir,2019,s.6. Öğretide Yüce ise, elverişsiz kalkışma terimini kullanmıştır. Ayrıca, Koca/Üzülmüş’e göre; “*Hareketin elverişsizliği durumunda elverişsiz teşebbüs, suçun konusunun yokluğu halinde ise işlenemez suç ifadesi kullanılmalıdır.*” Görüşleri aktaran eser için bkz. BAKIM, Sevi; “İşlenemez Suç” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 20, Sayı: 1,Ocak 2021,s.290.

⁷ HAKERİ, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017,s.445; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş,Beta Basım Yayın,10.Baskı, Ankara 2017,s.465.

⁸ İÇEL, Kayıhan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 531; DEMİRBAŞ, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018,s. 484-485; HAKERİ,s.537; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018,s.46; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 479.

durumda, suç tipinin maddi unsurlarında meydana gelen elverişsiz hareket⁹ nedeniyle, netice gerçekleşmemektedir¹⁰. Yine, failin icra hareketlerinin başlangıcında yanılmakta olduğu ve ortaya çıkan engel dolayısıyla neticenin meydana gelmediğini ifade eden yazarlar¹¹ bulunmakla birlikte, konuyu ; ‘‘başarısız kalmaya mahkum bir hareket biçimi ‘‘şeklinde tasnif eden müellifler de vardır¹².

Belirtmeliyiz ki; icra edilen hareketin elverişsiz olmasıyla, suçun konusunun yokluğu durumu birbirinden farklılık arz eder. Eğer icra edilen hareket, kanuni tipteki neticeyi meydana getirme yönünden elverişli değil ise ; söz konusu durum ceza hukuku bağlamında kişiyi cezai yaptırım ya da güvenlik tedbiri ile karşı karşıya bırakmayacaktır¹³.Örneğin, silah yakın mesafede insan öldürmeye elverişliyi, uzak mesafe bakımından elverişsizdir. Buna göre, Erzurum’dan nişan alarak Ankara’da yaşayan hasmını öldürmek maksadıyla ateş eden birisini, teşebbüsten sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır¹⁴. Suçun konusu açısından ise elverişsizlikten ziyade, yokluk vardır. Örnek olarak, failin başkasına ait olduğu tasavvuruyla aslında kendisine ait olan bir eşyayı çalması veya bebeğini düşürmek gayesiyle kadına fiziki güç uygulanmasına rağmen, gerçekte hamile olmadığının ortaya çıkması şeklinde başkaca olay kurguları sıralanabilir¹⁵.

⁹Torosluya göre; Hareketin elverişli olmasından kasıt, suç teşkil eden fiilin derhal oluşturulabilecek nitelikte olması anlamına gelir. Görüş için bkz.AYDIN,Devrim; Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1,2006,s.98.

¹⁰ KAZAKER, Gözde; ‘‘Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı’’,Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi,Cilt: 9,Sayı: 1,Mart 2020,s. 132.

¹¹ ARTUK /GÖKÇEN / ALŞAHİN/ ÇAKIR, s.617.

¹² Görüşleri içine alan internet kaynak erişimi için bkz.(openaccess.iku.edu.tr), (E.T:04.02.2021). ‘‘Elverişsiz teşebbüsü, ceza kanunu hükmünü ihlal etmiş olmasına rağmen, ya hareketin ya da vasıtanın zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması, yahut konunun bulunmaması sebebiyle başarısız kalmaya mahkum bir davranış olarak tanımlamak mümkündür.’’ ALACAKAPTAN, s. 1-2.‘‘Sonucun gerçekleşmemesi kullanılan vasıtaların ve dolayısıyla hareketin elverişsiz olmasından veya suçun maddi konusunun bulunmamasından ileri gelyorsa elverişsiz teşebbüsten söz edilir.’’ TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU Haluk; Ceza Hukuku Genel Kısım, 22. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 265. ‘‘Hareketin tipikliği gerçekleştirmeye elverişsiz olduğu saptanırsa, elverişsiz teşebbüsten söz edilir ve fail cezalandırılmaz. Bu anlamda elverişsizlik, suçun konusu (örneğin ölmüş bir kişiye ateş etme) veya suçta kullanılan araçtan (örneğin büyü yoluyla çocuk düşürme) veya başka nedenlerden ileri gelebilir. Başka bir anlatımla, elverişlilik yalnızca kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.’’ Bkz. ÖZTÜRK, Bahri/Mustafa, Ruhan, ERDEM; Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.321-322.

¹³AYDIN, Murat; ‘‘İşlenemez Suç ’’ Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 21, Sayı: 1,2013, s.80.

¹⁴ Örnek için bkz. AYDIN,s.84.

¹⁵ÖZGENÇ, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,12.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.476.

1.1. Elverişsizlik Kavramını Açıklayan Teoriler

1.1.1. Objektif Teori

Objektif teorinin başlıca temsilcileri; İtalya’da Romagnosi, Carrara ve Rossi, Almanya’da ise Feurbach’dır¹⁶. Teoriye göre¹⁷, elverişliliğin tespiti için somut olayda, soyut ve objektif bir araştırma yapılması gerekmektedir. Soyut olarak yapılan araştırmada failin kullandığı aracın elverişliliği, olayın şartlarından bağımsız olarak değerlendirilmektedir¹⁸.Örneğin fail, silah kullanma konusunda acemi dahi olsa, araç dolu ve arızasız ise, söz konusu vaziyet, teşebbüse elverişlidir.

Objektif teoriye göre¹⁹ teşebbüs halinde, söz konusu zarar, ihlalden ziyade tehlike anlamında kendini göstermektedir. Ancak icra hareketlerine başlanmadığı sürece hukuki konu bakımından tehlike oluşmayacağından, hazırlık hareketleri, ceza sorumluluğunun içerisine dahil edilmemiştir. Suça teşebbüsün cezalandırılma sebebinin açıklanmasında objektif teoriyi esas alan²⁰ Türk Ceza Hukuku sisteminde hazırlık hareketleri, kural olarak²¹ cezalandırılmamaktadır.

¹⁶ AKBULUT, İlhan;” İşlenemez Suç”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 53,Sayı: 1-4,2011,s. 141.

¹⁷ Teoriye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL, s.531.

¹⁸ Yargıtay’ın objektif teoriyi esas aldığı bir kararında;”...Sanık tarafından bidonun içine yerleştirilen dinamitlerin patlamadığı anlaşılmakla birlikte, bilirkşi raporuna göre kullanılan malzemelerin patlayıcı nitelikte olması ve hazırlanan düzeneğin öldürmeye elverişli olması dikkate alındığında, sanığın hareketinin öldürmeye teşebbüs niteliğinde olduğu...” Karar için bkz. HAKERİ,s.367. Ayrıca ekitaperişimiiçinbkz.(<https://books.google.com.tr/books?id=GST5DwAAQBAJ&pg=PA366&lpg=PA366&dq=elverişliliğin+belirlenmesinde+objektif+görüş.&source=bl&ots=m7XGTBoFMY&sig=ACfU3U21aKwh5ijf9DdZvoXlvbiLBe7LyQ&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwj274bG7t70AhWOSPEDHVhXAaQQ6AF6BAgcEAM#v=onepage&q=elverişliliğin%20belirlenmesinde%20objektif%20görüş%20C&f=false>), (E.T:10.10.2021).

¹⁹ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s.454.

²⁰ Dönmezer/Erman’a göre, hazırlık hareketleri failin suç işlemeye yönelik iradesini kesin olarak açığa vurmaz. Bkz. DÖNMEZER,Sulhi/ ERMAN, Sahir ; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt I,13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul,1997, s. 421; Bir diğer görüşe göre, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, şüphenin cezalandırılması anlamına gelir.Bkz. ŞARE, Ersin;”Türk Ceza Hukuku’nda Suça Teşebbüs” ,Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 130 ,2017,s.133-134.

²¹ Kanunda, bazı hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suç türlerine yer verilmiştir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma(TCK m.220) ya da çocuğu fuhuşa teşvik etme (TCK.m227) örnek olarak gösterilebilir. Bkz.ŞARE, s.137.

TCK m.35 teşebbüs hükmünde kanun koyucu, temel ceza üzerinden uygulanacak indirim açısından ‘meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı’ kriterini benimsemiştir. Yine aynı maddede teşebbüsün bir şartı olarak hareketin elverişli olması gerektiğinden bahsetmiştir. Bu nedenle tipik olan neticenin gerçekleştirilmesi açısından söz konusu hareket elverişsizse fail, suç işleme niyetini ortaya çıkarmasına rağmen teşebbüsten sorumlu tutulamayacaktır. Madde metni nazara alındığında, TCK’nın objektif teoriyi benimsediği gerçeği ortaya çıkmaktadır.

Objektif teori, kendi içerisinde klasik objektif görüş, aracın yetersizliği görüşü, toplum düzeyinde yarattığı zarar veya tehlikeye göre değerlendiren görüş ve uygun nedensellik ilişkisine dayandıran görüş olmak üzere dört farklı başlık altında incelenmektedir²².

1.1.1.1. Klasik Objektif Teori

Klasik objektif teorinin elverişlilik terimine olan bakış açısı, fiilin kanunda yer alan tipik neticeyi meydana getirebilme kapasitesine göre tespit edilebileceği yönündedir. Söz konusu teoriyi sadece “hareket” unsuru ile daraltanlar²³ olduğu gibi, tipikliğin bütün unsurlarını kapsayacak şekilde geniş çerçevede ele alanlarda²⁴ vardır.

Teori, elverişliliği mutlak ve nispi şeklinde ikili ayrıma tabi tutmuştur²⁵. Mutlak elverişsizlikte, tipik netice ortaya çıkmayacağı için, teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır²⁶. Buna örnek olarak, hırsızlık için girilen binanın boş olması ya da

²² Doktrinde İpekçioğlu’nun konuya ilişkin incelemesi için, bkz. BONCUK, s.52.

²³ Bkz. AKBULUT, s.141.

²⁴ Bkz. DEMİRBAŞ, s.485.

²⁵ Doktrinde İpekçioğlu ve Öztürk/Erdem mutlak ve nispi ayrımının yerinde olduğunu savunmuşlardır. Görüşlere yer veren eser için bkz. BONCUK, s.53; Carrara’ya göre; ‘Eğer imkansızlık, failin suç iradesinin ortaya koymasından icranın başlangıcına kadar devam ediyor ise mutlak sayılacak ve ceza verilmeyecektir. Buna mukabil, eğer başlangıçta suçun işlenme imkanı var iken, daha sonra imkansızlık ortaya çıkmış ise bu durumda nispi olacak ve fail teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.’ Carrara’nın söz konusu ayrıma ilişkin görüşü için bkz. ÖZCAK, Gürkan; İşlenemez Suç, Prof.Dr.Nevzat Torosluya Armağan, Cilt II, Ankara Üniversitesi Yayınları, No:59, Ankara, 2015, s.965-966. Ayrıca internet erişimi için bkz. (<http://www.ozocak.com/Dosyalar/46f710.pdf>), (E.T: 21.10.2021.)

²⁶ İtalyan Ceza Kanunu bu teoriyi benimsemiş ve buna göre elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiği düzenlenmiştir. (m.49). Kanun maddesi ve buna ilişkin açıklamalar için bkz.AKBULUT, s.141.

failin mağduru öldürmek için icraya başlamasından önce mağdurun ölmesi verilebilir²⁷.

Nispi elverişsizlikte ise, tamamen somut olaya göre bu durumun belirleneceği, eğer kişinin hareketinden zarar tehlikesinin var olduğu anlaşılıyorsa teşebbüsten dolayı ceza verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁸. Örneğin, normal mesafeden ateş ederken iyi nişan alınmaması veya mağdurda çelik yelek bulunması ya da merminin yön değiştirmesi gibi sebeplerle, hedefin vurulamaması hallerinde, silahın patlaması sonucu failin tehlikeliliği ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden, teşebbüs ile cezalandırılması gerekir.

Alacakaptan'a göre²⁹, nispi elverişsizlik durumunda failin teşebbüsten ceza alması gerekmektedir. Nitekim lokantaya para çalma maksadıyla giren failin boş kasada parayı bulamaması buna bir örnektir. Müellife göre, somut olayda fail hareketine devam etseydi, parayı bulabilecekti. Bu sebeple nispi elverişsizliği, suça teşebbüs hükümlerine göre cezalandırmak gerekmektedir.

Mutlak elverişsizlik halinde, elverişsiz teşebbüs söz konusu olacak ve bu sebeple teşebbüs hükümleri uygulanamayacaktır. Buna göre, önceden zaten ölmüş olan birini öldürmeye çalışmak, ya da oyuncak silahla adam öldürmeye çalışmak ya da suyla birini zehirlemeye çalışmak gibi örnekler verilebilir. Bu durumda cezalandırılacak bir hareketten söz edilemeyecektir. Nitekim burada yasa tarafından koyulan hukuki değeri zarara sokma tehlikesi meydana gelmemiştir. Fail oyuncak tabancayla insan öldürmeye çalışırken ya da suyla mağduru zehirlemeye çalışırken, sadece kastını açığa vurmuştur. Buna göre, kullanılan aracın kesin olarak suçu gerçekleştirmeye uygun olmaması bakımından, mutlak elverişsizlik söz konusu olacaktır.

Teori, mutlak ve nispi elverişsizlik ayrımının çelişkili olması ve söz konusu ayrımın kesin bir ölçüt oluşturmadığı gerekçeleriyle eleştiriye maruz kalmıştır³⁰.

²⁷ Örnek için bkz. ÖZOCAK, s.965-966.

²⁸ İpekçioğlu ve Soyaslan'ın benzer görüşü için bkz. BONCUK, s.53-54.

²⁹ ALACAKAPTAN, s.116.

³⁰ İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.110; ÖZGENÇ, s.494-495. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 11. Baskı (Tıpkı Basım), US-A Yayıncılık, Ankara, 2018, s.342.

1.1.1.2. Aracın Yetersizliği Teorisi

Teori, mutlak ve nispi ayırımına karşı çıkarak³¹, bunun yerine elverişlilik ve yeterlilik olarak, başkaca bir ayırım yapmıştır³². Teorinin başlıca savunucusu Mazzini'ye göre ; ‘ ‘Aracın suç neticesini meydana getirmedeki elverişsizliği ile suçun tamamlama aşamasındaki yetersizliği açısından bir ayırım söz konusudur³³. ‘ ‘Örneğin, silah insan öldürme suçu açısından uygun bir vasıtaadır. Fakat, çok uzak mesafeden atış yapılması halinde, vasıta elverişlidir fakat yeterli değildir. Bir başka örnek, öldürmek maksadıyla kişiye verilen zehir, ölüm neticesinin gerçekleşmesi bakımından elverişlidir, fakat miktarının yeterli olmaması durumunda, yine de elverişli hareketlerle suçun icrasına başlandığından teşebbüs söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay kararlarında da aracın elverişsizliği söz konusu olduğunda cezai yaptırım uygulanmazken, yetersizlik durumunda fail, suça teşebbüsten sorumlu olmaktadır³⁴.

Sonuç olarak, aracın elverişsiz olması ve aracın yetersiz olması kavramları farklı anlama gelmektedir³⁵. Buna göre, araç elverişliiyken, miktarının az olması yahut kalitesinin düşük olması ya da failin vasıtayı uygun bir şekilde kullanamaması durumunda, somut olayın koşullarına göre bir değerlendirme yapılması gerekecek ve suça teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.³⁶ .

³¹ Manzini ,mutlak ve nispi elverişsizlik ayırımını eleştirerek, bunun yerine aracın elverişsizliği ile aracın yetersizliği ayırımını yerinde bulmuştur. Manzini'nin görüşü için bkz. ÖZOCAK, s.976-977.

³² İPEKÇİOĞLU, s.75 vd.

³³ Manzini'nin konuya ilişkin değerlendirmesi için bkz. SOYASLAN, Doğan; Teşebbüs Suçu, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara,1994, s.93.

³⁴ ‘ ‘...Verilen zehir, öldürmeye elverişli olup, miktarının azlığı sebebiyle ölüm sonucu oluşmamış ve böylece vasıtada nispi imkânsızlık dolayısıyla cürmün TCK'nın 61. maddesinde yazılı eksik teşebbüs noktasında kaldığının kabulüne ...” (Yargıtay 1. CD, 26.5.1963, 1963/320 E. Ve 1963/1134 K.) Bkz. BAYRAKLI, Hasan Hüseyin / BOZDAĞ, Ahmet; Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi, Maliye Dergisi, Sayı 158, Ankara , 2010, s.26.

³⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 458.

³⁶ ÖZOCAK, s.975.

1.1.1.3. Somut Tehlike Teorisi

Toplumsal tehlikelilik, hareketin ceza kanununun koruduğu hukuksal değere zarar verme ya da zarar tehlikesi meydana getirme kabiliyetini ifade eder. Buna göre, hareketin hukuka aykırı olması, onun toplumda yarattığı tehlikeye bağlı olarak tespit edilmektedir. Nitekim hukuka aykırılık hali, dış dünyada meydana gelen toplumsal tehlikeliliğin kanunda vücut bulan hukuksal biçimidir³⁷.

Somut tehlike teorisi³⁸, klasik objektif teoriden farklı olarak elverişliliğin tespitinde, vasıttan ziyade fiile ilişkin elverişsizliğe önem vermektedir³⁹. Teori uyarınca, hareket kesin ve soyut olarak elverişli ya da elverişsiz kabul edilemez. Bunun için suçla korunan hukuki değer ve tehlikenin ağırlığı nazara alınarak bir tespit yapılması gerekmektedir. Hareketin ika edildiği esnada suçun maddi konusu mevcut değilse elverişli hareketlerde bulunulamayacağı için suça teşebbüste söz konusu olmayacaktır⁴⁰. Örneğin; hırsızlık yapma gayesiyle yola çıkan failin, elini mağdurun dolu cebine değil de boş cebine atması sonucunda somut tehlike teorisine göre, suça teşebbüsten cezalandırılması gerekmektedir. Çünkü fail somut olayda tehlikeliliğini ortaya koymuştur. Bir başka örnek olarak, A boşandığı eşi B'nin evine girerek, velayeti A'ya ait olan, iki yaşındaki müşterek çocuk C'yi kaçırmak ister ve bunu öğrenen B, C'yi yanına alıp yangın merdiveninden inerek, binayı terk eder. Söz konusu durumda C, B tarafından götürülmeseydi A eve girdiğinde, C orada olacak ve kaçırma eylemi gerçekleşecekti. Bu nedenle hareket elverişli olup, A çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçuna teşebbüsten (TCK234/1) sorumlu olacaktır⁴¹.

³⁷ HÜSEYİNOĞLU, Emin, "Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı", Ankara Barosu Dergisi Cilt: 76, Sayı: 1, 2018, s.125.

³⁸ İPEKÇİOĞLU, s.40 ; ALTINORDU, Fazıl; " Hırsızlığa Teşebbüs Suçunda İcra Faaliyetlerinin Başlaması", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:0, Sayı:1 2012, s. 151; Carrara'nın ortaya attığı somut tehlike teorisinin savunucularına göre, gerçekleştirilen bir eylemin elverişli, dolayısıyla, tehlikeli olup olmadığını kavrayabilmek için somut olayın şartlarının göz önünde bulundurulması gerekir. Görüşün çevrilmiş haline yer veren eser için bkz. ALACAKAPTAN, s.75.

³⁹ Vannini'ye göre fail tarafından birini öldürmek amaçlı doldurulmuş olan silah, kendisine haber verilmeden boşaltılırsa , bu silahın kullanılmasını adam öldürmek için elverişli bir eylem olarak, saymamak gerekir. Görüş ve Çeviren için bkz. ALACAKAPTAN, s.78.

⁴⁰ SOYASLAN, s.101.

⁴¹ Örnek için bkz. GİYİK, Abdulkaki; "İşlenemez Suç", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, s.188.

Teoriye göre⁴², failin suç işleme iradesini dışa vurması esasen tehlikeli yönünün de ortaya çıktığı anlamına gelmektedir. Bu durumda bir değerlendirme “ex ante” yapılacaktır⁴³. Buna göre failin ,hareketine devam ederken somut olayda mevcut olan koşullar, suçun işlenebilirliğine ilişkin sahip olduğu yetenek, bilgi ve yaşam deneyimleri nazara alınacaktır⁴⁴.

Söz konusu teori, elverişsizliği kesin olarak açıklayamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna göre, salt olarak suç işleme iradesinin esas alınmasının, hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması sonucunu doğurabileceği ifade edilmiştir⁴⁵.

1.1.1.4. Uygun Nedensellik Teorisi

Ceza hukukunda nedensellik bağı, hareket ve netice arasında köprü görevi gören bir bağıdır. Suç tipinin öngördüğü neticeye nedensellik bağı ile bağlı olan koşul, aynı zamanda ceza hukuku bağlamında önem taşıyan bir hareketse suç tamamlanmış olur⁴⁶. Bu teori bakımından⁴⁷, elverişlilik olgusu bütün suç tipleri yönünden incelenmesi gereken bir unsurdur. Bu sebeple fiil ve netice arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerekir⁴⁸. Aksi halde teşebbüs söz konusu olmayacak, faile ceza verilmeyecektir. Örneğin (A), (B)’yi bıçakladıktan sonra (B)’nin hastanede yapılan yanlış tedavi sonucu ölmesi durumunda, A’nın hareketi ile ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağı yoktur.

⁴² Vannini’ye göre, teşebbüsün varlığına hükmedebilmek için, hareketin gelişimi anındaki her hangi bir zaman diliminde tehlikelilik taşıması yeterlidir. Vannini’nin görüşünü aktaran ve çeviren için bkz. ALACAKAPTAN,s.79.

⁴³Teori savunucularının bir kısmı, konuya ilişkin farklı sonuçlara varmışlardır. Liszt de, tehlikenin ex-ante bir araştırmayla ortaya çıkabileceğini belirttikten sonra, daha önce doldurulan silahın, failin bilgisi dışında boşaltılması durumunda, Vannini’den farklı olarak teşebbüsün söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür.Müellife göre bunun sebebi, söz konusu vaziyetlerin ,olayın gelişimi sırasında ortaya çıkmış olmasından kaynaklanmaktadır. Görüş ve Çeviren için Bkz. ALACAKAPTAN,s.80.

⁴⁴ÖZBAY, Av.Enes. Lex Pera Blog,Teşebbüste Elverişlilik Unsuru ve Kimi Özel Suç Düzenlemelerinde Elverişlilik Unsuru.(<https://blog.lexpera.com.tr/tesebbuste-elverislilik-unsuru-ve-kimi-ozel-suc-duzenlemelerinde-elverislilik-unsuru/>),(Erişim Tarihi : 24. 03. 2021).

⁴⁵Eleştiri için bkz. SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994, s. 81.

⁴⁶ BOZ, Burak. Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı, Doktora tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara, 2016, s.2-3.

⁴⁷ İpekçioğlu’na göre; “*Hareketin elverişliliği yalnızca teşebbüse ilişkin bir kavram olmayıp, herhangi bir suç için de geçerlidir.*” Görüş için bkz. BONCUK,s.57.

⁴⁸ ÖZCAK, Gürkan; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs,1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.127 vd.

1.1.2. Sübjektif Teori

Sübjektif görüş taraftarları⁴⁹, elverişliliği failin suç işleme yeteneğine göre yorumlamaktadır. Bu durumda fail, kullandığı aracı o suç için uygun gördüyse, netice ortaya çıkmasa dahi cezalandırılacaktır. Bir başka deyişle, failin düşünce etkinliği, kullanılan vasıtaların elverişliliğini tespit edebilme açısından önem arz etmektedir. Teoriye göre, failin suç işleme iradesini dışa vurması, aynı zamanda tehlikelilik halinin de ortaya çıktığı anlamına gelir. Bu itibarla, örneğin, dolu bir silah adam öldürmeye elverişli olmasına rağmen, kullanan kişi acemi ise, vasıta elverişsizdir. Kanaatimizce, bu görüşün benimsenmesi olanaklı değildir. Zira icra hareketlerine başlayan fail, şüphesiz ki elverişli sandığı araçlarla suçu işlemeye çalışacaktır. Burada fail bakımından elverişliliğin tespiti, kullanılan tüm vasıtaların elverişli olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Sübjektif teori, teşebbüsün cezalandırma alanını aşırı genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁰. Ayrıca, failin cezalandırılması için salt suç işleme iradesinin kriter olarak alınmasının, suçların ve cezaların kanuniliği prensibini bertaraf ettiği de ifade edilmiştir⁵¹.

1.1.3. Karma Teori

Karma teoriye göre,⁵² objektif ve sübjektif görüşlerin sentezi ile, tamamen somut olayın koşulları çerçevesinde bir tespitte bulunulması gerekmektedir⁵³. Bu sebeple meydana gelen her somut olayı ayrıca incelemek gerekir. Bir olayda objektif ölçüt uygulama alanı bulabilirken, bir başka olayda sübjektif bir değerlendirme yapılabilir⁵⁴. Klasik örnek olarak, şeker hayatın olağan akışı çerçevesinde insan öldürmek için elverişli bir vasıta olmamasıyla birlikte, şeker hastası olan bir kimseye verildiği takdirde bahsi geçen vasıta elverişli olacaktır. Diğer bir yandan objektif

⁴⁹ Dönmezer/Erman'a göre; *"Hareketin elverişliliği, failin bilgi, beceri ve aracı kullanabilmesine bağlıdır."* İpekçioğlu da benzer görüştedir. Görüşler için bkz. BONCUK, s.58.

⁵⁰ ALACAKAPTAN, s.38.

⁵¹ ÖZÖK, s.963.

⁵² Bkz. ALTINORDU, s.147; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.557.

⁵³ AYDIN, s.90.

⁵⁴ HAKERİ, s.490.

ölçütlere uygun olarak insan öldürmek için elverişliliği bulunan tabancanın emniyet kilidinin açık olmaması durumunda, aracın elverişli olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır⁵⁵.

Teori, hem failin dış dünyaya etki eden iradesini, hem de fiilin hukuk düzeni açısından yarattığı tehlikeyi esas almaktadır. Buna göre teşebbüsün ceza sorumluluğuna sebebiyet vermesi, hem faildeki suç işleme iradesinin toplum nezdinde açığa çıkmış olması hem de hareketin hukuki konuyu tehlikeye atmış olmasından ileri gelmektedir. Örnek olarak, kasten adam öldürme suçunu işlemek için harekete geçen failin, mağdurun baş hizasına ateş etmesi sonucu ölmemesi verilebilir⁵⁶.

Suçta teşebbüs için icra hareketlerine başlanılması ve vasıtanın da suç tipinde yer alan hareketi oluşturmaya elverişli olması gerekir. Tabi olarak elverişlilik yalnızca suç işlemek için kullanılan vasıta bakımından değil, aynı zamanda hareket açısından da mevcut olması gerekir. Nitekim kanunda belirtildiği gibi fiilin icrasının, elverişli hareketlerle gerçekleşmesi zorunludur.

Hareketin elverişliliği, suçun kanuni tanımındaki sonucu meydana getirmeye yeterli ve uygun olması anlamını taşımaktadır. Suç işlemeye yönelik icra edilen hareketler neticenin gerçekleştirilmesi bakımından elverişsiz ise, suçta teşebbüsten söz edilemez. Çünkü söz konusu elverişsiz hareketlerin, kanunla korunan hukuki değeri ihlal etmesi mümkün değildir.

Sonuç olarak, hareketin elverişliliği konusunda maddi olayın mahiyeti ve var olan şartlar birlikte incelenerek sonuca varılması gerekmektedir. Nitekim bir olay için suçun sonucunu meydana getirmeye uygun ve yeterli olan bir araç başka bir suçun sonucunu meydana getirmeye uygun olmayabilir⁵⁷.

⁵⁵ SÖZÜER, s.335 vd.

⁵⁶ AYDIN.90-91.

⁵⁷ YAŞAR, Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin /ARTUÇ, Mustafa; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu. Cilt 1, Adalet Yayınevi Ankara, 2014, s.958. Yargıtay, bu konudaki değerlendirmesini içeren bir kararında durumu şu şekilde ifade etmiştir;” “fail tarafından kullanılan aracın neticeyi meydana getirmek açısından kesin suretle elverişli olması gerekir. Aracın elverişliliğinin tespit etmek için işlenmek istenen suç tipi, suçun vuku bulduğu mekân ve zaman, mağdurun içinde bulunduğu vaziyeti ve buna ilişkin bütün kayda değer koşullar illiyet bağı çerçevesinde incelenerek dikkate alınması gerekmektedir.” Kararın ayrıntılı hali için bkz. YCGK.4-6-1990 5/101-156.(<https://www.kazanci.com.tr/>), (E.T.12.02.2021)

1.1.4. Kanaatimiz

Teşebbüs, bir suçun icrasına doğrudan doğruya ve elverişli hareketlerle başlanması anlamına gelir. Eğer bir elverişsizlik hali mevcut ise, bu vasıtanın veya fiilin elverişli olmamasından kaynaklanmaktadır. Aracın elverişsizliğine örnek olarak, failin arsenik zannıyla, şekeri mağdurun çayına katması ya da oyuncak tabancayla mağduru öldürmeye çalışması verilebilir. Harekete ilişkin elverişsizlik haline ise, B'yi öldürmek isteyen A'nın silahla ateş etmesine rağmen, B'nin görünmeyen çelik yelek giymiş olması örnek gösterilebilir. Söz konusu olay örgülerinde tipiklik bahsi de önem taşımakla birlikte maddi unsurlar arasında fiil yahut konu bakımından imkansızlık yarattığı için suç oluşmamaktadır. Bu durumda da elverişsiz teşebbüs gündeme gelmektedir.

Kanaatimizce, hareketin elverişliliği, olayın tüm özellikleri ele alınarak, failin suç işleme kabiliyetine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü elverişlilik kavramı nispi bir kavramdır. Daha önce izah ettiğimiz üzere, elverişsiz araç başka bir suç için elverişli olabilmektedir. Bu sebeple objektivistlerden ve failin salt tehlikeliliği ortaya koyup cezalandırılmasını savunanlardan ayrılarak, elverişliliğin tespiti açısından karma teorisinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

2. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN SUÇ GENEL TEORİSİNDEKİ YERİ

Elverişsiz teşebbüs, bulunduğu konum itibarıyla, suç genel teorisi içinde birçok kavram ile ilişkilendirilmiş bir konudur. İlk görüş⁵⁸, elverişsiz teşebbüsü, manevî unsur çerçevesinde ele almaktadır. Söz konusu görüşe göre; elverişsiz teşebbüs, failin algılama ve isteme kabiliyetinin olmamasından ileri gelmektedir. Fakat bu görüşü

⁵⁸ Napoli'nin görüşü için bkz. İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy;"Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından "İşlenemez Suç" un Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 61, Sayı: 3 ,2012, s.864.

desteklemek olanaksızdır. Nitekim, elverişsiz teşebbüs faili de, algılama ve isteme yeteneği mevcut olarak fiilini icra etmektedir⁵⁹.

Yine, bazı müellifler⁶⁰ elverişsiz teşebbüsü, ‘*teşebbüsün olumlu olmayan bir şekli*’ tasnifiyle, konuyu teşebbüs müessesesinin kapsamında değerlendirmektedirler. Söz konusu görüşe göre, suça teşebbüsün mevcudiyeti için elverişli vasıtalarla veya elverişli hareketlerle icraya başlama şartı arandığından, doğrudan teşebbüsle ilgili bir duruma sebebiyet verilmiş olacaktır⁶¹.

Bir kısım müellif ise⁶², elverişsiz teşebbüsü, teşebbüs başlığı altında sınırlandırmayıp, tipiklik unsuruna ilişkin etkisi yönünden değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu görüş taraftarlarına göre⁶³, elverişlilik tipik fiilin bir niteliğidir. Tipikliğin oluşabilmesi elverişli hareketin mevcut olması şarttır. Söz konusu elverişlilik, failin elinde olan vasıtanın uygun olması ve istediği neticeye yönelmesi ile gerçekleşmektedir. Elverişliliği, failin iradesi bağlamında ele alan bu görüş L’Innocente tarafından eleştirilmiştir⁶⁴. Çünkü elverişlilik failin iradesi yönünden incelenirse, subjektif yönden elverişli olmayan ancak objektif anlamda elverişli olan bir fiilin tipik olmadığı söylenebilecektir. Buna göre, subjektif elverişlilik tipiklik içerisinde yer alamaz⁶⁵.

⁵⁹ Görüşler için bkz. ALACAKAPTAN, s. 17-18. İPEKÇİOĞLU, s.864.

⁶⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.471. Dönmezer/Erman ve Erem söz konusu müesseseyi, teşebbüs konusu içerisinde incelemektedirler. Bkz. ÖZCAK, İşlenemez Suç, 959.

⁶¹ HAKERİ, s.434; ALACAKAPTAN, s.19; AYDIN, s.100.

⁶² ÖZTÜRK/ERDEM, hareketin icrasında tipikliğin gerçekleşmesine imkan bulunmadığını ifade ederek, elverişsiz teşebbüsün tipikliğin oluşumuna bir engel olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s.380. Ayrıca bkz. ÖZCAK s. 953; ALACAKAPTAN, s.19.

⁶³ İpekçioğlu, elverişsiz teşebbüsün tipikliğin oluşmasına engel olduğu kanısındadır. Bkz. İPEKÇİOĞLU, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s.137.

⁶⁴ L’innocente’ye göre, esas olan failin hareketindeki amaçtır. Bu amacın dış dünyaya yansımısıyla, hareket elverişli olarak nitelendirilmektedir. Elverişliliğin tipe uygun olması, aynı zamanda subjektifleştirilmesini gerektiriyorsa, gerçek anlamda elverişsiz olan hareket faile göre elverişli olduğunda, ceza vermek gerekecektir. Bu teori, failin subjektif değerlendirmesini esas aldığından hem tipikliğin yapısına hem de ceza politikasına uygun düşmemektedir. Görüş için bkz. İPEKÇİOĞLU, "Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından “İşlenemez Suç” un Değerlendirilmesi", s.867.

⁶⁵ Eleştiri için bkz. BAYRAKTAR, Köksal; "İşlenemez Suç" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:34, Sayı:1-4, Temmuz 2011, s.718. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96185>), (E.T.27.09.2021)

Alacakaptan'a göre; "İnsan hareketinin gerçek anlamını en iyi açıklayan görüş, amaççı hareket teorisidir." Keza ceza hukuku bağlamında insanlık prensibinin önem kazanmaya başladığı çağımızda, amaççı hareket teorisinin, büyük katkısı bulunmaktadır. Müellif, kusurluluğu kast ve taksirden mahrum bir şekilde , boş bir kalıp haline getirmemek koşuluyla, söz konusu hareketin yapılmasındaki amaç ile birlikte değerlendirilmesi ile bir anlam taşıyabileceğini ifade etmektedir. Hareket noktası böyle olunca yazara göre, elverişliliği tipikliğe uyması için varlığı gerekli bir unsur saymak gerekmektedir⁶⁶. Buradan anlaşıldığı üzere, Alacakaptan, elverişsiz teşebbüs müessesinin suç genel teorisinde, tipiklik unsuruyla ilişkili olduğu kanaatindedir.

Kanun koyucu ,5237 sayılı TCK'da "elverişsiz teşebbüs" kavramına ilişkin, açıkça bir düzenlemede bulunmamıştır. Fakat, madde 35'de "suça teşebbüs" başlığı altında yer alan "elverişli hareketler" ibaresiyle, söz konusu müessesenin varlığını örtülü de olsa kabul etmiştir. Ancak bu hukuki kurumun cezalandırılmamasının asıl sebebi, kanaatimizce fiilin tipikliğe uygun olmamasıdır. Çünkü, niteliği elverişsiz dahi olsa dış dünyaya etki eden bir fiil bulunmaktadır. Fakat bu fiil kanuni tipteki neticeyi başarıya ulaştırma açısından elverişli değildir⁶⁷. Nitekim, hareketin tipik olabilmesi için, kanunda yer alması ve elverişli hareketlerle işlenmiş olması gerekir. Eğer fiil, tipik neticeyi ortaya çıkarmakta elverişsiz ise ve kişiye ceza verilmeyecektir.

⁶⁶ ALACAKAPTAN, s.13.

⁶⁷ İPEKÇİOĞLU, "Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından "İşlenemez Suç" un Değerlendirilmesi", s.864.

3. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN BENZER KAVRAMLAR İLE MUKAYESESİ

3.1. Teşebbüs Kavramı ile Karşılaştırılması

Bu başlık altında, TCK m.35 düzenlemesinde yer alan teşebbüs kavramı izah edilip, daha sonra elverişsiz teşebbüs müessesesi ile aralarındaki benzer ve farklı noktalar mütalaa edilecektir.

3.1.1. Genel Olarak Teşebbüs

Arapçada “ş-b-s” kökünden tefa‘ul babından mastar biçiminde kullanılan teşebbüs terimi, esasen bir faaliyetin başlangıcı, bir şeye yapışmak gibi anlamlara gelmektedir⁶⁸. Ceza hukuku bağlamında ise teşebbüs kavramı, failin elverişli hareketlerle devam ettiği suç yolunda iradi olmayan birtakım nedenler dolayısıyla daha fazla devam etmesine olanak kalmaması, bir başka deyişle suçun tamamlanamamasını ifade eder⁶⁹. Demek oluyor ki teşebbüs kurumuna suç vasfını kazandıran unsur, failin iradesi dışında oluşan bir “engel” sebebiyle icra ettiği eylemini bitirememesi ya da bitirse dahi istenilen sonuca başarıya ulaşamamasıdır⁷⁰.

Belirtilmelidir ki suç, belirli zaman dilimlerinde ilerleyerek işlenir. Suç yoluna girişin ilk adımı, suç işleme düşüncesinin doğması ve bunun bir karara dönüşmesidir. Daha sonra suçun ne şekilde işleneceğine yönelik plan ve hazırlık yapılır. Bahsi geçen hazırlık hareketleri, kanunun yasakladığı alana müdahale edici nitelikte olmadığı için kural olarak cezalandırılmaz.

⁶⁸ ÇİFTÇİ, Adem; "İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Vazgeçme", Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi Cilt: 19, Sayı: 1, 2015, s.41. (<https://acikerisim.erbakan.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12452/837/10067164.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), (E.T:21.04.2021)

⁶⁹ ŞENOL, Cem; "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m.277)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, s.1140.

⁷⁰ ÇİFTÇİ, s.42.

İkinci aşama ise icra hareketlerine geçiş aşamasıdır. Bu aşamada, icra hareketleri yarım kalabilir, ya da tamamlansa dahi suç tipinde öngörülen sonuç meydana gelmeyebilir. İşte bu durum suça teşebbüs olarak ifade edilir⁷¹.

Teşebbüs, failin kasıtlı olarak işlemek istediği suçla ilgili gerekli hazırlıklarda bulunduktan sonra icra hareketlerine geçmesine rağmen kontrol edemediği sebeplerden dolayı, işlemek istediği suçun neticeye ulaşmaması olarak da tanımlanabilir⁷².

Her ne kadar arzu edilen netice meydana gelmemiş olsa da failin o evreye kadar toplum düzeninde gösterdiği tehlikelilik halini kanun koyucu göz ardı etmemiş, tamamlanmış suça oranla daha az bir cezaya hükmedilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bu düzenleme, toplumsal adalet anlayışının tesisi ve güvence fonksiyonunun zedelenmemesi açısından yerinde bir düzenlemedir. Aksi halde, asıl ceza normunda yer alan unsurlar dolayısıyla hareketin tipik olmadığı sonucuna varılacak ve ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁷³.

3.1.2. Teşebbüsün Cezalandırılabilirlik Koşulları

Türk ceza hukuku bağlamında, teşebbüsün cezalandırılmasının dayanağı 35. madde hükümleridir. Bu hüküm, cezai sorumluluğu genişletici bir etkiye sahiptir. Söz konusu maddeye göre, suça teşebbüsten sorumluluğun doğması için, failin suç işleme kastının bulunması, hareketinin elverişli olması ,elinde olmayan sebeplerle icra eylemini tamamlayamaması veya kast ettiği suçun neticesinin gerçekleşmemesi gerekmektedir⁷⁴.

Teşebbüs hükmüne özel olarak yer verilmemesiyle birlikte, herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaması, tüm suç tipleri açısından uygun, genel hüküm mahiyeti taşımaktadır. Suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, failin icra ettiği hareket

⁷¹ Tanım için bkz. AVCI, Mustafa; "Osmanlı Hukukunda Suça Teşebbüs", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı:2, Aralık 2013, s.7.

⁷² Bkz. BONCUK s.12-13.

⁷³İPEKÇİOĞLU, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs.42.

⁷⁴ ŞARE, s.124.

sebebiyle kanunun koruduğu hukuki menfaatin tehlikeye girmesidir. Bununla birlikte yeni düzenlemeyle, teşebbüse ilişkin indirim oranının tespitinde hareketin doğurduğu zarar ve tehlikenin ağırlığı da dikkate alınmaktadır⁷⁵.

Teşebbüs aşamasına gelmek için hazırlık hareketlerinin tamamlanması gerekmektedir. Nitekim, söz konusu hareketlerin hiçbiri, suç işleme iradesini net olarak ortaya koyamadığı için cezalandırılabilir boyutta değildir⁷⁶. Nitekim, 5237 sayılı TCK'nın 35/1.maddesinde; "Kişi, işlemeyi kast ettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur." şeklinde yer verilmiştir. Buna göre, hazırlık ve icra hareketi ayrımının tespiti için "doğrudan doğruya icraya başlama" şartı kabul edilmiştir⁷⁷.

Teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için gereken koşullardan bir diğeri de elverişli hareket ile fiilin icra edilmesidir⁷⁸. Bir görüşe göre⁷⁹, icra hareketleri başlangıcında, fail, esasen var olan bir olguyu yok zannetmiş ise vasıta elverişli, olmayan bir durumu gerçekte var zannetmişse elverişsizdir. Bir başka ifadeyle fail, vasıtaya ve dış etkenlere ilişkin bilgisinde nitelik veya nicelikte hataya düşmüşse ve bu hata normal karşılanıyorsa elverişli, aksi halde elverişsizdir.

⁷⁵ ŞARE, s.135; DEMİRBAŞ,s.467.

⁷⁶ Koca/Üzülmez'e göre, hazırlık hareketlerinin tespiti suçun konusunda tehlikeye sebebiyet verip verilmemesi ölçütü ile anlaşılır. Görüşü içine alan eser için bkz. BONCUK,s.49.

⁷⁷ Madde gerekçesinde; "Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılabilecektir. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık-icra hareketleri ayrımı konusunu kanıtlama sorunu haline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir. Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki 'kastı şüpheye yer bırakmayacak' ölçütü madde metninden çıkartılarak, yerine 'doğrudan doğruya icraya başlama' ölçütü getirilmiştir. Buna göre, işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanmış sayılacaktır." (<https://www.tckmadde.com/35-2/>), (E.T.15.11.2021)

⁷⁸ ETCK'dan farklı olarak ,5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde "elverişli araç" yerine "elverişli hareket" ifadesine yer verilmiştir. Kanun koyucu, söz konusu düzenlemeyle elverişliliğin hareketin tamamını kapsayacak şekilde olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 465.

⁷⁹Bkz.DARENDE, İhsan; "Yeni TCK'da Suç işlemeye Teşebbüs" Leges Kamu Hukuku Dergisi,Sayı:1, 2013,s.6-7. (<https://www.sinerjias.com.tr/pdf/16.pdf>), (E.T:21.04.2021). Ayrıca Bkz. BONCUK,s.59.

5237 sayılı TCK'da kanun koyucu, ETCK'dan farklı olarak eksik teşebbüs- tam teşebbüs ayırımına⁸⁰ yer vermemiş, adil ve eşit bir cezalandırma açısından, hareketin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığı kıstaslarını kabul etmiştir. Bunun sonucunda hakime yalnızca indirim oranının belirlenmesi için takdir yetkisi verilmiş; buna karşın hareketin tam cezası ile cezalandırılabilme yetkisi tanınmamıştır⁸¹.

Teşebbüs evresinde kalan suç yalnızca objektif anlamda bitirilememiştir bunun sebebi kanundaki tipik hareketin kısmen meydana gelmiş olmasıdır. Ayrıca, suçun kurucu unsurlarından biri olan manevî unsurun var olması, teşebbüs kurumunda da uygulama alanı bulmakta ve bu evrede kalan suç, manevî unsur(kast) açısından tamamlanmış olmaktadır⁸².

Ceza hukuku anlamında failin bilmesi ve aynı zamanda istemesi diye tasnif edilen kastın, her somut olayda net olarak belirlenmesine fayda sağlayacak kesin bir kuralın ve bilimsel bir dayanağının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir⁸³. Fakat kast, kişinin iç dünyasıyla ilgili bir olgu olsada fail ve mağdur arasındaki kişisel ilişki, suç aleti, suçun işleniş şekli, ortaya çıkan netice ve tehlikenin ağırlığı gibi ölçütler yönünden bir çıkarım yapıldığında failin iç dünyasında oluşan kastın dış dünyada objektif olarak yansımaları görülecektir⁸⁴. Bunun sonucu olarak söz konusu ölçütler ışığında failin suçu kasten işleyip işlemediğine ilişkin bir kanaate varılması mümkün olacaktır.

⁸⁰ ETCK, Teşebbüsü eksik ve tam teşebbüs biçiminde ikiye ayırmış ve 61. maddesi ile: “ Bir kimse işlemeyi kast eylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı o cürmün husûlüne muktezi fiilleri ikmal edememiş olduğu takdirde ...” ifadeleriyle eksik teşebbüsü, 62. maddesinde ise; “Bir kimse işlemeyi kastettiği cürmün icrasıyla ilgili olan hareketleri tamamlamış, fakat ihtiyarında olmayan bir sebepten dolayı o cürüm meydana gelmemiş ise ..” olarak da tam teşebbüsü düzenlemiştir. Bkz. ARTUK, Mehmet Emin /GÖKÇEN ,Ahmet/ ALŞAHİN Mehmet, Emin/ ÇAKIR, Kerim; 'Gerekçeli Ceza Kanunları",20.Baskı,Adalaet Yayınevi,Ankara,2019, s.1074-1075.

⁸¹ BONCUK,s.27.

⁸² BONCUK, s.29.

⁸³ TOZMAN, Önder;"Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresinde Failin İçinde Bulunduğu Bazı Psikik Durumların Kast Teşkil Edip Etmediği Sorunu",Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt: 11,Sayı: 1 ,2007,s. 1113.

⁸⁴ BİRTEK, Fatih; 'Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 58,Sayı: 2,2009,s. 233-234.

Belirtilmelidir ki, kasıtlı suçlarda suç işleme kararı mevcut olabileceğinden dolayı yalnızca kasıtlı suçlarda teşebbüs kabul edilmiştir. Nitekim kanun koyucu, 5237 sayılı TCK'nın "Suça teşebbüs" kenar başlıklı 35. Maddesinde; *"Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur."* şeklinde ifade ederek teşebbüsün sadece kasıtlı suçlarda söz konusu olabileceğini vurgulamıştır⁸⁵.

3.1.3. Teşebbüse Elverişli Olmayan Haller

Düşünce harekete dönüşüp dış dünyaya yansıdığı vakit birey ceza hukuku alanına girmiş kabul edilir. Bu aşamadayken artık suç işleme niyetinin geri alınması mümkün görünmemektedir. Bu sebeple toplum düzenini bozan ve tehlike oluşturan hareketlerin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerekecektir⁸⁶.

Teşebbüsün varlığından söz edebilmek için fâilin icra hareketlerine başlaması şart olduğuna göre, ihmalî suçlarda teşebbüsten bahsedilemez⁸⁷. Örneğin şahitlik yapmak zorunda olan kimsenin bundan imtina etmesi veya hâkimin hüküm vermeyi yerine getirmemesi bu tür suçlardandır. Ancak ihmal yoluyla icra suçlarına teşebbüs mümkündür. Örneğin, çocuğunu emzirmeyerek ölüme terk eden anne veya hastasına ilaç vermeyerek durumunun kötüleşmesine sebep olan doktor açısından, netice gerçekleşmeden yakalanmaları durumunda, öldürmeye teşebbüsten yargılanacaklardır⁸⁸.

Bir diğer yandan, taksirli suçlara da teşebbüs olmaz. Çünkü kanunda da belirtildiği gibi kastın bilme ve isteme unsuru taksirli suçlarda söz konusu olmayıp,

⁸⁵. AYDIN, s.101.

⁸⁶ BAYRAKLI, Hasan Hüseyin; 'Vergi Kaçakçılık Suçlarına Teşebbüs', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 37 ,Ocak 2019,s.2.

⁸⁷ ŞARE, s.148.

⁸⁸TOZMAN, Önder;''İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme' 'TBB Dergisi, Sayı: 84, 2009, s.162-163.

kanun koyucu sadece kasıtlı suçların teşebbüse müsait olduğunu belirtmiş taksirli suçlara atıfta bulunmamıştır⁸⁹.

Son olarak, bazı suçlar için kanun koyucu, tamamlanmış olmasalar dahi tamamlanmış suç gibi hüküm verilmesini öngörmüştür. Bu sebeple bu suçlara da teşebbüs mümkün olmamaktadır. Örnek olarak; TCK 310''Cumhurbaşkanına Suikast'' ve TCK 309''Anayasayı İhlal'' suçları bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁹⁰.

3.1.4. Teşebbüs ve İşlenemez Suç Kurumlarının Mukayesesi

Teşebbüs ile elverişsiz teşebbüs, suçun tamamlanamaması noktasında birleşmektedir. Nitekim, her ikisinde de suç tamamlanamamıştır. Birbirlerinden ayrılan nokta ise, suçun tamamlanamamasına neden olan durumların farklı mahiyetlere sahip olmasıdır.

Teşebbüsün koşulları göz önünde bulundurulduğunda, baştan itibaren işlenebilen bir suçun söz konusu olduğu görülmektedir. Ancak buna rağmen, teşebbüste, suçta kullanılan araçların elverişsizliği veya suç konusunun bulunmaması dışında faili engelleyici bir sebep, suçun tamamlanamamasına neden olmaktadır. Elverişsiz teşebbüsün mevcut olması durumunda ise fail suçu işlemek istemekle birlikte, bu tehlikeliliğini her ne kadar ortaya koymuş ise de suçun işlenmesi olanağı bulunmamaktadır.

Söz konusu iki temel kurumun farkını incelediğimizde görüyoruz ki, teşebbüs evresinde kalmış suçtan bahsedilebilmesi için, kullanılan vasıtanın ve icra edilen hareketin elverişli olması gerekir. Fakat, elverişsiz teşebbüste ya hareket elverişsizdir ya da mevcut olmayan bir maddi konuya yönelme durumu vardır⁹¹. Kanaatimizce, her ne kadar fail, suç işleme niyetiyle fiilini icra etsede, teşebbüs evresinde kalan suçlardan ayrıldığı nokta, tipikliğin oluşmasına imkan bulunmamasından ileri gelmektedir⁹².

⁸⁹ŞARE, s.124

⁹⁰ AYDIN, s.109.

⁹¹ALACAKAPTAN, s.24; AYDIN,s.84.

⁹² ÖZTÜRK/ERDEM, s. 341

Nitekim hareketin elverişliliği ya da konunun yokluğu halinde, suçun maddi unsuru bulunmaması sebebiyle, tipe uygun fiilin meydana gelmesi mümkün değildir.

Alacakaptan, aradaki farkı açıklamak adına konuyu maddî unsurlar bakımından ele almıştır. Müellife göre, ihmâl suretiyle icra suçlarında, ihmali hareket kısımlarına ayrıldığında suça teşebbüs mümkündür. Yeni doğan bebeği öldürmek amacıyla göbek bağını kesip bağlamamak söz konusu duruma bir örnektir. Bununla birlikte vasıtanın elverişsizliği nedeniyle elverişsiz teşebbüsün ihmali bir hareket ile meydana gelmesi düşünülemez. Bir başka ifadeyle pasif bir durumu oluşturan ve hareketsizliği ifade eden ihmal ile olumlu ve aktif bir etkinliği gerektiren araçların kullanılması halini, bağdaştırmak mümkün görülmemektedir⁹³. Buna rağmen konunun yokluğundan dolayı ortaya çıkan elverişsiz teşebbüste ihmali hareketler rol oynayabilir. Örnek olarak; yukarıdaki olay örgüsünü farklılaştırdığımızda yeni doğum yapmış bir kadın, ölü bir çocuk doğurduğunun farkına varmaksızın, öldürme gayesiyle göbeğini bağlamaz ya da ona süt vermezse bu durumda elverişsiz teşebbüs gündeme gelmiş olacaktır⁹⁴.

3.1.5. İşlenemez Suça Teşebbüs Sorunu

İşlenemez suça teşebbüsün cezalandırılması konusunda doktrinde bazı görüşler ortaya atılmıştır. Objektif teori taraftarları, suç konusunun tehlikeye girdiğini, elverişsizliğin tesadüfi olduğunu ve bundan ötürü faile ceza verilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Ayrıca, mutlak elverişsizlik durumunda birey herhangi bir yaptırımla karşı karşıya kalmazken, nispi elverişsizlikte suç konusunun tehlikeye girmesi sebebiyle, failin cezalandırılmasının isabetli olacağını ifade etmişlerdir⁹⁵. Söz konusu mutlak-nispi ayırımına çalışmamızın ileriki safhalarında ayrıntılı olarak yer

⁹³ ALACAKAPTAN Uğur; Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası Ankara, 1970, s.67.

⁹⁴ Örnek için bkz. ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.25.

⁹⁵ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2020, s.484. Ögetide mutlak elverişsizliği kesin elverişsizlik olarak ifade eden yazarlar bulunmaktadır. Bkz. EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.305; ALACAKAPTAN, s.44.

vereceğimiz için , bu kısımda ismen zikretmekle yetineceğiz. Belirtmek gerekir ki söz konusu teori, teşebbüsün alanını daralttığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹⁶.

Buna karşılık sübjektif teoriye göre, önemli olan ortaya çıkan netice yahut suç konusunun tehlikeye atılması olmayıp, failin içindeki kasti davranışının dışa yansımasıdır. Buna göre, kişinin kötü niyetli olması hasebiyle topluma zararlı olacağı ve bu durumun suç işleme kararından da anlaşılacağı ifade edilmiştir⁹⁷. Bu teori cezalandırmayı aşırı derece genişletmesi ve modern ceza hukuku sistemiyle çeliştiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁹⁸.

Tehlike Teorisi ise, elverişsizliğe ilişkin mutlak ve nispi ayrımı kabul etmez. Eğer failin hareketi ve netice arasında uygunluk var ise işlenebilir bir suçun varlığından söz edilebilecek ve bu durumda faile teşebbüsten ceza verilebilecektir. Ancak uygunluk, diğer bir deyişle elverişlilik yok ise işte o zaman elverişsiz teşebbüsten bahsedilebilecek ve faile ceza verilmeyecektir⁹⁹. Söz konusu teoriye göre, elverişli-elverişsiz ayırmadan ziyade, tehlikeli ve tehlikesiz teşebbüs söz konusudur. Örneğin, boş tabancayla atış yapılması araç bakımından elverişsiz olmakla birlikte, suçun konusu bakımından tehlikelidir¹⁰⁰.

Dönmezer/Erman ve Öztürk/Erdem'e göre, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması yönünden hakime takdir yetkisinin verilmesi yerinde olacaktır¹⁰¹. Kanaatimizce, bu görüş kıyas yasağıyla çelişki oluşturacağı ve keyfi uygulamalara yol açacağı için yerinde değildir.

⁹⁶ ALACAKAPTAN, s.47; SOYASLAN, s.157;AYDIN, s.99.

⁹⁷ Dönmezer/Erman'a göre dışa yansıyan suç işleme iradesi yeterlidir. Aktaran için bkz. ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel;"Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs", Fasikül Hukuk Dergisi Cilt: 7,Sayı: 67, Haziran 2015,s.25.

⁹⁸ Hirsch'e göre; sübjektif teoriyi benimseyenler, ceza hukuku ve ahlak kurallarını birbirinden tam anlamıyla ayırt edememektedirler. Nitekim kişinin hukukla bağdaşmayan düşüncesini ifade eden bu davranışı, sadece ahlaka aykırıdır. Ancak ahlaka aykırılık, ceza hukuku için yeterli değildir.Görüş için bkz. KAZAKER, s.121-122; ÇİFTÇİOĞLU, s.67.

⁹⁹ AYDIN, s.84-85.

¹⁰⁰ Teoriye göre, failin hareketini gerçekleştirdiği zaman diliminde suçun maddi konusunda tehlike yaratması teşebbüs noktasında belirleyici olmaktadır. Açıklamanın devamı ve örnek için bkz. KAZAKER; s.123-124.

¹⁰¹ ÖZTÜRK/ERDEM s.310.

3.2. Gönüllü Vazgeçme ve Elverişsiz Teşebbüs

5237 Sayılı TCK'da Suça teşebbüs başlığı altında, 36.maddede yer verilen gönüllü vazgeçme kurumu, teşebbüs ile ilişkilendirilmiş cezayı kaldıran bir şahsi sebeptir. Nitekim söz konusu düzenlemede, belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde “*faile teşebbüsten ceza verilmeyeceği*” hükme bağlanmıştır. Bu sebeple ilk olarak teşebbüsün varlığı araştırılmalı, var olduğu sonucuna ulaşıyorsa gönüllü vazgeçmeye ilişkin bir değerlendirme yapılmalıdır¹⁰².

Gönüllü vazgeçmenin ön koşulu, teşebbüs aşamasında kalmış bir hareketin varlığıdır. Ancak, suç yolunda vasıta ve hareket elverişli iken, failin gönüllü olarak bu yoldan vazgeçmesini ifade eden gönüllü vazgeçme müessesesi ile failin niyetinden ziyade elverişlilik olgusuna önem veren elverişsiz teşebbüs kavramı, nitelik itibarıyla birbirinden farklıdır. Bu başlık altında söz konusu farklılıklar mütalaa edilecektir.

3.2.1. Gönüllü Vazgeçme Kurumunun ETCK ve 5237 Sayılı Kanun ile Karşılaştırılması

Gönüllü vazgeçme, 5237 sayılı TCK'nın “Genel Hükümler” başlıklı birinci kitabının “Ceza Sorumluluğunun Esasları” başlıklı ikinci kısmının “Suça Teşebbüs” başlıklı üçüncü bölüm başlığı altında 36 ‘ncı maddede düzenlenmiştir. Özel hükümler başlığı altında yer alan suç tipleri bakımından uygulama alanı bulacak bir genel hüküm niteliği taşımakla birlikte, esasen bir cezasızlık sebebi de oluşturmaktadır¹⁰³.

Kanun koyucu 765 ve 5237 sayılı TCK da gönüllü vazgeçmeye yer vermiştir. Fakat bu iki kanunun düzenlemeleri ve kullandıkları terimler farklıdır¹⁰⁴. Gönüllü vazgeçmeye ilişkin açıklamalara yer verilmeden önce bu farklardan bahsedilmesi yerinde olacaktır.

¹⁰² YAŞAR, Ercan/İBA,Hasan;” Teşebbüs Derecesine Ulaşmamış İcrai Davranışlarda Gönüllü Vazgeçme, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 16,Sayı:45,Nisan 2021,s. 101.

¹⁰³ GÖDEKLİ, Mehmet."Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,Sayı:29, Ocak 2017,s. 339.

¹⁰⁴ AKDAĞ, Hale;" Gönüllü Vazgeçme" ‘Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt: 3,Sayı: 2, 2013,s. 92.

765 sayılı kanunda, icra hareketlerinin tamamlanmaması (eksik teşebbüs) ve icra hareketleri tamamlandığı halde neticenin gerçekleşmemesi (tam teşebbüs) olarak ikili bir ayırım mevcuttu. Eksik teşebbüsün yer aldığı 61. maddede gönüllü vazgeçme de yer alıyordu. Söz konusu düzenlemeye göre fail icra hareketlerini tamamlamadan önce gönüllü vazgeçerse ceza almıyordu¹⁰⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi, eksik ve tam teşebbüse ilişkin ikili ayırımı sonlandırarak sadece "suça teşebbüs" ifadesine yer vermiştir. Buna bağlı olarak, ciddi düzenlemelere gidilmiş ve ekseriyetle objektif kriter ölçütü benimsenmiştir¹⁰⁶.

Gönüllü vazgeçmeyi düzenlemiş olmakla birlikte etkin pişmanlığa ilişkin bir düzenleme yapılmayan ETCK'nın aksine 5237 sayılı kanun, gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlığı birlikte düzenlemiştir. Bu durumda ETCK'da yalnızca icra hareketleri safhası devam ederken gündeme gelebilecek olan gönüllü vazgeçme, TCK'da icra hareketlerinin sonlandığı ancak neticenin meydana gelmediği durumları da kapsamaktadır. Böylelikle suçun icrası sürecindeki her evrede fail, gönüllü vazgeçme imkanından yararlanabilmektedir¹⁰⁷.

Burada önem arz eden nokta şudur; Fail icra hareketleri süresince, suç yolunda sonuna kadar devam edeceği düşüncesinde ise ve buna rağmen devam etmemiş ise vazgeçme iradidir. Buna karşın failin hareketlerini sürdürmemesinin sebebi, artık daha fazla devam etme imkanının olmaması tasavvurundan ileri gelmekte ise, vazgeçme iradi değildir. Bu durumda icra hareketlerinin sonlanmasına failin iradesi dışında engel oluşturan sebepler etkili olmuştur¹⁰⁸.

¹⁰⁵ TOZMAN, Önder; Suça Teşebbüs, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 109.

¹⁰⁶ KARAGÜLMEZ, Ali; "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Suça Teşebbüs Konusunun İncelenmesi", Polis Bilimleri Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 3-4, 2004, s.1.

¹⁰⁷ AKDAĞ, s.93;

¹⁰⁸ 2003 Tarihli Hükümet Tasarısı m.37/2: "Fail, cürmün icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçtiği ve fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır." (www.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf) , (E.T:03.03.2021)

3.2.2. Gönüllü Vazgeçmenin Unsurları

Gönüllü vazgeçmenin oluşması için birtakım şartların söz konusu olayda mevcut olması gerekir. Tipiklikte yer alan objektif koşullardan birinin eksikliği durumunda şartlan mevcutsa yalnızca teşebbüs söz konusu olabilir. Suçun tamamlanması durumunda ise, teşebbüsten dolayı yapılacak indirim ve gönüllü vazgeçme imkânı artık söz konusu olamayacaktır¹⁰⁹.

Gönüllü vazgeçme, ancak teşebbüsün mümkün olduğu safhalarda olabilir. Buradan anlaşılmalıdır ki süreç bu noktada belirleyici olup, düşünce ve hazırlık hareketleri safhasında da gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez. Keza kanun koyucu bu durumu ilgili maddede, “suçun icra hareketlerinden vazgeçme” ya da “suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleme” şeklinde ifade etmiştir¹¹⁰.

Vazgeçme olgusu iradi olmalıdır. Bilinçli olarak kişinin kendi isteğiyle vazgeçme niyeti cezai sorumluluk açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla irade dışı ya da tesadüfi olarak meydana gelen neticenin engellenmesi hali, cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Vazgeçmenin gönüllü olmasından anlaşılması gereken, failin icrasına başladığı suçu kendi rızasıyla tamamlamamasıdır¹¹¹. Eğer zorlayıcı psikolojik bir güç, failin özgürce tercihte bulunması açısından engelleyici bir etki yaratıyorsa vazgeçme gönülsüzdür¹¹².

Frank formülüne göre, eğer fail “sonucu gerçekleştirebileceğim halde bunu istemiyorum” diyebiliyorsa vazgeçme gönüllü, buna karşın “sonucu gerçekleştirmek istiyorum, ama bunu yapamıyorum” diyorsa vazgeçme gönüllü değildir.¹¹³ Frank’ in

¹⁰⁹ TOZMAN, Önder; “Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 3, Sayı: 1, 2008, s. 122.

¹¹⁰ ERDOĞAN, Yavuz. “Gönüllü Vazgeçme”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 13, 2010, s. 93-94.

¹¹¹ ERRA, Carlo; “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme” (Çev. Sahir Erman), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Cilt: 10, Sayı: 3-4, 1945, s. 681. Yazar bu durumu “coacta voluntas tamen est voluntas” (zorlanmış irade yine de iradedir) sözüyle açıklamaktadır.

¹¹² MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra; Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 852. Ayrıca bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 476-477; ERDOĞAN, s. 102-103.

¹¹³ Frank formülü için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 329; Ayrıca bkz. ÖNDER/Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992. s. 403.

formülü doktrin ve uygulamada da vazgeçmenin gönüllülüğünü belirlemede hakim görüş olmuştur¹¹⁴. Buna göre, Frank'ın gönüllülüğü belirlemede getirdiği ünlü kriterin failin psikolojik yaklaşımını ele aldığı da söylenmektedir.¹¹⁵

Erem/Danışman/Artuk, gönüllülük kavramından “serbest iradenin” anlaşılması gerektiğini işaret etmiştir. Müelliflere göre: “ *Vazgeçmenin sadece iradi olması yetmez, serbest olması da gerekir. Bir dereceye kadar “ihtiyar” terimi “icbar” (zorlama)nın aksidir. Hariçten gelen maddi veya manevi bir baskı altında teşebbüsten vazgeçen kimsenin hareketi iradi sayılabilirse de ihtiyara dayanan vazgeçme sayılamaz. Çünkü harici bir tazyik karşısında bulunan suçlunun kararı mutlak bir mecburiyet altında alınmış bir karardır.* ”¹¹⁶

Yargıtay verdiği bir kararında¹¹⁷ gönüllülük terimini psikolojik bakış açısıyla yorumlamaktadır. Nitekim uygulamada da, failin icra hareketlerini yarıda bıraktığı durumlarda bunları sonuna kadar götürebileceği kanaatinde olup olmadığı incelenerek karar verilmektedir. Buna göre, gerekli icra hareketlerini tamamlamış olan fail eğer daha sonra neticenin gerçekleşmemesi için çaba göstermişse, kanaatimizce vazgeçme gönüllüdür.

¹¹⁴ Bkz. DEMİRBAŞ, s. 423; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 479; ARTUK /GÖKCEN / /ALŞAHİN/ÇAKIR, s.773; ÖNDER, s.403.

¹¹⁵ Frank formülü hakkında bkz. YILMAZ, Enes;"Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 65, Sayı: 4 ,2016,s.2578.

¹¹⁶EREM/DANIŞMAN/ ARTUK, s. 317.

¹¹⁷ “YCGK.nun 1979 gün ve 1979/43 sayılı ve dairemizce de benimsenen görüşleri veçhile, sanığın ırza geçme kastı ile icrai hareketlerine başlaması, tek başına teşebbüs hükmünün uygulanmasına yeterli olmamasına, ancak kabul edilebilir bir engelin varlığı halinde teşebbüse yer verilebileceğine, fakat ciddi bir engel yoksa, sanık yararına olan maddenin uygulanması gerekmesine nazaran; olayımızda olduğu gibi, sanığın mağdureyi hakimiyet altına aldıktan sonra penisi ile zorlaması ve dıştan hiçbir engel bulunmadan, mağdurenin (acıyor) demesi ile kendiliğinden bırakması halinde, eylemi TCK’nun 61/son maddesi de gözetilerek, tasaddi olarak nitelendirilmesi gerekirken yazılı şekilde, ırza geçmeye teşebbüs olarak kabulü, yasaya aykırıdır.” Görüldüğü üzere Yargıtay, mağdurenin yalvarması, eşine ya da annesine şikâyet edeceğini ifade etmesi ve mağdurenin ağlaması sonucu failin vazgeçmesinde kendisini engelleyici zorlayıcı bir sebep olmadığını, gönüllü olarak vazgeçmek için ahlaki ölçüt aranmadığı, failin serbest iradesiyle icra hareketlerine devam etmediği ve bu durumun icbar suretiyle gerçekleşmediğini ele alarak somut olayı gönüllü vazgeçme olarak değerlendirmiştir. Karar için bkz. ; SÖZÜER,s.252.

3.2.3. Gönüllü Vazgeçme Kurumunun Suça Teşebbüs ile İlişkisi

Gönüllü vazgeçmenin en çok ilişkili olduğu kavram teşebbüstür. Keza her iki ceza hukuku kurumunda da icra hareketleri tamamlanmamakta ya da netice gerçekleşmemektedir. Birbirlerinden ayrıldıkları nokta ise, teşebbüste söz konusu durumlar dışsal bir etken sebebiyle olurken, gönüllü vazgeçmede içsel olarak bir niyet ya da istekten ileri gelmektedir. Bu sebeple teşebbüs durumunda tamamlanmış suça oranla indirimli ceza uygulanırken gönüllü vazgeçmede ceza verilmemektedir¹¹⁸.

Doktrinde bir görüşe göre¹¹⁹, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenleme, her ne kadar ETCK'ya kıyasla suç yolundan dönmeye özendirici nitelikte düzenlenmiş ise de, söz konusu düzenlemenin suç politikası yönünden isabetli değildir. Nitekim failin icra hareketlerinden vazgeçmesini ya da icra hareketlerini tamamladıktan sonra neticenin oluşumunu bertaraf etmeye çalışmasını aynı ceza sorumluluğuna tabi tutmak, toplumun hukuka olan güveninin sarsılmasına sebebiyet verecektir. Bu bakımdan söz konusu hüküm, adalet anlayışına uzaktır.

3.2.4. Gönüllü Vazgeçmenin Cezalandırılması Sorunu

Öğreti ve uygulamada, failin gönüllü bir şekilde suç işleme yolundan döndüğünün ispatına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre teşebbüsten ceza sorumluluğunun doğması için, hareketlerin kesintiye uğramasının failin iradesi dışında meydana gelmesi gerekmektedir. Nitekim gönüllü vazgeçme, failin suça teşebbüs veya suça hazırlıktan dolayı cezalandırılmasını önler. Ancak fail, vazgeçme anına kadar ayrıca başka bir suçun oluşumuna sebebiyet vermişse o suçtan sorumlu olacaktır¹²⁰.

¹¹⁸BAYRAKLI, s.2.

¹¹⁹Konuyu en iyi özetleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu içtihadı için bkz. YCGK, 2013/1- 126, 2014/364, 11.7.2014, www.kazanci.com). EPÖZDEMİR Rezan; "Gönüllü Vazgeçme" 'Türkiye Barolar Birliği Dergisi,Sayı:138, 2018,s.89-90.

¹²⁰ HÜSEYİNOĞLU, Emin., Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Hazırlık, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15,Sayı:2, 2020,s.530.

Öğretide gönüllü vazgeçme halinde failin cezalandırılmamasının yerinde olduğu hususunda neredeyse fikir birliği bulunmasıyla birlikte, gönüllü vazgeçen faile ceza verilmemesinin kuramsal temelini oluşturan sebepleri açıklamaya yönelik subjektif, objektif, ve suç politikası teorileri çatısı altında birtakım görüşler ileri sürülmüştür¹²¹.

Sübjektif hukuk teorisini¹²² savunan Zacharia, gönüllü vazgeçmede “geriye doğru fesih” imkanının bulunduğunu savunmaktadır. Geriye doğru fesih, failin kanuna açıkça karşı çıkan eyleminin ve suçu tamamlamaya yönelik iradesinin geriye yönelik olarak feshedilebileceğini açıklamaktadır¹²³. Bu teoriye göre, fail tarafından suçun meydana gelmesi için zorunlu her şey yapılmadıkça eksik teşebbüs söz konusu olur. Örneğin, hırsızlık suçunu işlemek gayesiyle yola çıkan fail, eşyayı almaz bırakırsa suç yolundan dönmüş demektir.

Sübjektif teoriden farklı olarak objektif hukuk teorisinin temsilcisi Binding¹²⁴, teşebbüs ve teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin prensip olarak bir bütün oluşturduğunu buna binaen gönüllü vazgeçme durumunda fiilin zararlı sonuçları ve hukuka aykırılığın geriye yönelik olarak ortadan kalktığını ifade etmiştir.

Frank’ a göre ¹²⁵ ise; failin suça teşebbüs etmesiyle toplumsal hukuk düzeni bundan olumsuz etkilenmiştir. Fakat failin suça teşebbüsten gönüllü vazgeçmesiyle, bu olumsuz etki ortadan kalkıp, toplumsal barış yeniden kurulacaktır¹²⁶.

Objektif teoriye göre¹²⁷, failin icra hareketlerini kestiği anda neticeyi meydana getirmeye muktedir olduğunu düşünmesi varsayımında bunu hesaplayıp hareket etmişse tam teşebbüs vardır, bunun için failin bir yanlışlık içerisinde hareket etmemesi

¹²¹ BOZDAĞ, Ahmet; “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı:2 ,2020, s.79-102;HAKERİ,s.488. Ayrıca görüşler için bkz. EPÖZDEMİR,s.85-86.

¹²² Zacharia’nın görüşü için bkz. DEMİRBAŞ, s.430; SÖZÜER, s.236; ERRRA, s.690; ÖNDER, s.416.

¹²³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.611; TOZMAN, Suça Teşebbüs, s.246; ARABACI Murat, Gönüllü Vazgeçme, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Eskişehir, 2014,s.5.

¹²⁴ Binding’in görüşü için bkz. SÖZÜER, s. 237-238;TOZMAN,s.195.

¹²⁵ Frank formülü için bkz. CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT , s.452; DEMİRBAŞ, s.462.

¹²⁶ ACAR Hüseyin; Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu,1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013,s.12-18; ARTUK, Mehmet Emin; “Suçun Özel Görünüş Şekilleri”, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1989,s. 250.

¹²⁷ TOZMAN,s.270.

gerekmektedir. Örneğin, fail mağdura zehir verdiğini zannederek ilaç verirse vazgeçmeden yararlanamayacaktır.

Suç politikası teorileri¹²⁸, gönüllü vazgeçmeyi açıklamada yetersiz kalan hukuk teorilerine alternatif, ceza siyasetiyle bağlantılı teorilerdir. Bu teori müelliflerinin¹²⁹ genel iddiası; failin vazgeçmiş olmasıyla hukuka aykırılığın ya da kusurluluğun kalkmadığı, ihtiyariyle vazgeçen faile ceza verilmesinin genel gerekçesinin ancak ve ancak ceza siyaseti düşüncesiyle izah edilebileceği yönündedir. Ayrıca fail fiilinden vazgeçmiş olsa dahi ortada hukuka aykırı bir hareket bulunduğundan, bu hareketin yapılmamış sayılmasının kabul edilemeyeceği de savunulmaktadır¹³⁰.

Suç politikasına ilişkin teoriler üçlü ayrıma tabi tutulmuştur¹³¹. İlk olarak cezanın amacı teorisine göre hareketin icrasına başlangıç yapan fail cezai sorumluluktan ürktüğü için hareketin icrasından kendi isteği ile vazgeçmiştir. Bu durumda cezalandırılma tehdidi ile karşı karşıya olan fail, hukuk düzenini eski haline getirdiği için cezalandırılmaması gerekmektedir. Örnek olarak, hasmını öldürmek isteyen birinin alacağı cezadan korkması sonucu, suçu işlemekten vazgeçmesi gösterilebilir.

Bir diğer teori olarak, ödüllendirme(af) teorisine göre fiilin icrasını tamamlayabilecekken bundan vazgeçen fail suç politikası gereği toplum nezdinde yıkıcı etkiyi kaldırmakta olup, ödüllendirilmesi gerekmektedir. Bu vazgeçmenin ahlaki değere dayanması gerekli değildir¹³². Örnek olarak, bireyin hırsızlık yapacak iken ezan sesini duyup vazgeçmesi, yani dini duygularının suçu işlemesinde bir engel oluşturması gönüllülüğün belirlenmesi açısından bir kıstas değildir.

“Kriminalpolitik teori” olarak da adlandırılan¹³³ Von Lizst tarafından öne sürülen altın köprü teorisine göre¹³⁴, faile suç yolunda yıktığı köprüleri altından inşa

¹²⁸ Teoriler için bkz. YILMAZ, s.2568.

¹²⁹ AKBULUT, s.489; ÖZGENÇ, s.490.

¹³⁰ YEĞRİM, Vakkas, Korhan; Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme, Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.28.

¹³¹ ARABACI, s.8.

¹³² YILMAZ, s. 2568.

¹³³ TOZMAN, Suça Teşebbüs, s.196

¹³⁴ HAKERİ, s.489. ÖNDER, s.417.

etme fırsatı verilmesi gerekir¹³⁵. Altın köprü teorisi doktrinde eleştirilmiştir¹³⁶. Buna göre, bu teorinin kabulü halinde bütün suçluların vazgeçmeye ilişkin normu bildiği, varsayılacaktır ki, bu varsayımın her zaman doğru olduğu söylenemez¹³⁷.

Son olarak karma teoriye göre¹³⁸ ise, gönüllü vazgeçmenin temeli sadece bunun arka planına bakarak anlaşılamaz, gönüllü vazgeçmeyi mümkün kılan teşebbüstür. Burada sadece fail odaklı düşünceler yeterli değildir. Aynı zamanda cezanın amacı, mağdur ve kamunun hukuki çıkarları da önem arz eder. Bu bakış açılarının karşılıklı birbirini dengeleyen çatışması, gönüllü vazgeçmenin şartlarını ve sınırlarını belirleyecektir.

Bizim de katıldığımız doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüş¹³⁹ doğrultusunda, gönüllü olarak vazgeçen faile altın köprüler inşa edip, cezalandırmamak gerekmektedir. Nitekim sert cezaların suça ve topluma olumlu etkisi olmayacaktır. Çünkü fail, suç işlerken alacağı cezayı aşağı yukarı bildiği halde yine de vazgeçmeyip icra hareketlerini sürdürmesinin sebebi yakalanmayacak hissiyatı ve kendinde bulduğu cesarettir.

Modern ceza hukuku açısından elbette ki tamamlanmış suç ile tamamlanmamış suç arasında fark olmalıdır. Bu açıdan düşünüldüğünde suç politikası gereği ve toplum faydası da nazara alınarak, hareketlerinden kendi isteği ve gayreti doğrultusunda gönüllü olarak vazgeçen bireyin cezalandırılmaması yerinde olacaktır. Nitekim ceza hukukunun asıl amacı suçluyu cezalandırmak olmayıp, onu ıslah etmek ve yeniden topluma kazandırmaktır.

¹³⁵ YILMAZ, s.29-30.

¹³⁶ TOZMAN, s.198-199.

¹³⁷ DEMİRBAŞ, s. 416; ÖNDER, s. 456

¹³⁸ TOZMAN, s.203.

¹³⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN s.344; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.458.

3.2.5. Gönüllü Vazgeçme ve Elverişsiz Teşebbüs Kurumlarının Mukayesesi

Gönüllü vazgeçme, henüz neticenin başarıya ulaşmadığı bir aşamada failin gönüllü olarak suçun işlenmesinden vazgeçmesiyle birlikte herhangi bir cezai yaptırım uygulanmamasını ifade eder. Elverişsiz teşebbüs kurumunda ise, elverişsizlikten doğan bir durum söz konusu olmakla birlikte tipik norm oluşmadığından ceza verilmemektedir¹⁴⁰.

Gönüllü vazgeçmede, suç teşebbüs aşamasında kalabilmekte olup, ayrıca tüm suçlar açısından söz konusu olabilmektedir. Elverişsiz teşebbüste ise teşebbüsün koşullarındaki “elverişlilik” olgusu sağlanamadığından, faile teşebbüsten dahi ceza verilmemektedir. Gönüllü vazgeçme halinde, tamam olan kısım ayrı bir suça vücut vermediği sürece ceza verilmez. Elverişsiz teşebbüste ise, fail neticeye başarıyla ulaşmak ister ancak bunu başaramaz. Gönüllü vazgeçmede ise, neticeye ulaşmak için çıkılan suç yolunda daha fazla ilerlemeyerek, kişinin kendi iradesiyle suç yolundan dönmesi ya da neticenin meydana gelmesini engellemesi söz konusudur¹⁴¹.

Sonuç olarak, bir yanda failin niyeti dışı vurulmuş olmasına rağmen, suçun işlenmesi mümkün olmadığı için ceza verilmezken, diğer halde failin niyeti ve gönüllülük esası kanun koyucu tarafından dikkate alınmış ve kural olarak cezai yaptırım uygulanmaması hükme bağlanmıştır.¹⁴²

¹⁴⁰ KAZAKER, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.212.

¹⁴¹ KAZAKER, Gözde; “Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 39, 2019, s. 211-212.

¹⁴² ALACAKAPTAN, s.23 vd; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 336.

3.2.6. Elverişsiz Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmeye ilişkin Alman Federal Mahkemesinin 24.11.2004 tarih,5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi

Alman Ceza Hukuku sistemi, Türk Ceza Hukuku'ndan farklı olarak, elverişsiz teşebbüs kurumuna sübjektif bakış açısıyla yaklaşmıştır. Bu başlık altında mütaala edilecek olan Alman Federal Mahkemesi'nin 24.11.2004 tarihli ,5 StR 239/04 sayılı kararı, elverişsiz teşebbüs ve gönüllü vazgeçme kavramlarının izahı için önem arz edecektir. Öncelikle bu kurumları Alman Ceza Hukuku bağlamında açıklayıp, daha sonrasında mahkeme kararını değerlendireceğiz.

Alman Ceza Kanunu madde 22'ye göre ;''Her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa,suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır.'' Yine aynı kanunun 23.maddesine baktığımızda; teşebbüsden dolayı cezanın indirilmesine ilişkin hakimın takdir yetkisine bırakılmasını kanun koyucu daha uygun bulmuştur.Aynı zamanda 3.fıkrasında''fail ağır bilgi ve anlama hatası yapması nedeniyle,suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı,suç işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse,mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir.''143

Alman ceza hukukunda, faile göre imkansız olan teşebbüse, akim kalmış (sübjektif) teşebbüs adı verilir. Örneğin; öldürme kastıyla ateş eden fail ilk atışında istediği neticeyi elde edememiş kurşun isabet ettirememiştir. Daha sonra ikinci atışı yapmıştır. Ancak bunu yaparken, mermisinin bittiğini de tahmin etmektedir. Nihayet ikinci atışı yaptıktan sonra da neticeye ulaşamamıştır. Çünkü tahmin ettiği gibi tabancanın içerisinde hiç mermi kalmamıştır. Bunun sonucunda fail, artık mağduru öldürme imkanının kalmadığını düşünmeye başlamıştır¹⁴⁴.

¹⁴³JESCHECHK, Hans Heinrich; Alman Ceza Hukukuna Giriş, (Çev: Prof.Dr Feridun Yenisey),2.Baskı,BetaYayınevi,İstanbul,2007,s.42.(<http://www.feridunyenisey.com/Yayinlar/almancezahukuku.pdf>), (E.T: 20.11.2021).

¹⁴⁴ Örnek için bkz. KAZAKER, Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı,s.132.

Alman Ceza kanunun 24.maddesinde akim kalmış teşebbüs, örtülü de olsa kabul edilmiştir. Nitekim madde metninde :''Her kim başlamış olan fiilin icra hareketlerine devam etmekten gönüllü olarak vazgeçer veya fiilin tamamlanmasını önlerse,suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz.Şayet suç vazgeçenin katkısı olmadan tamamlanamamış idi ise, fiilin tamamlanmasını önlemek için, gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olan fail cezalandırılmaz.''¹⁴⁵ şeklinde yer verilmiştir.

Alman ceza hukuku doktrini elverişsiz teşebbüs ve akim kalmış(sübjektif) teşebbüsü birbirinden ayırmaktadır¹⁴⁶. Elverişsiz teşebbüs objektif nitelik taşıırken, akim kalmış teşebbüs failin kendi açısından yorumladığı başarısızlıktan dolayı sübjektif nitelik taşır ve gönüllü vazgeçmenin uygulanacağı bir müessese değildir. Çünkü fail, icra hareketlerine devam etmeden önce teşebbüsün başarısızlıkla sonuçlanacağını öngörmektedir. Bundan dolayı yapıları gereği, cezasızlık sebebi olan gönüllü vazgeçme ile birlikte aynı somut olayda uygulanamaz¹⁴⁷.

Elverişsiz teşebbüs akim teşebbüse dönüşebilir. Yani başlangıçtan itibaren elverişsiz olan olayda fail, bu durumu daha sonrasında farkına varabilir. Söz konusu durumda da gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacaktır. Tüm bu açıklamalardan şu sonuca varabiliriz ki; öğretilde akim teşebbüs olarak adlandırılan husus genel olarak içerisinde elverişsizliği de barındırır, ancak elverişsizlik zorunlu bir unsur değildir¹⁴⁸.

Somut olayda icra hareketleri esnasında aşırı içkili olan, sapkın hareketler sergileyen fail mülteci kampında bulunan üç kişiyi kampa ait bir odada silah zoruyla tutmuştur. Olay esnasında tabancada üç kurşun mevcuttur. Fail, bu kurşunların kişiyi öldürmeye elverişli olduğu kanısındadır. Ancak bu üç kurşundan iki adedi kullanıma uygun değildir ve bu elverişsizlik de fail tarafından bilinmemektedir. Başka bir deyişle suç işlerken kullandığı aracı elverişli olarak varsaymaktadır. Olayın devamında fail, tek kurşunla ateş etmiş ve içlerinden birini yaralamıştır. Daha sonrasında bu üç kişiyi

¹⁴⁵JESCHECHK,s.45.

¹⁴⁶Alman öğretisinde, Heinrich, Kindhäuser söz konusu iki kavramı birbirinden ayırmıştır. Aktaran ve çeviren için bkz. KAZAKER,Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı,s.131.

¹⁴⁷ KAZAKER, ''Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi''s.212-213.

¹⁴⁸ Roxin'in görüşünü aktaran ve söz konusu kararı değerlendiren eser için bkz. KAZAKER, ''Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi''s.212.

ölüm ile tehdit etmeye başlamıştır. Elinde silahla bir çok kez oyuncak gibi oynayan fail olası kastla ateş etmiştir.

Gerçek anlamda elverişli olan kurşun yere isabet ettikten sonra yerden sekip mağdurlardan birinin ayağına isabet etmiştir ve mağdurun yaralanmasına sebep olmuştur. Daha sonrasında fail esrarlı sigarasını yakmış ,mağdurlardan birine sarılmıştır. Sonrasında duvarı nişan alıp ateş etmiştir. Bu durum yaşandıktan sonra ise mağdurlardan iki kişi odadan dışarıya çıkmıştır ve fail onları engelleyici bir harekette bulunmamıştır. Olayın sonlarına doğru yabancı bir kişi odaya girip failin elinden silahı almıştır.

Bu olayda akim teşebbüsün olup olmadığı önem taşımaktadır. Çünkü akim teşebbüs varsa Alman doktrindeki hakim görüşe göre¹⁴⁹, gönüllü vazgeçme kurumunun somut olayda uygulanması mümkün görülmemektedir. Bunun aksine fail, neticenin oluşumunu halen mümkün gördüğünden çıkarımımız şudur ki elverişsiz teşebbüs bu olayda akim kalmış teşebbüse dönüşmemiştir.

Mercilerin söz konusu olay hakkındaki verdiği kararlara baktığımızda, Postdam Eyalet Mahkemesi sanığı tehlikeli bir şekilde adam yaralama, ruhsatsız olarak silah taşıma ve doğal olarak tek hareketle adam öldürmeye teşebbüs nedeniyle 6 yıl süreyle hapis cezasına hükmetmiştir. Mahkeme aynı zamanda sanığın normal bir psikolojiye sahip olmadığından ötürü, sağlık kuruluşuna yerleştirilmesine karar vermiştir¹⁵⁰.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi 5.ceza dairesi 21.11.2004 tarihli oturumda şu sonuca ulaşmıştır: Sanığın temyiz etmesi sonucu, Postdam Eyalet Mahkemesi'nin 9 Şubat 2009 2004 tarihindeki kararı, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 349.maddesi 4.fıkrası gerekçesiyle bozulmuştur. Buna göre, failin zihninde canlandırdığı psikolojik tablo Alman ceza hukuku bakımından önem taşımaktadır.

¹⁴⁹ Özellikle Roxin bu görüşü savunarak, akim kalmış teşebbüs ile gönüllü vazgeçme kurumlarının yapıları gereği aynı olayda yer alamayacağını ifade etmektedir. Bkz. KAZAKER, "Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi"s.213-214.

¹⁵⁰ KAZAKER, "Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi"s,214.

Kararı incelediğimizde, neticeyi gerçekleştirmeye muktedir olan failin, olayın devamında artık öldürme kastının ortadan kalkması sonucu gönüllü olarak vazgeçtiğinden bahsetmektedir. Buradan anlaşılıyor ki Alman Federal Yüksek Mahkemesi, gönüllülük hususunda psikolojik teoriyi benimsemiştir. Nitekim mahkemeye göre, failin gönüllü vazgeçmedeki amacının ahlaki boyutta olup olmadığının bir önemi yoktur. Fail, bulunduğu aşamada suçun icrasını tamamlayabileceğini bilmesine rağmen, devam etmekten vazgeçmişse artık bu vazgeçmenin özgür bir irade sonucu doğduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

3.3. Mefruz Suç ve İşlenemez Suç

Elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç birbirine niteliği itibariyle benzeyen müesseselerdir¹⁵¹. Her iki kavramı da ayırt edebilmek için iyi derecede ceza hukuku genel hükümler bilgisine sahip olmak gerekmektedir.

Belirtmeliyiz ki elverişsiz teşebbüs, mefruz suç kurumundan esasen çok farklıdır. Öncelikle her iki durumda da fail yanlış bir tasavvura düşmektedir. Nitekim elverişsiz teşebbüste fail, gerçekte objektif olarak gerçekleşmesi mümkün olmayan tipik kanun hükmünün icrasını sübjektif olarak mümkün görmektedir.

Mefruz suç durumunda ise fail ceza normunda hukuki olarak bir yanılgıya düşmektedir. Bir başka ifadeyle hareketi, suç tipine uygun ve cezalandırılabilir olarak varsaymaktadır. Ancak böyle bir durum aslında söz konusu değildir¹⁵².

¹⁵¹ Bir kısım yazara göre, elverişsiz teşebbüs, mefruz suçun bir çeşitidir. Böyle düşünenler arasında, Manzini, Frosali ve Bettiol, Garraud vardır. Aktaran için bkz. ALACAKAPTAN, s.3.

¹⁵² TOZMAN, s.148; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 321. Ayrıca görüşler için bkz. ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 3 vd; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler. Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.301.

3.3.1. Mefruz Suç Kavramı

Mefruz suç; hayali suç¹⁵³, sözde suç¹⁵⁴, varsayımsal suç¹⁵⁵ gibi çeşitli ifadelerle tasnif edilmektedir. Alman ceza hukuku öğretisinde bu duruma “Wahndelikt” ve “Putativdelikt” denilmektedir¹⁵⁶. İtalyan ceza hukukunda ise “reato putativo” kavramı ile karşılaşılmaktadır. Burada yer alan “putativ” kavramı, “varsayılan, farzedilen, sayılan, sanılan” anlamlarını taşımaktadır. Esasen bu kavram Alman ve Türk hukukunda ayrıca tanımlanarak yer verilmemiştir¹⁵⁷.

Mefruz suç, failin esasen kanundaki suç tipini oluşturmadığı halde, icra ettiği hareketinin suça vücut verdiğini zannetmesidir¹⁵⁸. Kanun koyucunun tavrı ve hakim görüşe göre söz konusu hareket cezalandırılmaz. Modern ceza hukuku sistemlerinin genelinde mefruz suç oluşturan durumlarda cezasızlık kabul edilmiş olmakla birlikte, konuya ilişkin kanuni bir düzenlemeye gerek olup olmaması hususunda ülkeler farklı yaklaşımlarda bulunmuşlardır¹⁵⁹.

Mefruz suç, Alman, İsviçre ve Türk Ceza kanunlarında düzenlenmemişken; İtalyan Ceza Kanunu konuyu ayrıca düzenleyerek diğer ülkelerden ayrılmıştır. Nitekim kanunun 49. maddesi ;“*Suç oluşturduğu yanlış varsayımıyla, suç oluşturmayan bir fiil işleyen kişi cezalandırılmaz. Ancak fiili başka bir suçu oluşturuyorsa, faile söz konusu suç için kanunda öngörülen ceza verilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Ancak 5237 sayılı TCK bakımından incelendiğinde, kanun koyucunun mefruz suça yaklaşımı açısından objektif teoriyi benimsemesi ve bu konuda bir düzenlemeye yer vermemesi kanaatimizce bir eksiklik değildir. Nitekim suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle beraber, Anayasa m.38 ve TCK m.2’deki düzenlemeler yeterince açıktır. Aksine bir düzenleme cezalandırılabilirliğin alanını genişletecek ve keyfi uygulamalara yol açacak nitelikte olacaktır.

¹⁵³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT s. 480; HAKERİ, s. 138.

¹⁵⁴ ARTUK/GÖKCEN, s. 227; TOROSLU/TOROSLU, s. 270.

¹⁵⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel,s. 318;

¹⁵⁶ Tanımları içine alan eser için bkz. KAZAKER, Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı, s.134.

¹⁵⁷ ÖZÖK, s.162 vd; KAZAKER, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.36.

¹⁵⁸ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, s.318; DEMİRBAŞ, s.219; ÖZTÜRK/ERDEM, s.384.

¹⁵⁹ KAZAKER, Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı, s.134.

3.3.2. Mefruz Suç-Teşebbüs-Elverişsiz Teşebbüs Mukayesesi

Mefruz suç ve teşebbüs arasındaki ortak bağ failin iradesine ilişkindir. Nitekim her iki kurumda da failin suç işleme iradesi kast düzeyindedir ve fail suç işleme iradesini öne çıkararak tehlikeliliğini arz etmektedir.

Elverişsiz teşebbüs durumunda ise suçla korunan hukuki değer ihlali söz konusu değildir. Söz konusu elverişsizlik; suçun konusundan, vasıtanın elverişsizliğinden yahut failden kaynaklanabilmektedir. Her ne kadar ilk bakışta mefruz suç ile birbirine benziyor gibi görünse de esasen nitelik itibarıyla çok farklı kavramlardır. Nitekim mefruz suçta, varsayılan bir kanun hükmü yokken, elverişsiz teşebbüste, suç olarak düzenlenmiş bir kanun hükmü mevcuttur ancak şartlar meydana gelmemiştir¹⁶⁰.

Benzerliklerini değerlendirdiğimizde her iki durumda da fail kendi aleyhine bir hataya düşmektedir ve en önemlisi suç konusunun tehlikeye girmesi söz konusu değildir. Keza, elverişsiz teşebbüste, gerçekte objektif olarak gerçekleşmesi mümkün olmayan suç tipi sübjektif olarak mümkün görülmektedir. Mefruz suçta ise fail, esasen hukuki bakımdan ceza normunda yanılmakta, işlediği fiili cezalandırılabilir boyutta görmektedir. Ancak gerçekte ya ceza kanununda bu fiil hiç yer almamıştır ya da var olan bir norm onun eylemini içermemektedir¹⁶¹. Görüldüğü üzere mefruz suçta fail, kanunda yer alan tipik neticeyi gerçekleştirdiğini varsaymaktadır.

Mefruz suç sadece hukuki olarak değil, fiili bir hata nedeniyle de ortaya çıkabilir¹⁶². İlk öncelikle hukuki bakımdan hatanın nasıl olacağına ilişkin bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu durum özellikle tipiklikle ilgili olduğu için

¹⁶⁰ ALACAKAPTAN ,s.9.

¹⁶¹ "İşlenemez suçla mefruz suçun birleştiği nokta, failin suç işlediğine inanması, fakat gerçekte suç işlememesidir. Mefruz suç halinde de fail bir fiil icra etmekte ve bu fiilin kanun tarafından suç olarak düzenlenmiş olduğuna inanmaktadır. Oysa kanun böyle bir düzenleme yapmamıştır. Demek ki işlenemez suçta istenilen suçun işlenmesine engel olan sebep vasıtanın yapısından veya sair bir arızı halden veya suç konusunun yokluğundan, dolayısıyla fiziki bir olgudan, mefruz suçta ise hukuktan kaynaklanmaktadır."Görüş için bkz. SOYASLAN,Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016,s. 301.

¹⁶² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 321; SOYASLAN, Genel hükümler, s. 315.

öncelikle tipikliğe kavramsal olarak değinip, daha sonrasında mefruz suç dönuşümünü izah etmek yerinde olacaktır.

Tipiklik, yapılan hareketin görünümünü, adeta resmini ifade eder. Tipiklik kavramı bu anlamı ile, model işlevini yerine getirmekte ve normun tasvir ettiği hareketi izah etmektedir. Keyman'a göre, tipiklik, ceza dediğimiz hukuki sonucun sebebidir. Bir başka ifadeyle hareketin cezalandırılabilmesi için gerekli olan özelliklerin tamamıdır¹⁶³.

Kanunun belirttiği tipik durumda hataya düşmek, yani olmayan tipikliği varsaymak şu şekilde gerçekleşebilir; Örneğin, eşini baldızıyla aldatan kişiyi Türk Ceza Kanunu cezalandırmış değildir. Bu özel hukuk konusuna girer. Ancak eş bu fiilin suç teşkil ettiği kanısına varmış ise hukuki hataya dayanan mefruz suç söz konusu olur. Yine bir kimsenin evrakın aslı üzerinde oynamalar yaparak özel evrakta sahtecilik suçunu işlediği tasavvurunda bulunmasında hata hukukidir, çünkü özel evrakta sahtecilik suçunda cezalandırılabilirlik açısından yalnızca evrakın sahte olması yetmemekte, ayrıca üzerinde oynama yapılan evrakın kullanılması gerekmektedir.¹⁶⁴ Son olarak bekar birinin, başka biriyle rızayla cinsel ilişkiye girmesi suç olmadığı halde, bunu suç zannetmesini de mefruz suçta verilen başkaca bir örnek olarak gösterebiliriz.

Fiili hata nedeniyle mefruz suçun oluşması ise suçun maddi unsurlarında yapılan hata sonucu gerçekleşebilmektedir. Örneğin, apartman kapıcısının asansörde sigara içmeyin şeklindeki yazılı uyarısını, resmi evrakta sahtecilik yaptığı tasavvuruna düşerek kaldırması mefruz suç teşkil eder. Son olarak kendisini polis zanneden kişi görevi ihmal suçunu işleyemez. Bu durumda da mefruz suç söz konusu olmaktadır¹⁶⁵.

Alman ceza hukukunda “Umkehrprinzip” veya “*Umkehrschluss*” olarak ifade edilen mantık kuralı temelinde, “tersine sonuç çıkarma teorisi (*die Lehre vom Umkehrschluss*)” olarak nitelendirebileceğimiz bir teori ortaya çıkmıştır. Bu teoride; “suç işleme kararının icrası doğrultusunda gerçekleştirdiği hareketinin başlangıçtan itibaren objektif olarak başarısızlığa mahkûm olduğu bir durumda, failin, suçun maddi

¹⁶³KEYMAN, Selahattin; "Tipiklik ve Ceza Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 1, 1980, s. 59.

¹⁶⁴ HAFIZOĞULLARI, Genel Hükümler, s. 322.

¹⁶⁵TOZMAN, s. 147 vd.

unsurlarını oluşturan bir duruma ilişkin yanlış sübjektif tasavvuru sebebiyle, tipik neticeyi meydana getirebileceğini düşünmesi” olarak tanımlanan elverişsiz teşebbüs,” ters tipiklik hatası” şeklinde ifade edilirken, mefruz suç ise “ters yasak hatası” olarak telaffuz edilmiştir¹⁶⁶.

Teoriye göre,“Gerçekte izin verilmiş eyleminin bir ceza normunu karşıladığını varsaymakla birlikte, söz konusu ceza normunun ya sadece failin tahayyülünde bulunduğu ya da failin mevcut bir ceza normunun kapsamını kendi aleyhine aşırı genişlettiği bir durumu...” olarak ifade edilen mefruz suç, bir ters yasak olarak elverişsiz teşebbüs kurumunun karşısında yer almaktadır¹⁶⁷. Alman ceza hukuku öğretisinde elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini izah etmek için ortaya atılan tersine sonuç çıkarma teorisi yetersiz bulunmuş ve bundan dolayı eleştirilmiştir¹⁶⁸.

Bu iki kurumun farklı yönlerini değerlendirecek olursak belirtmeliyiz ki, elverişsiz teşebbüsün temelinde bir kişinin zihninde oluşan hata varken, mefruz suçta ise hukuki olarak yorumlanan bir hata mevcuttur. Yani elverişsiz teşebbüste bir olgunun farklı algılanması söz konusuyken; mefruz suçta kural olarak normatif dünyaya (kurallar alanına) ilişkin bir hatadan söz edilmektedir. Elverişsiz teşebbüste fail suç işlemek niyetinde olup, elverişsizlik halinin mevcudiyetinden dolayı işleyememektedir. Ancak mefruz suç durumunda birey suç işleme maksadında olmamakla birlikte icra ettiği hareketin suç oluşturduğu yanılığı içerisine düşmüştür.

¹⁶⁶ LK-Hillenkamp’ın taraftar olduğu görüşünü aktaran için bkz. KAZAKER, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.16-17.

¹⁶⁷ Söz konusu ifade ve ayrıntı için bkz.KAZAKER, Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı, s.135.

¹⁶⁸ Roxin’e göre teori, Alman Ceza Kanunu madde 17’yi geniş yorumlamıştır. Müellife göre, cezalandırılabilirlik ve yasak hatası birbirinden çok farklıdır. Haksızlık hatasında kişi, icra ettiği fiilin hukuk düzeninde bir haksızlık oluşturduğu hususunda yanılığa düşmektedir. Haksızlık hatasından bahsedilmesi için fiilin ceza kanunlarında suç olarak yer alması ya da bir haksızlığa vücut vereceğinin bilinmesi gerekmez. Mefruz suçta kişi herhangi bir cezai yaptırım ile karşılaşmazken , buna karşın yasak hatasında cezada indirimle gidileceği ya da kaçınılmazlık durumunda cezasızlık söz konusu olacağı için, teorinin bu duruma tam olarak cevap veremediği ortaya çıkacaktır. Roxin’in eleştirisi için bkz. KAZAKER, Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı, s.136. Ayrıca haksızlık bilincine dair detaylı açıklamalar için bkz. GÖKTÜRK/Neslihan;Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi,1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.131 vd.

3.4. Hata ve Elverişsiz Teşebbüs

Cezai sorumluluğa etki eden hata kurumu, failin zihninde bir yanlış meydana getirdiğinden dolayı elverişsiz teşebbüs açısından mukayese edilmesi gereken bir kurumdur. Hatanın sözlükteki karşılığı nazara alınacak olursa, elverişsiz teşebbüste de failin bir yanlış içerisinde olduğu kanısına varılabilir. Nitekim elverişsiz teşebbüsün faili, istenen neticeyi elde etmek için kullandığı vasıtanın elverişli olduğunu, gerçekleştirmek istediği suç bakımından konunun elverişli olduğunu veya kendisinin söz konusu suç için uygun bir fail olduğunu, zannetmektedir.

3.4.1. Hata Kavramı

Hata, Arapça kökenli bir kelime olup, “istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanlış, yanlış”¹⁶⁹ anlamına gelmektedir. Bunun sonucu olarak, hata kavramının içinde iki farklı anlam taşıdığı, bunlardan birinin bilgi eksikliği, diğerinin ise yanlış bir tasavvur olduğuna ilişkin görüşe¹⁷⁰ göre, “*Gerçek anlamda yanlış, tasavvur ile gerçekliğin bilinçli olmayan uyumsuzluğundan ibarettir.*”

Hata genel olarak, “yanlış ve kusurlu bilgi”, yanlış veya eksik tanıma” diye ifade edilmektedir¹⁷¹. Öte yandan hata bizatihi tanıma halini değil, bu tanımının gerçeğe uygun olup olmamasını da ilgilendirir¹⁷². Örneğin; bir kimse eşyanın kendisine ait olduğu kanısında ise ve gerçekten bu şey ona ait bulunuyorsa bilgi ve gerçeklik arasında uygunluk vardır. Şayet söz konusu olan şey ona ait değilse bilgi ile gerçeklik arasında bir çatışma vardır ve bu çatışma hatayı meydana getirir. O halde hata “kanaat ile gerçek arasındaki farklılık” şeklinde tasnif edilebilir¹⁷³.

¹⁶⁹ (<http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAA6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=hata>), (Erişim tarihi: 28.04.2021).

¹⁷⁰ DEĞİRMENCİ, Olgun, Ceza Hukukunda Yanılma kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110, 2014, s.131; benzer şekilde bkz. KARAKURT, Ahi; “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt :4, Sayı:10, Ağustos 2009, s. 110.

¹⁷¹ HAKERİ, s.475; ÖNDER, s.337; ÖZGENÇ, s.434.

¹⁷² KOCA/Mahmut, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Uluslararası Sempozyumu, Ankara 2009, s.81.

¹⁷³ ERSOY, Yüksel. Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukukî-Psikolojik Anlamı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:22, Sayı:4, 1967.s.253-254.

Hata algılamada meydana gelen bir sorundur. Hata şüphe ve bilmeme kavramlarından da farklılık arz etmektedir. Şüphe var olan bir bilgiyi düşünme, sorgulama aşamasına geçilmesidir. Kişi hata durumundaki gibi şüphe halinde de gerçeği bilmemektedir. Ancak burada bir hata yoktur, kararsızlık vardır. Kişinin kendi zihninde yarattığı bu çatışma çözülmediği sürece hata yapma olasılığından bahsedilemez.

Ceza hukuku her hatadan etkilenmeyip, sadece kişinin iradesini etkileyen hata ile ilgilenmektedir. Buna göre hakikat, o an kişinin zihninde farklı bir şekilde yorumlanarak, iradenin yanlış olarak tasavvur etmesine sebep olmakla birlikte ortaya çıkan cezai sorumluluğu da etkilemektedir.

3.4.2. Genel Olarak Hata

Hata failin kastına yahut kusurluluğuna etkide bulunarak cezai sorumluluğunu etkilemektedir.⁵²³⁷ sayılı TCK'nın 30.maddesinde kanun koyucu, yalnızca şahısta hata kurumuna yer vermiş olan 765 sayılı TCK'dan farklı bir yaklaşımla, konunun önemine uygun, detaylı bir şekilde düzenleme yapmıştır.

Söz konusu düzenlemeye bakıldığında, özellikle Alman Ceza Hukukundan etkilenilmiş, fiili ve hukuki hata ayrımı reddedilmiştir. Bunun yerine tipiklikte ve haksızlıkta hata ayrımı gözetilmiştir. Fakat bu ayrım kapsamında olmayan, cezayı kaldıran va da azaltan nedenlerin maddi koşullarında hata haline de yer verilmiştir.(TCK30/3).

Hata kurumu ilk olarak, hukuki ve fiili hata şeklinde ikili ayrıma tabi tutularak incelenmiştir¹⁷⁴. Hukuki hata dediğimiz husus, kanunu bilmemeyi mazeret saymaz ve ceza sorumluluğunu etkilemez. Buna göre, fail kanun koyucu tarafından yasaklanmış hareketi icra etmeyi istemekte ancak bu hareketin suç oluşturmadığı kanısına varmaktadır¹⁷⁵. Hukuki hata bir kuralın varlığında ya da bir kuralın yorumlanmasında yapılan hatadır. Bir başka ifadeyle değerlendirme hatasıdır. Buna göre, duyu organları

¹⁷⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT,s.430.

¹⁷⁵ KOCA,Mahmut/ ÜZÜLMEZ,İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.253; ÖZGENÇ,s.434.

tarafından doğru bir şekilde algılanmış bulunan gerçeklik, kanunun koyduğu kuralın bilinmemesi veya yanlış değerlendirilmesi ile hataya dönüşmektedir¹⁷⁶.

Buna karşın fiili hata halinde ise, failin icra etmek istediği ile yasaklanan fiil birbirinden farklıdır. Bu durum 5237 sayılı kanunumuzun 30/1maddesinde ele alınmıştır. Kastın konusu olan tipik fiilin unsurları, fiil üzerinde hatanın konusunu da oluşturmaktadır. Bu sebeple fiil üzerinde hatadan bahsedebilmek için öncelikle kanundaki suç tipine uygun bir fiilin bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde failin suç işlediği düşüncesi ile hareket etmesi halinde dahi, ceza sorumluluğunu gerektiren bir durum ortaya çıkmayacaktır¹⁷⁷.

Genel bir çerçeve çizdiğimizize göre belirtmeliyiz ki fiili yanılma durumunda ortaya çıkabilecek olasılıklar suç tipine ait unsurlarda yanılma yahut hukuka uygunluk sebeplerinde(bunların içerisinde cezayı azaltan yada kaldıran haller de almaktadır.) yanılma olarak karşımıza çıkmaktadır. Fiili hata, bazı şartların varlığı halinde kastı kaldıran sebep olarak kabul edilmektedir. Günümüz öğretisinde fiili hata – hukuki hata ayrımının terk edildiği söylenmesi gerekir. Artık kastı kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır¹⁷⁸.

Hata ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu bağ kast ya da taksir şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Kast için failin, suç konusu fiil ile alakalı doğru bir bilgi birikimine sahip olması gerekir. İnsan hareketi ile iradi şekilde ortaya çıkan fiil,karar alma ve bu kararı değerlendirme süreci ile birlikte ortaya çıkar. Bu süreçte eğer bir bilgi eksikliği veya bu bilgiyi iradi olarak değerlendirmesini ortadan kaldıran bir sebep meydana gelir ise, bu durum kişinin suç konusu ile ilgili kastını doğrudan etkilemektedir. Eğer kişi bunun sonucunda, yanlış bir değerlendirme yapıyorsa ortaya çıkan sonucun hür irade ile oluşturulduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁷⁹ Buradan çıkarılacak sonuç, bilmemenin ve eksik bilmenin farklı sonuçları bulunmaktadır¹⁸⁰.

¹⁷⁶ APAYDIN, Cengiz;’’ Ceza Hukukunda Hukuki Hata’’ Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12 ,Sayı: 133, 2021,s.34.-35; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 328.

¹⁷⁷ KARAKURT,s. 112-113.

¹⁷⁸ HAKERİ, s. 153.

¹⁷⁹ BULUT, İlhan; İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda Hataen Öldürme Suçu,Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi,Sayı:1,2018, s.55.

¹⁸⁰ Karşı görüş için bkz. DEMİREL, Hakkı ;’’Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata’’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12,Sayı: 3,1955,s. 106.

Hata durumunda bilmeme yerine, kişinin yanlış algılaması veya konu hakkında bir bilgi eksikliği söz konusudur.

Kanun koyucunun sistematik olarak düzenlediği yanlış halinin ilki kastı kaldıran hata halleridir. Nitekim madde metnindeki sıralama ; Tipikliğin unsurlarında hata (m. 30/1),suçun nitelikli unsurlarında hata (m. 30/2) ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata (m. 30/3) şeklindedir. İkinci olarak, kusurluluğu kaldıran veya azaltan hallerde hata (m. 30/3) ve hukuka aykırılık bilincinde hata (yasak hatası-haksızlık yanlışlığı) (m. 30/4) şeklinde düzenlenmiştir.

3.4.3 Kastı Kaldıran Hata Halleri

3.4.3.1. Suç Tipindeki Unsurlarda Hata

Tipiklik, ilk suç unsuru olup kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucudur. İkinci olarak hukuka aykırılık, kanunda yer alan ve dış görünüşüyle suç sayılan bir hareketin, aynı yasa veya yürürlükteki hukuk düzeninde diğer bir hüküm tarafından meşru sayılmamış olmasıdır.

Hareket ve netice yanında yer alan ve suçun maddî unsurunu tamamlayan üçüncü unsur aralarındaki bağı ifade eden illiyet bağıdır¹⁸¹. Söz konusu maddi unsurlar ve manevî unsur adını alan dördüncü bir unsur ile suç tamamlanır. Bizce kusurluluk bu unsurlar içerisinde yer almayıp, kınanabilirlikten ibarettir¹⁸².

Kast, suçun yasal tanımındaki unsurları bilme ve isteme faaliyeti ile gerçekleştiren manevi unsurdur. Burada hatanın suçun unsurlarından hangisine yapılmış olduğunun tespiti önem arz eder. Suçun manevi unsuru olan kastı ortadan kaldıran hata yapılabilir¹⁸³. Örnek olarak; Suç konusu malın aslında çalıntı olduğunu bilmemek kastı kaldıran bir hatadır.

¹⁸¹ ALACAKAPTAN Uğur; Suçun Unsurları,2.Bası, Sevinç Matbaası Ankara, 1970, s.20-21.

¹⁸² (https://cdnacikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20_21_Guz/ceza_hukuku/7/index.html), (E.T.15.05.2021).

¹⁸³ GÖKPINAR, Mahmut. "CEZA SORUMLULUĞUNUN TEMELİ; "KAST"." Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı :79, 2008, s. 98 vd.

Kanun koyucunun da belirttiği üzere; suçun kanuni tipteki unsurlarını bilmeyen kişi kasten hareket etmiş sayılmamakta ancak bu durumda hareket taksirle işlenebiliyorsa, kişi taksirli hareketinden sorumlu olmakta ve ceza almaktadır. Ancak yapılan hareket taksirle işlenmeye müsait olmayıp suç teşkil etmiyor ise faile ceza verilmeyecektir. Bu duruma da örnek olarak; ilişkiye girdiği kişi aslında on beş yaşından küçükse ancak fail esas yaşını bilmiyorsa ve bilinebilecek gibi de değilse taksirle cinsel suçlar işlenemeyeceği için ceza verilmeyecektir. Sonuç olarak, irade ile gerçek arasındaki uyumsuzluk, irade lehine çözümleneceğinden, fail gerçekte işlemiş olduğu suçtan değil işlemeyi kast ettiği suçtan sorumlu olacaktır¹⁸⁴.

Suçun maddi unsurlarında yanılğı farklı koşullarda ve yoğunlukta gerçekleşebilmektedir. Failin somut olayın şartlarına göre yaptığı değerlendirme bu durumda önem arz etmektedir. Bir görüşe göre¹⁸⁵; ‘‘Eğer kanun, hata ile işlenen fiilin cezalandırılması için kastı aramayıp, taksiri yeterli görmüşse, failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağını tayini için, hataya düşmekte kusuru olup olmadığına bakmak lâzımdır. Eğer kusuru varsa fail, taksire istinaden cezalandırılacak, yoksa failin mesul tutulabilmesi için taksir de ileri sürülemeyeceğinden cezalandırılmayacaktır.’’

Örneğin av zannıyla ateş ederek, çalının dibinde uyumakta olan çobanı öldüren kimsenin, kusuru varsa "taksirle adam öldürme" suçundan sorumlu tutulacaktır. Ancak mağduru av zannetmekte hiçbir kusuru olmadığını ispat edebilecek olursa, fiilinden sorumlu tutulmayacaktır¹⁸⁶. Bundan hariç olarak yanlışlıkla dengesini kaybedip limoncunun tezgahına yığılan ve o mallara zarar veren biri kasten hareket etmiş olmaz. Aynı zamanda mala zarar verme suçunun taksirli hali düzenlenmediğinden, kişi söz konusu hareketinden sorumlu olmayacaktır.

Suçun bir diğer unsuru nedensellik bağıdır. Hareket ile netice arasında her hangi bir ilişki değil, neticeye sebebiyet vermiş olmak önemlidir. Nitekim hiç kimse

¹⁸⁴ . HAKERİ, Hakan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler 17. Baskı*. Astana Yayınları, Ankara, 2020.s.308-309.

¹⁸⁵ ÖZGENÇ, s.318.

¹⁸⁶ Örnek için bkz. DÜLGER, Murat /Volkan , ÖZKAN/ Onur , BAKDUR/ Merve . "Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar;" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,Sayı: 45, Ocak 2021,s. 235; SÖZÜER, Adem.Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu,s.25.

irade dışı gerçekleşen doğa olayları ve üçüncü kişiler tarafından meydana getirilen sonuçlardan sorumlu olamaz¹⁸⁷. Bu durumda faile eğer gerçekleşen netice isnad edilebiliyorsa ancak o zaman sorumlu tutulacaktır Erman'a göre; ,nedensellik bağında hata yoktur, sadece sapma vardır. Eğer ortaya çıkan sonuç faile objektif olarak isnad edilebiliyorsa fail, kasıtlı davranışından sorumludur¹⁸⁸.Örneğin, fail öldürme kastıyla hasmına ateş etmiştir ancak kurşun hasmının sol kolundan sıyrılmış geçmiştir. Olay esnasında hasmı arabayla kaçmıştır, kaçarken karşıdan gelen kamyon şoförü alkollü olduğu için, kontrolünü kaybedip çarpmasıyla hasmı hayatını kaybetmiştir. Burada fail, kasten adam öldürmeden değil, kasten adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir. Çünkü kamyon çarpmasıyla failin gerçekleştirdiği ilk hareket arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmamaktadır. Bundan ötürü faile kasten adam öldürmeden ceza verilmeyecektir.

Hatanın bir diğer görünümü konu üzerinde ortaya çıkabilmektedir. Failin konu üzerinde hatasından bahsedilmek için hatanın esaslı olması gerekmektedir. Bunun için failin istediği netice ile gerçekleşen netice ile arasında özdeşlik olmaması gerekir. Aksi takdirde, failin dış dünyada gerçekleştirdiği netice suç vasfında olduğundan ötürü kastını kaldırmayacaktır¹⁸⁹. Bu duruma örnek olarak belirtmeliyiz ki fail, kişinin kimliğinde yanlış olmuş olabilir. Yani A'nın evine girip hırsızlık yapacak iken yanlışlıkla bir üst katta oturan B'nin evine girip hırsızlık yapmış olabilir. Ya da A'ya yumruk atacakken yanlışlıkla yanında bulunan B'ye yumruk atmış olabilir. Bu bahsi geçen durumlarda esaslı bir hatadan söz edilemez ve failin kastı bu durumdan etkilenmez¹⁹⁰.

Hatanın esaslı olmadığı durumlarda da, failin planladığı suç tipinden başka bir suç tipinin oluşması mümkündür. Örnek olarak,bir kişi yolda otobüs akbilini düşürmüştür daha sonrasında fail yerde bulduğu akbili başkasının malını çalmak düşüncesiyle alıp cebine koymuştur. Burada hatanın esaslı olmamasıyla birlikte

¹⁸⁷ DÜLGER, Murat Volkan; "5237 Sayılı YTCK'da Kastın Unsurları ve Türleri-Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 5, 2005, s. 65 vd.

¹⁸⁸ DÖNMEZER/ERMAN ,s.337; Ayrıca bkz. ÖZTÜRK/ERDEM ,s.312.

¹⁸⁹ DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR,s.235.

¹⁹⁰ SARIGÜL, Ali Tanju ; "Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ,Cilt:14, Sayı: 2 ,Ekim 2019,s.678-679.

aslında failin kafasında işlemek istediği suç olan hırsızlık değil, kaybolmuş eşya üzerinde tasarrufta bulunma suçu işlenmiştir. Bu durumda fail hırsızlıktan değil kaybolmuş eşya üzerinde tasarrufta bulunma suçundan hüküm giyecektir¹⁹¹.

Suçun konusunda esaslı olarak yanılma gerçekleşir ve failin kastı ortadan kalkarsa taksir hükümlerine göre faili sorumlu tutabilmek için kanunda suçun taksirli halinin düzenlenmiş olması ve söz konusu olay örgüsünde failin dikkatsizlik yahut özensizlik ile hareket etmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, failin elindeki yanlış bilginin kendi dikkatsizlik ve özensizliği ile hatalı hale dönüşmüş olması gerekmektedir. Burada dikkat etmek gerekir ki failin dikkatsizlik ve özensizliğini kendi yaratması önemlidir. Eğer başkası tarafından hileli bir şekilde oluşmuşsa taksir hükümleri uygulanmayacak, dolaylı faillik müessesesi uyarınca hileyi yapan kişi sorumlu olacaktır¹⁹².

3.4.3.2. Nitelikli Unsurlarında Hata

Nitelikli haller, bir yandan ceza hukukunun güvence işlevi, diğer yandan suçlunun kişiliğinin dikkate alınması ve adil bir cezanın belirlenebilmesi açısından, yaptırım hukukuna ilişkin önemli bir müessesedir¹⁹³. Kanunda tipiklik dışında kalan cezanın artırımını ya da indirimini gerektiren nedenler gösterilmektedir¹⁹⁴.

Nitelikli hallerin taksirli hareketle gerçekleşmesi olanaksız olduğundan, bu yanılmanın kaçınılmaz bir şekilde olması da aranmamıştır. Nitekim bu gibi durumlarda fail suçun temel şeklini gerçekleştirdiğinden haberdar olmasına karşın, ağırlatıcı veya hafifletici nedenin ortaya çıktığını bilmemektedir. Hafifletici sebeplerde yanılmada, kişi aslında mevcut olmayan hafifletici nedeni var zannedebilir ve bu durumda hatasından yararlanır¹⁹⁵. Örnek olarak değersiz bir avize taşıma değerli bir elmas olduğu zannıyla çalan fail, hafifletici nedenden yararlanır ve hakkında indirim uygulanır. Failin gerçekleştirmek istediği tipik suçta ağırlatıcı sebebin varlığı

¹⁹¹ DÜLGER/ ÖZKAN/BAKDUR, s.239.

¹⁹² KOCA/ÜZÜLMEZ s. 258.

¹⁹³ ÖZEN, Mustafa; “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1-2, 2009, s.76-77.

¹⁹⁴ YERDELEN, Erdal; “Çifte Değerlendirme Yasağı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, 2012, s.108.

¹⁹⁵ HAKERİ, s. 252.

halinde ise, ortaya çıkan suçta böyle bir ağırlaştırıcı neden mevcut değilse bu durumda mefruz suç kurallarının uygulanması gerekeceğinden fail, bu durumdan etkilenmeyecektir. Yani burada irade ile hakikat arasındaki farklılığın irade lehine yorumlanacağı kuralı uygulanmayacaktır. Örnek olarak koltukta uyuyan kişiyi annesi zannederek öldürmeye çalışan fail, aslında evdeki misafiri öldürmüş ise Türk Ceza Kanununun 82/1-d maddesinde yer alan ağırlaştırıcı nedenden etkilenmez, fail sonuç olarak herhangi bir kişinin yaşamına son vermiş sayılıp, suçun temel şeklinden (kasten adam öldürmeden) ceza almaktadır. Böyle bir durumda teşebbüs ya da taksir kurumlarına gitmeye gerek yoktur.

Nitelikli hallerin şahısdan kaynaklandığı haller gibi failin fiilinden, fiili işleyiş biçiminden, yer ve zamandan ileri geldiği durumlar da söz konusu olabilmektedir. Suçun silahla işlenmesi, gece vakti işlenmesi, canavarca hisle işlenmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Burada söz konusu husus hareketi icra etme evresinde failin kullandığı aracın bilgisine vakıf olmasıdır. Bu bilginin hukuki olarak değil maddi olarak bilinmesi yeterlidir.

3.4.3.3 Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata

Hukuk düzenince yasaklanan bir davranış biçimi olarak tasnif edilen hukuka aykırılık, kanunda öngörülen şartların yerine getirilmesi halinde belirli durumlarda ortadan kalkabilmektedir¹⁹⁶. Ceza kanunu tarafından yasaklanan bir eylem, yine ceza kanununun özel bir hükmü veya diğer kanunlarda yer alan başka bir düzenleme, hukuka uygun olarak kabul edilip cezai sorumluluğa yol açmıyorsa bu durumda hukuka uygunluk sebepleri gündeme gelmiş demektir.

Hukuka uygunluk nedenlerini kanun koyucu ayrı olarak değil, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlemiştir. Buna göre 5237 sayılı Kanun’da hukuka uygunluk sebepleri; Kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (TCK.m.24/1), meşru savunma (TCK.m.25), hakkın kullanılması (TCK.m.26/1) ve ilgilinin rızası (TCK.m.26/2) olarak dört ana grupta toplanmıştır¹⁹⁷.

¹⁹⁶ İBRAHİM, Merve, Ayşegül, Kulular; “Rıza, Üstün Nitelikle Özel ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı:2,2007,s. 308.

¹⁹⁷ TURABİ, Selami; “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi”, Sayı: 101,2012, s. 267-268.

Bu bahsi geçen haller hukuka aykırılığı, dolayısıyla kanun koyucunun fiile bağladığı cezai sonuçları engellemektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde failin eylemine ceza verilmemesinin nedeni fiilin haksızlık oluşturmaması ve buna bağlı olarak hukuka uygun hale gelmesidir. Bundan dolayı faile gerçekleştirdiği eylem için ceza verilmez¹⁹⁸.

Hukuka uygunluk sebeplerinde yanılma hali karşımıza farklı şekillerde çıkabilmektedir. Birinci durumda aslında fail var olan hukuka uygunluk sebebini yokmuş gibi zannetmekte ya da kanunda aslında düzenlenmeyen sebebi, kendi bilincinde var gibi düşünmektedir. Burada aslında fail hukuki bir bilgi eksikliğinden ötürü var olmayan yahut şartları oluşmayan hukuka uygunluk sebebini kendi zihninde yanlış tasavvur ederek var saymaktadır¹⁹⁹. Buna göre, failin varsaydığı durum açısından, somut olayda gerçekten şartları oluşsa idi hukuka uygunluk sebepleri uygulanacaktı ancak oluşmadığı için uygulanamıyorsa, işte o zaman fail hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hataya düşmüş demektir.

Örnek olarak; Eşi iş seyahatindeyken evde yalnız kalan bayan ayak seslerine uyanır ve eve kesin hırsız girdiğini düşünür, eline aldığı oklavayla hırsızın baş bölgesine vurarak yaralar. Daha sonra hırsız zannettiği kişinin aslında eşi olduğunu görür. Çünkü eşi iş seyahatinden erken dönmüştür. Burada görüleceği üzere, fail (bayan eş) eşinin erken döneceğinden haberdar olmadığı için o an ki şartlara göre zihninde, şahsına karşı hırsızlık ve konut dokunulmazlığının ihlali suçlarının işlenmekte olduğunu zannetmiş ve buna karşılık meşru savunmada bulunabileceğini düşünmüştür. Görüldüğü üzere burada fail, hukuka uygunluk sebebinin gerçekleştiği konusunda hataya düşerek bir eylem gerçekleştirmiştir.

¹⁹⁸ DÜLGER, Murat, 'Volkan;' Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 24, Nisan 2014, Sayfa: 127.

¹⁹⁹ SARIGÜL, Ali Tanju; Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:23, Sayı:3, 2020, s.332.

3.4.4. TCK Sistematığı Işığında Konuya İlişkin Değerlendirme

Teşebbüs hususunda kanun koyucu, ‘‘elverişli hareket’’ kıstasını kabul ederek, ALCK’nın benimsediği sübjektif yaklaşımdan ayrı olarak meselenin çözümüne objektif olarak yaklaşmıştır. Bu sebepten ötürü Alman ceza hukuku öğretisinden ayrılmaktadır²⁰⁰.

Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmaması ile hukuka uygunluk nedenlerin maddi koşullarında tersine hata kurumu çelişmemektedir. Bu sebeple kanaatimce, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen kimsenin hukuka aykırı bir zeminde olmadığı gözetilerek, ceza sorumluluğu açısından elverişsiz teşebbüs hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun sonucunda birey, yanılığa düşerek yok zannettiği hukuka uygunluk nedeninin, aslında var olmasından yararlanarak ceza almayacaktır. Nitekim aksi düşünüldüğünde elverişsiz teşebbüs kurumu yok sayılmış sadece mefruz suç kavramı kabul edilmiş olacaktır²⁰¹.

TCK sistematığında hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte kusurluluğa etki eden haller bir arada yer almıştır. Biz bu sistematığın yerinde olmadığını, hukuka uygunluk sebeplerinde hatanın kusurluluğun aksine kişinin kastına etki ettiği kanaatindeyiz. Nitekim hükümet tasarısının 23.madde ve 3.fıkrasını incelediğimizde gerekçe kısmında’’ hukuka uygunluk nedenlerinde hata’’ ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki ‘‘hukuka uygunluk nedenleri’’ yerine ‘‘ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller’’ ibaresi konulmuştur²⁰².

²⁰⁰ ŞENOL,Cem;’’ 5237 Sayılı TCK’ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata’’, *Terazi Hukuk Dergisi*,Cilt: 14,Sayı: 149,Ocak 2019,s.67; TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2019,s.182-185.

²⁰¹ ERMAN, Ragıp, Barış; Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006,s.287-288.

²⁰² ÖZBEK, Veli,Özer;’’ Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)’’, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 3,Sayı: 7,2019,s.89.

3.5. Kusurluluğu Etkileyen Nedenlerde Hata

3.5.1. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Maddi Unsurlarında Hata

5237 sayılı kanun m.30/3'e göre, failin kusurluluğa etki eden maddi koşullara ilişkin hatası kaçınılmaz ise bu hatasından yararlanır. Fail ‘‘özenli davransaydı kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarının oluşmadığını bilebilecekti’’ diyebiliyorsak hata, kaçınılabılır sayılacaktır. Bu durumda da failin hatasından yararlanması mümkün olmayacaktır²⁰³.

3.5.2. Yasak Hatası (Haksızlık Yanılgısı)

Yasak yanılgısı (haksızlık yanılgısı), ‘‘kişinin işlediği fiilin hukuk düzenince yasaklandığını bilmemesidir’’. Failin söz konusu vaziyette hareket ile meydana gelen haksızlığın fiziki şartlarına ilişkin bilgisinde herhangi bir eksiklik yoktur, ancak fail hareketin, hukuk düzenince herhangi bir problem teşkil etmediğini, düşünmektedir²⁰⁴.

Alman Ceza Hukuku'na göre²⁰⁵, hatanın kaçınılmaz olması kusuru ortadan kaldırır. Yani icra edilen fiil, suçun maddi unsurlarına uygun ve hukuka aykırı olmasına rağmen kusurlu işlenmemiş olarak kabul edilir. Örnek olarak, yolda bulduğu cüzdandaki paraları harcayan ya da komşusunun tavuğunu bahçesine girdiği gerekçesiyle öldüren kişi, icra ettiği fiilin kanuna aykırı olmadığını düşünüp hareket etmektedir. Bu durumda haksız kazanç elde etme ya da mala zarar verme fiillerinin maddi unsurları tamamlanmış, icra edilen fiiller hukuka aykırı bir şekilde işlenmiştir ancak failin hareketi kusurlu olarak kabul edilmeyecektir.

TCK'nın 30. maddesi, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağını düzenleyerek 4.maddeyi yumuşatmıştır. Böylece kanun koyucu, ceza kanunlarını bilmemenin mazeret

²⁰³. ÖZGENÇ,s.382; ERMAN,s.290, 291; DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR,s.247.

²⁰⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ , s. 299; DEĞİRMENCİ,s.145.

²⁰⁵TOPRAK, Ufuk;’’ Alman Ceza Hukuku’nda Düzenlenen Kasıt ve Yanılma Türlerine Dair Kısa Bir İnceleme’’, Terazi Hukuk Dergisi,Cilt: 7,Sayı: 67,Mart 201,s.38.

sayılmayacağı hükmünü, failin haksızlığı konusundaki kaçınılabilir hata ile sınırlandırmıştır.

Hatanın kaçınılmaz nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesinde failin kişisel durumuna ve somut olayın şartlarına bakılması gerekmektedir. Buna göre, failin içinde bulunduğu koşullarda yanlış yapmadığına inanması, başkalarına zarar vermediği ve tehlike yaratmadığı düşüncesiyle hareketine devam etmesi durumunda kural üzerindeki hatası mazur görülecektir²⁰⁶.

Haksızlık yanılığı, failin kastına etkisi olmayıp, meydana getirdiği haksızlık açısından yalnızca kusurunun belirlenmesinde rol oynar. Yine yapılan hareketin haksızlık oluşturduğu konusunda yanılığının kaçınılmaz olması halinde gerçekleştirilen haksızlık nedeniyle kusurlu kabul edilmemektedir²⁰⁷.

3.6. Hata ve Elverişsiz Teşebbüs Kurumlarının Mukayesesi

Hata ve elverişsiz teşebbüsün ortak noktasını, suç olgusunun varlığı oluşturur. Ancak benzer gibi görünen bu iki hukuki kurum birbirinden çok farklıdır²⁰⁸. Hata, kanun lafzını bilmemeden, eksik bilmeden kaynaklanabilmektedir. Bu telaffuz ettiğimiz durum haksızlık yanılığıdır. Söz konusu hukuki yanılığı, mefruz suçun bir parçası olarak da değerlendiren müellifler bulunmaktadır.²⁰⁹

Hata, kişinin icra ettiği hareket bakımından yanlış bir tasavvura düşmesini ifade eder. Bu durumda failin icra hareketleri elverişlidir, ancak birtakım sebeplerle yanılığa düştüğünden ötürü bu husus cezai sorumluluğunda kaldırıcı ya da azaltıcı bir etki yaratmaktadır. Nitekim fail icra ettiği hareketinde yanılığa düşmeseydi, söz konusu suçu işlemeye engel kalmayacaktı ve suçun temel halinden (cezaî sorumlulukta herhangi bir indirim yada kaldırma sebebi olmadan) cezalandırılacaktı.

²⁰⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 297; BÜKEN, Kıvılcım, Ceren; Türk Ceza Hukukunda Kusurluluk, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s.94-95.

²⁰⁷ POLAT Nihat, Türk Ceza Hukukunda Yanılma Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2005, s.23.

²⁰⁸ GİYİK, Abdülkaki; ‘‘İşlenemez Suç’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, s. 184.

²⁰⁹ Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s.363-364; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.4.

Bir başka deyişle fail planladığı, istediği suçu tamamlamış olacaktı. Ancak hatadan farklı olarak, elverişsiz teşebbüs kurumuna bakıldığında vasıttan veya hareketten doğan bir elverişsizlik hali söz konusudur.

Hata kurumunda bir elverişsizlik hali yokken elverişsiz teşebbüs kurumunda vardır. Söz konusu durumda failin iradesinde olan bir şey yoktur. Yani elverişsiz teşebbüs kurumunda fail, hataya düşmeseydi de istenilen neticeye başarıyla ulaşamayacaktır. Bunun arka planında, genel olarak dış etkenler rol oynamaktadır²¹⁰.

Hata halinde, suçun konusu vardır ve işlenebilirdir. Ancak bu suçun başarıyla tamamlanamama sebebi failin zihnindeki gerçeğe uygun olmayan tasavvurdur. Örnek vermek gerekirse; Zaten uyurken kalp krizi sonucu ölmüş birine ateş eden kişi, kasten adam öldürme suçundan veya teşebbüsten cezalandırılmayacaktır.

Sonuç olarak, hata ve elverişsiz teşebbüs kurumları nitelik itibariyle birbirlerinden farklıdır. Buna göre, elverişsiz teşebbüs kurumu tipikliğin içerisinde yer alırken, hata kurumu suçun kurucu unsuru olmamakla birlikte , tamamlayıcı olarak cezai sorumluluğu belirleyen bir etkidir.

²¹⁰ ÖZBEK,DOĞAN,BACAKSIZ/TEPE,s.460-461; GİYİK,s. 184.

İKİNCİ BÖLÜM

ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

VE

CEZALANDIRMA SORUNU

1. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

Elverişsiz teşebbüs kurumunda fail, suç işleme isteğiyle hareketini icra etmektedir. Ancak söz konusu hareketin ya da vasıtanın elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu sebeplerinden ötürü, kastettiği suçu işleyememektedir²¹¹. Bu bağlamda elverişsiz teşebbüsün, hareketin elverişsizliği, vasıtanın (suçta kullanılan araçların) elverişsizliği ve suçun konusunun yokluğu olarak üç ayrı çıkış noktasının olduğu kanaatine vararak çalışmamızda üç farklı başlık altında inceledik.

1.1. Hareketin Elverişsizliği

Elverişlilik kurumu ceza hukuku bağlamında kanundaki tipik neticeye başarıyla ulaşabilmek için mevcut olan yeterliliktir. Bu yeterlilik sadece teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından değil aynı zamanda tamamlanmış suçlar bakımından da aranmaktadır. Elverişlilik, doktrinde objektif ve sübjektif olarak bir ayırımı tabi tutulmuştur. Söz konusu ayırımı objektif görüşü benimseyen müellifler, elverişliliğin sadece suçun işlenmesini kolaylaştıran araç bakımından söz konusu

²¹¹ ALAN, Ayşen; ‘İşlenemez Suç’, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, Aralık 2020, 437–438.

olacağını ifade etmişlerdir. Sübjektif görüşü benimseyen modern doktrin ise elverişliliğin araç da dahil olmak üzere hareketin tümü bakımından değerlendirilmesi gerektiğini savunmuşlardır²¹².

5237 sayılı kanunun 35. maddesinde düzenlenmiş olan teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için, kişinin işlemeyi kastettiği suç tipini elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlama şartı aranmaktadır. Bu çerçevede icra edilen fiilin elverişli olmaması, teşebbüsün de ortadan kalkmasına sebebiyet vermektedir.

5237 sayılı kanunun söz konusu düzenlemesi, 765 sayılı kanun döneminde yer verilen '*vesaiti mahsusa*' kavramına göre kanaatimizce isabetli olmuştur. Keza bu anlayış uygulama bakımından da elverişliliğin kapsamını genişletmiş, sadece vasıta değil, aynı zamanda hareketin tümü için geçerlilik kazandırmıştır²¹³.

Kanuni tipteki hareketin gerçekleştirilmek istenen neticeyi doğurmasında elverişli olup olmadığından bahsedebilmek için somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekir. Çünkü bazen suç işlenmeye müsait elverişli bir araç mevcutken kullanım hatasından dolayı elverişsiz hale gelebilir. Bu sebeple kanaatimizce elverişlilik diye ifade ettiğimiz olgu nispi özellik göstermektedir²¹⁴.

Elverişliliğin tespiti açısından fail tarafından girilen faaliyetlerin bütününe ele alıp, işlenmek istenilen suçta hangi şartların oluştuğuna dikkat edilmesi gerekmektedir. Nitekim somut olayda icra edilen hareket o olaya münhasır olarak elverişsiz olsa da başka bir somut olayda aynı suç tipi için elverişli olabilmektedir. Bundan dolayı elverişlilik olgusunu kişinin tecrübeleri, bilgisi ışığında ve hayatın olağan akışını göz önüne alarak, tarafsız olarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu kıstaslara göre eğer failin söz konusu hareketi neticeyi gerçekleştirmeye yetmiyorsa

²¹² Bahsi geçen görüşler için bkz. BAKIM, Sevi;"İşlenemez Suç" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 20, Sayı: 1 ,Ocak 2021.s.300; ALACAKAPTAN, İşlenmez Suç,s.35; DÖNMEZER/ERMAN,s.418. Ayrıca, Akbulut, elverişsiz teşebbüs kurumunda; suça yönelen harekette elverişsizlik ,suç işlenirken kullanılmakta olan araçlarda elverişsizlik ve suçun konusunda meydana gelen elverişsizlik olarak üçlü ayrımın yapılması gerektiği görüşündedir. Bkz. AKBULUT,s.139-142.

²¹³ AYDIN, İşlenemez Suç, s.80-81. 765 sayılı kanun dönemi bakımından konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. ALACAKAPTAN, s.61 vd.; SÖZÜER, s.191; 35. Madde gerekçesi için bkz. ÖZGENÇ, s.439; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.370.

²¹⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT,s.464;ÖZGENÇ,508;DÖNMEZER/ERMAN,s.419;mALACAKAPTAN,İşlenemez Suç,s.62; SÖZÜER,s.186;HAKERİ,s.487;DEMİRBAŞ, s.467.

elverişsizlik söz konusu olacaktır ve aynı zamanda teşebbüsün şartları da oluşmayacaktır. Bununla birlikte fail teşebbüsten ceza almasa dahi başkaca bir suçta sebebiyet vermişse o suçtan ayrıca sorumlu olacaktır²¹⁵.

Örnek olarak, karşı çatıdan arada uzak mesafe var iken öldürmek maksadıyla hasmına ateş eden failin istediği neticeye ulaşamaması açısından silah, öldürmeye elverişli olsa da icra edilen fiil, söz konusu olayın koşullarına göre elverişsizdir. Bu durumda elverişsiz teşebbüsten söz edilir. Ancak olay örgüsünde teşebbüsten söz edilmese de failin silahının ruhsatsız olduğunu varsaydığımızda fail, ruhsatsız silah taşıma suçundan sorumlu olacaktır.

Hareketin elverişliliğinin tespitinde önem arz eden bir diğer husus failin bilgisidir. Örneğin, yastık tek başına öldürücü bir özelliğe sahip bir eşya değildir. Ancak fail, hastanede narkozla uyutulmuş hasmını yastıkla boğmaya kalktığı anda icra ettiği hareket ile suçun işlenmesi elverişli hale gelmiştir. Bunun dışında şeker tek başına öldürücü nitelik taşımaz. Ancak şeker hastası olan birine verildiği takdirde, icra edilen hareket ile artık neticeye başarıyla ulaşılabilecektir.

Sonuç olarak kanaatimizce ifade etmek gerekir ki, buradaki elverişlilik hususu yeterlilik bakımından oluşan bir eksikliktir. Bir başka ifadeyle yetersizliktir. Ancak biraz sonra açıklayacağımız suçun konusunun yokluğu durumunda elverişsizlik söz konusu olmayacak, aksine bir yokluk durumu gündeme gelecektir. Her ne kadar yeterlilik konusunda öğretide aksine görüşler²¹⁶ olsa da tipiklik açısından değerlendirdiğimizde yetersizlik olgusunun teşebbüs değil, elverişsiz teşebbüs kapsamında ele alınması yerinde olacaktır.

²¹⁵ÖZGENÇ/ÜZÜLMEZ, s.125.

²¹⁶ÖZCAK, s.153. “Aracın yetersiz olmasından kasıt kalitesinin düşük olması ya da neticeyi gerçekleştirecek miktara sahip olmamasıdır. Bu sebeple elverişsizlik ve yetersizlik kavramları birbirinden farklıdır. Elverişsizlik durumunda kişiye ceza verilmez iken, yetersizlik söz konusu olduğunda failin teşebbüs hükümlerinden sorumlu tutulması gerekmektedir.” Görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.458.

1.2. Vasıtanın Elverişsizliği

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kanun koyucunun ele aldığı elverişsizlik hali bakımından sadece vasıtaya yer verilmiştir. Esasen kişi, ceza hukuku bağlamında bir ihlali gerçekleştirmek gayesiyle, suç işlerken kullanılan vasıtanın söz konusu ihlali gerçekleştirmeye elverişsiz olması, neticenin gerçekleşmesine engel olmaktadır. Örnek olay örgüsünde, boş bir tabancayla hasmını öldürmeye çalışan kişi bakımından hareket elverişli olduğu halde, vasıtanın elverişsizliği sebebiyle istenilen netice meydana gelmemiştir.

Alman Ceza Kanunu konuyu, madde 23/3'de; *“ failin, fiili işlemekte kullanılan araçların cinsinden dolayı suçun tamamlanmasına yol açamayacağı ”* şeklinde düzenlemiştir. Örnek olarak, yanlış olan olguları aslında var olmuş gibi göstermek aldatmanın varlığı için elverişli değildir. Bir görüşe göre ise, kişinin aldatma kabiliyeti eğer yok ise, bu noktada aracın elverişsizliğinden bahsedilebilecektir. Şayet madde metninde açıkça aldatma kabiliyetine sahip olmanın düzenlenmesi şart olmamakla birlikte, bu kabiliyete sahip olmayan kişinin icra ettiği fiil, elverişsizlik olarak değerlendirileceğinden, elverişsiz teşebbüs söz konusu olacaktır²¹⁷.

Ceza hukukunda suçun işlenmesine yarayan vasıtanın istenilen neticeyi gerçekleştirmek için elverişli olması gerekmektedir. Bu elverişlilik durumunun tespiti somut olayın koşullarına göre değişkenlik gösterebilmektedir. Öğretide bir kısım yazarlar tarafından vasıtaya ilişkin olarak mutlak ve nispi elverişsizlik ayrımı gözetilmiştir. Bu ayrıma göre, vasıtanın elverişsizliği her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun sonucunda, nispi elverişsizlik kanısına varılırsa faile teşebbüsten hüküm verilmesi gerekmektedir²¹⁸.

Nitekim Yargıtay yıllar önce bir kararında; ‘‘Mağdura öldürücü dozdan daha az miktarda zararlı madde verilen bir olayda, dozun az olması sebebiyle ölüm sonucunun meydana gelmediğini ancak dozun azlığı vasıtayı mutlak olarak elverişsiz

²¹⁷ DOĞAN Koray; ‘‘Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası’’, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt:I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014,s.19; Ayrıca benzer görüş için bkz. KAZAKER, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.229.

²¹⁸ EREM, s.335; Ersoy,s.122.Karşıt görüş için bkz.Soyaslan , s.92.vd.

hale getirmeyeceği için, failin ceza sorumluluğunun adam öldürmeye tam teşebbüs olması gerektiğini” ifade etmiştir. (Y1.CD, 1963 t. E. 320, K. 1134). Bu noktada esasen vasıta elverişlidir ancak miktar olarak yetersizlik vardır. Buna göre söz konusu vaziyet nispi elverişsizlik olarak kabul edilmelidir. Buna binayen failin tehlikeliliği ve suç işleme kastı göz önüne alınarak teşebbüs hükmü uygulama alanı bulacaktır.

1.3. Suç Konusunun Yokluğu

Suçun konusu; hareketin yöneldiği eşya veya şahsın fiziki yapısıdır. Konusu mevcut olmayan bir suç düşünülemez.²¹⁹ Konuya ilişkin yapılan tanımlar, öğretide farklılık göstermektedir. Yüce’ye göre, *”suç kalıbına uygun olan fiilin gerçekleştirildiği maddi şey”*²²⁰ olarak tanımlanırken bir başka müellife göre, *”üzerinde suç işlenen şey veya kişi”*²²¹ şeklinde ifade edilmektedir. Öztürk/Erdem’e göre suçun konusu, *”hareketin objesini meydana getiren ve tipik hareketin üzerinde gerçekleştiği ve maddi varlığı olan şeydir”*²²² Demirbaş’a göre ise *”failin üzerinde fiili icra ettiği insan veya şeydir.”*²²³

İşlenilen suçun maddi konusunun bulunmamasına ilişkin olarak, örneğin hırsızlık suçunda başkasına ait olan malın, adam yaralama suçunda yaralanacak kişinin, çocuk düşürme suçunda ana rahmine düşmüş olan ceninin yokluğu durumunda konunun yokluğu gündeme gelir. Haksızlık oluşturan hareketin icra edilmesi ile suçun konusu zarara uğrayabilir ya da tehlikeye açık hale gelebilir. Ancak belirtmek gerekir ki bu noktada ihlal edilen hukuki değer ile suçun konusunu karıştırmamak gerekir. Buna göre, suçun işlenmesiyle birlikte korunan hukuki değer ihlal edilmiş olmaktadır. Ancak tipikliğin gerçekleşmesiyle suç konusu zarara uğramakta ya da tehlike oluşturmaktadır²²⁴. Örneğin, kasten öldürme suçunda ihlal edilen hukuki değer,

²¹⁹ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR,s.377.

²²⁰ YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C: I, Manisa 1982;s.244.

²²¹ KUNTER,Nurullah; Suçun maddi unsurları nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1954,s.118.

²²² ÖZTÜRK/ERDEM,s.302.

²²³ DEMİRBAŞ,s.559. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.377.

²²⁴ÖZGENÇ,İzzet/ÜZÜLMEZ,İlhan;Ceza Genel Hukuku,4.Baskı,Seçkin Yayıncılık,Ankara,2021,s.50.

mağdurun yaşama hakkıdır. Suçun konusu dediğimiz kavramda ise öldürülen kişinin salt yaşamıdır.

5237 sayılı TCK m.35 göz önüne alındığında, teşebbüs kurumunun somut olayda vuku bulması için elverişli hareketlerde bulunulması koşulu aranmaktadır. Dolayısıyla elverişli olmayan hareketler yönünden elverişsiz teşebbüsün varlığı söz konusu olsa da suç konusunun yokluğu durumunda bu yönden hiçbir düzenlemenin yapılmadığı görülmektedir. Fakat suç konusunun yokluğu olgusu doğası gereği elverişsiz teşebbüsü oluşturacaktır. Keza madde gerekçesinde; “Suça 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.” şeklinde ifade edilmiştir. ()

Kanaatimizce, gerekçede bahsi geçen “suçun konusu” ibaresi doğru bir ifade değildir. Bizce, asıl doğru ifadenin “suçun maddî konusu” olması gerekmektedir. Çünkü salt olarak “suçun konusu” kavramı sadece suçun maddi konusu anlamına gelmeyip aynı zamanda), aayhukuki konuyu da kapsamaktadır²²⁵. Hukuki konunun yokluğunda ise mefruz suç gündeme gelecektir. Bu sebepten ötürü, gerekçenin genişçe yorumlanması, elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç ayırımı konusunda sakıncalı bir ortam oluşturacaktır.

1.3.1 Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Mutlak ve Nispi İmkansızlık

Gerekçedeki (TCK m.35) ifade ile ‘suçun konusu’nda mutlak şekilde yokluk durumu, hangi vakit veya hangi koşulların altında olmasının önemi olmaksızın, eğer failin suç işleme gayesini mutlak olarak imkansızlaştırıyorsa bu durumda cezai sorumluluktan bahsedilemeyecektir. Çünkü fail ne kadar gayret ederse etsin konu

²²⁵ KOÇ, Coşkun; "Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 147 ,2020,s. 53-54;. Benzer görüş için bkz. AYDIN, s . 100-101.

mutlak olarak imkansız olduğu için istediği neticeyi elde edemeyecek bir başka ifadeyle elverişsiz teşebbüs söz konusu olacaktır.

Bu konuda verilen klasik örneklere baktığımızda, failin yaşıyor olarak tasavvur ettiği kişinin aslında ölü olması ve failin ölü bir kişiye ateş ederek öldürmeye çalışması konunun yokluğu sebebiyle oluşan elverişsizlik halidir. Çocuğunu düşürmek maksadıyla haplar içen kadının, gerçekte hamile olmaması bu duruma başkaca bir örnektir. Bu durumda da fail, hareketini ne şekilde icra etmiş olursa olsun, sonuç olarak istediği neticede başarısız olacağı kabul edilmektedir²²⁶.

Mutlak imkansızlıktan başka öğretilerde yapılan bir diğer ayrım, nispi imkansızlık halidir. Burada aslında yokluktan ziyade geçici bir hal söz konusudur. Fiilin icra edildiği sırada, daha çok tesadüfi olarak gerçekte bu husus somut olayda mevcut olmayan hallerde meydana gelmekte ve oluşan durum nispi imkansızlık olarak ifade edilmektedir²²⁷. Örnek olarak; tek yaşayan mağdurun daha az önce çıktığı evine öldürme maksatlı birilerinin baskın vermesi ancak mağduru evde bulamamaları yahut sokakta yaşayan fakir birinin hırsızlık yapmak amacıyla, elini paranın olmadığı cebe sokması gibi haller nispi imkansızlığa vücut vermektedir. Nitekim bahsi geçen kurgularda suçun maddi konusu o anda mevcut olmasa dahi kanunun koruduğu hukuki menfaat tehlike altına girmiştir.

Doktrinde bu ayrımı yapan müelliflere göre²²⁸, konuda mutlak imkansızlığın mevcut olması durumunda failin toplumda bir tehlike yaratmayışı ve ceza hukuku bağlamında neticeye sebebiyet vermesinin mümkün olmayışı göz önüne alındığında haksızlık oluşmayacak ve bu halde de elverişsiz teşebbüs gündeme gelecektir. Ancak nispi imkansızlık dediğimiz durumda tehlike teorisine göre, fail tehlikeliliğini ortaya koyduğundan dolayı cezai sorumluluk bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekecektir²²⁹.

²²⁶ KOÇ,s.57;ALACAKAPTAN ,s. 115-116.

²²⁷ AKBULUT,s.141;

²²⁸ FIORE, Carlo, Il reato impossibile, Napoli, 1959, s. 146 (Aktaran, İPEKÇİÖĞLU, s. 110).

²²⁹ Ayrıca görüşler için bkz. BAKIM, s.304-305.

Konuda mutlak ve nispi ayırımı eleştiriye²³⁰ maruz kalmıştır. Bunun sebebinin ise bu ayrımı yapacak net bir ölçütün bulunmamasıdır. Bu ayrımı eleştiren müelliflere göre, her iki durumda da bir imkansızlık hali vardır ve bu imkansızlık oranı her ikisinde de aynıdır. Sonuç olarak, her iki halde de suçu işlemek bir başka ifadeyle istenilen neticeye başarıyla ulaşmak söz konusu değildir. Ayrıca teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını öngörmesi, ceza hukuku prensipleriyle de bağdaşmaz. Tüm bu sebeplerden dolayı söz konusu ayrıma karşı müellifler,²³¹ cezai sorumluluk konusunda da farklı sonuçlar öngören bu ayrımı yerinde bulmamışlardır.

1.4 Değerlendirme

Kanaatimizce belirtmek gerekir ki, öncelikle elverişsizlik ve yokluk farklı kavramlardır. Bu sebeptir ki hareketin ya da vasıtanın elverişsiz olması ile suçun maddi konusunun yokluğu ceza hukuku bağlamında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim, elverişsizlik dediğimiz husus somut olayın koşulları dikkate alınarak tespit edilebilmektedir²³².

Buradan anlaşılabileceği üzere, elverişsiz olan hareket ya da vasıta başka bir somut olayda elverişli hale gelebilmektedir. Ancak suçun maddi konusunun yokluğu durumunda somut olayın koşulları, cezai sorumlulukta değişiklik yaratmayacaktır. Bizce bu iki kavram her ne kadar birbirinden farklı olsa da ortak paydalarının tipiklik olması ve her ikisinin de sonucunda elverişsiz teşebbüsün vuku bulması göz önüne alındığında cezai sorumluluk bakımından faile ceza verilmeyeceği açıktır.

Mutlak ve nispi imkansızlık ayrımının, esasen doktrinde bir öneme sahip olduğu kabul edilmesi gerekmektedir. Bizce de nispi imkansızlık halinde fail tehlikeli yönünü ortaya çıkardığından ötürü teşebbüsten ceza alması kamu düzeni bakımından

²³⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ'e göre; 'Suçun konusunda elverişsizlik değil, yokluk meydana gelir. Bu durumda da elverişsiz teşebbüs karşımıza çıkacaktır. Somut bir olayda mutlak ve nispi ayırım yapılması isabetli değildir. Çünkü, konunun yokluğu doğrudan tipikliği ilgilendirir. Bu sebeple farazi anlamda söz konusu yokluğun nispi olarak değerlendirilmesi doğru değildir.' Bkz.KOCA/ÜZÜLMEZ,s.458; Bakım, s.305; ÖZÖK,156-157; Ayrıca söz konusu ayırmada, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için tatminkar bir gerekçenin olmadığı eleştirisi ile bkz. ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.123-124.

²³¹ ÖZÖK, s.156

²³² ALACAKAPTAN,İşlenemez Suç,s.116.

da yerinde olacaktır. Ancak 5237 sayılı TCK'ya bakıldığında kanun koyucu, Alman Ceza Kanunu'ndan farklı olarak elverişsiz teşebbüs kurumuna yer vermediği için cezai sorumluluk bakımından mutlak ve nispi ayrımını kabul etmemiştir.

Sonuç olarak, mutlak imkansızlık olduğundan dolayı failin teşebbüsten cezalandırılmayacağı açıktır. Nispi imkansızlık durumu söz konusu olduğunda ise failin toplum açısından öne çıkardığı tehlikelilik hali göz önünde bulundurularak teşebbüsten ceza alması ya da hakkında güvenlik tedbirinin uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz²³³.

2.Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılma Sorunu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, elverişsiz teşebbüse ilişkin dayanağını teşebbüse ilişkin 35. maddeden almaktadır²³⁴. Buna göre elverişsizlik hali, faile teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına engel olmaktadır. Bununla birlikte, haksızlık yaratacak bir tehlike söz konusu olamayacağından, herhangi bir cezai bir yaptırımının uygulanması da mümkün olmamaktadır.

AKBULUT'a göre'' elverişsiz teşebbüste vakıaların soyut ve genel olarak değil de her somut olayda özel olarak incelenmesi gerekir. Söz konusu hareketin ortaya çıkardığı bir tehlike mevcut değilse ve neticenin gerçekleşmesi mümkün değil ise failin ceza sorumluluğu doğmayacaktır.''²³⁵

2.1. Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılmasını Savunan Teoriler

Bu başlık altında,Türk Ceza Hukuku'nda kanun koyucu tarafından ayrıca düzenlenmemesi sonucu birçok tartışmaya yol açan elverişsiz teşebbüse ilişkin, Alman öğretisi de dahil olmak üzere cezalandırılma sorunu ele alınmıştır.

²³³ Benzer görüş için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR ,s.720-721.

²³⁴ ALAN, s.437.

²³⁵ AKBULUT, s.143.

2.1.1 Sübjektif Teori

Etki teorisi henüz ortaya çıkmadan önce Alman öğretisinde geçerliliğini sürdüren sübjektif teorinin başlıca temsilcileri von Buri,Tittmann ve Grolmann olmuştur. Zaman geçtikçe etkisini kaybetse de yine de hali hazırda bu teoriyi savunan fazlaca müellif bulunmaktadır²³⁶.

Söz konusu teoriye göre, suç işleme iradesi ortaya konulduğundan dolayı failin teşebbüsten ceza alması gerekmektedir. Yine bu teoriyi savunanlara göre²³⁷, teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için söz konusu iradenin varlığının mutlaka objektif olması gerekmez. Burada ‘‘sübjektif tehlikelilik hali’’ mevcuttur ve yaptırım uygulanması için failin kastı yeterlidir²³⁸. Çünkü bu kimse toplum düzenine karşı icra ettiği hareketiyle beraber zararlı bir kişilik oluşturmaktadır²³⁹.Örneğin, hasmının yatakta uyuduğunu zannederek ateş açan fail, her ne kadar elverişsiz teşebbüs söz konusu olsa da tehlikeli karakterini sergilediği için bu teoriye göre ,cezalandırılması gerekmektedir.

Teori, yukarıda açıkladığımız mutlak ve nispi imkansızlık ayrımını reddetmektedir. Buna göre söz konusu ayrımın hiçbir mantığı yoktur. Özellikle nispi olarak ifade ettiğimiz elverişsizlik hali esasen görecelidir. Bu sebeple nispi elverişsizlik şeklinde sadece şüphe ve kişiselliği ifade eden bu kavramın bir önemi olmamakla birlikte, elverişsizlik sadece mutlak olabilir ve başından itibaren her teşebbüs hali mutlak olarak elverişsizdir. Bu teoriye göre, failin cezalandırılma sebebi salt iradesi olmayıp, dış dünyada yansıyan ancak neticenin gerçekleştirilmesi açısından yeterli olmayan vaziyeti ortaya çıkarmasıdır²⁴⁰.

²³⁶; SOYASLAN,s.97; Roxin, Lewinsky, Jakobs ve Kühl hali hazırda bu görüşü destekleyen müelliflerdir. Teori taraftarlarının görüşleri için bkz.ALACAKAPTAN s.32-33.

²³⁷ Sübjektif teori yanlısı, Kühl/ Heger ‘e göre, suç işleme iradesi teşebbüsün belirlenmesi için yeterlidir. Aktaran ve Çeviren için bkz. KAZAKER,s.117.

²³⁸ Frank’e göre, adam öldürmek için zehir yerine yanlışlıkla şeker veren ya da dolu zannıyla boş bir silah kullanan bir kimsenin suça teşebbüsten cezalandırılması gerekmektedir. Görüşü aktaran için bkz. ALACAKAPTAN,s.36.

²³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BAKIM,s.306.

²⁴⁰ KAZAKER, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs,s.117-118.

Teori, cezai sorumluluğu belirlemenin keyfiliğe yol açacağı, ayrıca kanuni unsur olan tipikliği ve nedensellik bağıını yok sayacağı, cezalandırılmanın son çare olma ilkesiyle çelişeceği gibi sebeplerden dolayı eleştiriye maruz kalmıştır²⁴¹. Hirsch bu durumu şu şekilde ifade etmiştir ;’’Kişinin kötü niyetini açığa vurması sadece ahlak kurallarına göre eleştirilebilir nitelikte olup ceza hukukunu ilgilendirmemektedir. Kişinin kararının fiili olarak icra hareketlerinin başlamasına yol açmadığı , bir başka ifadeyle istenilen neticeye yönelik somut olarak tehlikeli bir hareket oluşturmadığı için teşebbüsün cezalandırılmasını sağlayan şartları sağlamamaktadır.’’²⁴² Roxin’e göre ise;’’Sübjektif teori tek başına yetersiz kalmaktadır, bu sebeple etki teorisi ile birlikte tamamlanması gerekmektedir.’’²⁴³

2.1.2. Sübjektif Tehlike Teorisi

Teori esasen pozitivist akımla ilişki olarak Garofalo tarafından ileri sürülmüştür. Müellife göre;’’Önemli olan kişinin iradesinin topluma yansımadır. Ahlaki boyutun belirginleşmesi ceza hukuku sorumluluğunu etkiler. Hem kötü niyetin dışı vurumu hem de bunun ahlaki olarak uygun olmamasının tespiti durumunda teşebbüs şartlarının oluştuğunu kabul etmek gerekir.’’²⁴⁴

Ayrıca,yazara göre; ‘’Ceza kanunu, toplumda tehlikeli yönünü sergileyen suçluya uygulanır. Bu bakımdan, iradenin, tehlikeli bir faaliyeti ortaya çıkarıp çıkarmadığına bakılmalıdır. Bu ise, somut olayın koşullarından anlaşılabilecek bir sonuçtur. Hareketin elverişsizliğine rağmen, tehlike mevcut olabileceği gibi, maddi hareketlerle hâricileşen bir cürmî iradenin varlığına rağmen, kişiliğin tehlike arzetmemesi de mümkündür. Ancak bu tehlike objektif olmayıp, failin faaliyetinden ve kişiliğinden doğan sübjektif anlamda bir tehlikedir.’’²⁴⁵

²⁴¹ DEMİRBAŞ, s.486.

²⁴² Hirsch’in görüşü için bkz.Çeviren. KAZAKER,s.122.

²⁴³ Roxin’in eleştirisi için bkz.Çeviren. KAZAKER,s.122-123.

²⁴⁴ ALACAKAPTAN ,İşlenemez Suç,s.40-41.

²⁴⁵ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç,s.42.

Buradan çıkarılması gereken sonuç şu olmalıdır ki, sübjektif teoride sadece failin iradesi önem arz ederken sübjektif tehlike teorisinde iradenin yanında failin ahlaki yapısı da önemlidir. Bu teori, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasını açıklamada yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁴⁶.

2.1.3. Yeni Objektif Tehlike Teorisi

Söz konusu teori, sübjektif teori karşıtı olmakla birlikte eski objektif teorisinin eksiklerini tamamlamak için ortaya çıkan bir teoridir. Bu görüşün başlıca temsilcileri Liszt ve von Hippel 'dir²⁴⁷. Bu teoriye göre, eğer failin istediği neticenin başarılı olarak gerçekleşme ihtimali varsa teşebbüsten söz edilebilir. Ancak böyle bir olanak söz konusu dahi değilse, o zaman ortada tehlikelilik arz eden bir durum olmadığı için teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumu belirlerken hareketin icra edildiği zamana göre somut bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Keza söz konusu hareket suçu oluşturacak nitelikte değilse, o zaman anlaşılmalıdır ki fail neticeyi gerçekleştirmeye muktedir değildir²⁴⁸.

Teori, elverişsizliğin tespiti ve cezai sorumluluğu belirleme açısından öğretide geliştirilen mutlak ve nispi ayrımını kabul etmemektedir. Buna göre, failin bilgisi ve somut olayda ortaya çıkan netice arasında bir illiyet bağı yoksa burada elverişsiz teşebbüs söz konusu olacaktır²⁴⁹.

Demek oluyor ki, hareketin icrası sırasında, failin somut olaya ilişkin bilgisi ve tecrübeleri önem arz etmektedir. Böyle bir değerlendirmede bulunurken, hakim in olağan hayat akışı çerçevesinde somut olaya objektif bir yaklaşımda bulunması gerekmektedir. Buna göre, eğer hareket, neticeye etki edebilecek nitelikte değilse

²⁴⁶ DEMİRBAŞ, s.486; Ayrıca suç ve tehlikelilik kavramlarının birbirinden farklı olduğu, failin iradesinin de cezalandırılma için yeterli olmadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Bkz.BAKIM,s.308; Alacakaptan'a göre;" Failin şeker ya da tuzla adam öldüreceğini zannetmesi halinde, vasıtanın buna imkan tanımayacağını göz önüne alırsak teşebbüsün veya suç kastının mevcudiyetinden şüphe etmek gerekir. Hal böyle olunca da cezai müdahaleyi gerektiren bir durum yok demektir. Bkz. ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.43.

²⁴⁷ KAZAKER, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs,s.123.

²⁴⁸ BAKIM,s.308.

²⁴⁹ DÖNMEZER/ERMAN,s.463.

elverişsiz teşebbüsten söz edilecektir. Ancak hareket istenilen neticeyi ortaya çıkarabilecek elverişlilikte ise bu durumda fail tehlikeliliğini açığa vurmuş sayılacağından bahisle teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁵⁰.

Örneğin, kendini hamile zannederek çocuğunu aldirmaya giden kadının kürtaj süresi geçmiş olsa bile, doktorun yine de bu işlemi yapmayı kabul etmesi durumunda, çocuk düşürmeye teşebbüs suçundan sorumlu olacaktır. Nitekim somut olayda doktor, kürtaj yasağını ihlal edici davranışlarda bulunma tehlikesini ortaya koymuştur. Bu teori de anlama ve bilgi eksikliği kriterlerinin elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasında yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁵¹.

2.1.4. Etki Teorisi

Başlıca temsilcisi Mezger olan teori, Alman öğretisinde²⁵² baskın olarak kabul görmektedir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği kararlar²⁵³ da incelendiğinde bu teorinin benimsendiği görülmektedir. Söz konusu teorinin savunucularına göre, elverişsiz teşebbüsün asıl cezalandırılma sebebi, failin tehlikeliliğinden ziyade, toplum düzenine aykırı davranışlar sergilemesinden ileri gelmektedir.

Bu teori uyarınca, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması toplumun hukuka olan güveninin korunması açısından önem arz etmektedir. Eğer bu hareketler

²⁵⁰ ALACAKAPTAN,s.83.

²⁵¹ KAZAKER,Türk Ceza Hukuku'nda Elverişsiz Teşebbüs.123-124.

²⁵² Özellikle Roxin ve Kudlich bu görüşün savunucularındandır. Bkz.KAZAKER,Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs,s.126.

²⁵³ Söz konusu karara göre; *Somut olayda doktor, kusurlu olmamasına rağmen, hukuki sebeplerden dolayı sorumlu olacağından bahisle korkmaktadır. Belirsizlik içerisinde olan doktor, hastaya ait evraklarda geçmişe yönelik gerçeğe aykırı düzenlemeler yaparak, sorumluluğuna yol açabilecek noktaları değiştirir. Tüm bunlar tespit edildikten sonra, doktor hakkında ceza davası açılır ve davada doktorun, söz konusu organ kaybında herhangi bir kusurunun olmadığına, böbrek kaybının yanlış tedaviden kaynaklanmadığına ve sanığın hastayı organ kaybı riski konusunda aydınlatma zorunluluğunun olmadığına karar verilir. Mahkeme, dolandırıcılık suçunun unsuru olan "haksız kazanç elde etme amacının" ve "zararın meydana gelmesinin" somut olayda gerçekleşmemiş olması nedeniyle, failin tamamlanmış dolandırıcılık suçundan cezalandırılmayacağı sonucuna varmıştır. Karar ve Kudlich'in değerlendirmesi için bkz.KAZAKER,s.127-128 Kudlich'in söz konusu karar için yorumu; "Toplumun hukuka olan güveninin zedelenmesi göz önüne alındığında etki teorisi anlamında doğru bir karardır" şeklinde olmuştur.*

cezalandırılmazsa toplumun hukuka olan güveni zedeleneyecektir. Buna göre, her ne kadar failin tehlikeliliği açığa çıksada, neticenin gerçekleşmemesi tesadüfi bir sebepten ileri gelmiş olabilir. Ancak yine de toplumda tehlikeye sebebiyet verildiği için hukuki barışı korumak adına failin cezalandırılması gerekmektedir²⁵⁴. Cezalandırma açısından burada anlaşılması gereken nokta, failin salt iradesinin dışı vurumu tek başına yeterli olmayıp ayrıca toplum düzeninde bir etki yaratması gerektiğidir.

Teori, elverişsiz teşebbüste söz konusu olan elverişsizlik halinin mevcudiyetinden dolayı, toplumda tehlike yaratacak bir duruma sebebiyet verilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁵⁵. Ayrıca, sübjektif teorinin “etki”olgusu ile dar çerçeveye sokulmasıyla birlikte, belirlenen kriterin anlamsız olması ve bilimsel açıdan açıklanamamasından bahisle de bir başka şekilde eleştiriye maruz kalmıştır²⁵⁶.

2.2. Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılmaması Gerektiğini Savunan Teoriler

2.2.1. Objektif Teori

Ramognasi tarafından öne sürülen teorinin geliştirilmesinde katkısı bulunan başlıca temsilciler; Rossi, Carrara, Feuerbach, Carmignani, Mittermaier ve Ortalan’dır. Özellikle Feurbach ,Alman öğretisinde önemli bir temsilcidir. Feurbach’a göre; *”Eğer hareket ve netice arasında nedensellik bağı bulunuyorsa bir başka ifadeyle bu durum objektif bir tehlike oluşturunca ,dış dünyaya yansıyan söz konusu hareket hukuka düşmanlığı ifade eder ve ihlal niteliği taşır bu nokta da ceza*

²⁵⁴DEMİRBAŞ,s.487; ALACAKAPTAN, ,s.44 vd.

²⁵⁵ ALACAKAPTAN,s.44-45;

²⁵⁶KAZAKER, s.129-130; ÖZBEK,DAĞAN/BACAKSIZ/TEPE,s.457.

sorumluluğunun var olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü suçun maddi konusu tehlikeye düşmüştür.''²⁵⁷

Teoriye göre, failin salt olarak suç işleme niyetinin mevcudiyeti cezalandırılma açısından yeterli değildir. Ayrıca hareketin kanunda yer alan suç tipine uyması ve bu suç tipinin oluşumu açısından hukuksal olarak bir tehlike yaratması gerekmektedir²⁵⁸. Eğer bir tehlike söz konusu değilse, hareket ya da vasıta elverişsizse ya da suç konusu yok ise ceza sorumluluğunu gerektiren bir sebep yoktur. Nitekim, gerçekleştirilmesi zaten mümkün olmayan bir sonuca teşebbüs etmek, herhangi bir ihlal ya da tehlike yaratmaz. Söz konusu hareketin sonucu imkansız olduğundan dolayı da toplumun bundan zarar görmesi de olanaksızdır²⁵⁹.

Yine elverişlilik olgusu, somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Buradan anlaşılması gerekir ki, söz konusu teoriyi savunan müellifler mutlak ve nispi ayrımını kabul etmektedir. Buna göre, mutlak elverişsizlik var ise, failin cezalandırılması mümkün değildir. Ancak nispi elverişsizlik durumunda suç politikası gereği faile ceza verilmesi gerekir. Zaten ölü olan birisine ateş etmek mutlak elverişsizliğe, çelik yelek giyen birisine ateş etmek ise nispi elverişsizliğe örnek olarak gösterilebilir.

Yargıtay'ın objektif teoriye uygun kararlar verdiği görülmektedir. Söz konusu karara göre²⁶⁰;*''Sanığın ürettiği bombayı kargo aracılığıyla gönderdiği halde,mağdurun adresini eksik yazması sonucu kargonun geri dönmesi olayında, sanığın icra ettiği hareketinin, objektif anlamda elverişsiz olması nedeniyle, neticeyi gerçekleştirmeye muktedir olmadığı anlaşılmıştır. Bunun sonucunda, elverişsiz teşebbüs söz konusu olacağı için faile kasten adam öldürmeden teşebbüs cezasının verilmesinin, kanuna aykırı olacağına karar verilmiştir.*''

²⁵⁷ Feurbach'ın görüşü için bkz. BAKIM,s.310.

²⁵⁸ Bkz. CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT,s.480.

²⁵⁹ BAKIM,s.310; ÖNDER,s.464.

²⁶⁰ Karar için bkz. BAKIM,s.311-312.

Teori, somut olayın özelliklerinden ne anlaşılması gerektiği hakkında kesin nitelikte ölçütler ortaya koymadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁶¹.

2.2.2. Hukuki İmkansızlık Teorisi

''Suçta ve cezada kanunilik ilkesi'' gereği, eğer gerçekleştirilen hareket kanuni tipe uymuyorsa bireyin cezalandırılması olanaksızdır. Tipiklikte eksiklik teorisi olarak da ifade edilen teorinin, eski tipiklikte eksiklik teorisinde başlıca temsilcisi Feurbach²⁶² iken Yeni tipiklikte eksiklik teorisinin temsilcileri ise Graf zu Dohna, Mezger, Reinhard Frank ve Liszt/Schmidt'tir²⁶³.

Bu teoriye göre, elverişsiz hareket ya da mevcut olmayan konu suç tipini ihlal etmiyorsa bireyin ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak icra hareketleri safhasında kanuni tipteki neticenin gerçekleşme imkanının olduğu anlaşıyorsa, teşebbüs hükümleri söz konusu olacaktır. Buna karşın kanuni tipteki unsurların gerçekleşmesinin imkansız olması durumunda ortada kanunu ihlal eden bir tehlike olmamakla birlikte, failin ceza sorumluluğu doğmayacaktır.

Liszt'e göre; ''elverişsizlik olgusunun varlığı objektif anlamda cezalandırma sebebi değildir. En doğru çözüm sübjektif olarak değerlendirilerek cezalandırılabilirliğin tespit edilmesi gerektiğidir.'' ²⁶⁴

Yine teoriye göre, fail teşebbüs aşamasında ileriye dönük hareketinin nedenselliğinde bir hata içerisindeyken, tipiklikte ise söz konusu hareketinin zaten mevcudiyette var olduğu ve hareketinin neticeyi gerçekleştirmediği konusunda bir hataya düşmektedir. Buna örnek olarak cansız bir vazonun gölgesine ateş edilmesi

²⁶¹KAZAKER, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs,s.135; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN,s.318; DÖNMEZER/ERMAN,s.460. Ayrıca, teoriye yapılan bir başka eleştiri, "toplumun güveninin zedelenmesine elverişlilik" kriterinin ne anlama geldiği ve suça teşebbüs halinde böyle bir etkinin nasıl oluşacağı sorularının da cevaplanması gerektiği belirtilmektedir. Hirsch'in eleştirisi için bkz.Çev. KAZAKER,s.130.

²⁶² ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç,s.49.

²⁶³ Teori hakkında verilen bilgi için bkz. KAZAKER,s.112.

²⁶⁴ Liszt'in konuyla ilişkin olarak şu örneği vermiştir; Fail, hasmını öldürmek için az miktarda arsenik kullansa, cezalandırılacaktır. Çünkü, birinci durumda, hareket anındaki koşullara göre, verilen doz ölüm sonucunu doğuracak niteliktedir. Bkz.ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.49-51.

sonucu, tipiklik itibariyle kasten adam öldürme suçuna teşebbüsten hüküm verilmeyecektir. Çünkü bu suçun konusu ‘‘yaşayan insan’’ olması gerekmektedir.²⁶⁵

Mezger’e göre ;’’tipiklikte eksiklik olarak ifade edilen durumun da teşebbüs çerçevesi içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim korunan hukuki değerde bir tehlike söz konusu olmasada sübjektif açıdan bir ihlal oluşmuştur. Ancak teşebbüsün koşullarına göre, bu durumun cezai sorumluluk doğurmayacağı açıktır.’’²⁶⁶

Teori, tipiklikte yer almayan bir olgunun teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmasının isabetsiz olduğu, ayrıca elverişsiz teşebbüs durumunda nedensellik bağının aranmasının gereksiz olduğu sebebiyle eleştirilmiştir²⁶⁷.

2.3. Kanaatimiz

Genel olarak elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiğini savunan teorilerin ortak noktası incelendiğinde, ‘‘tipiklik’’ esasına dayandığı, kanunda düzenlenmeyen suç tipinin takdire dayalı olarak ceza yaptırımına tabi tutulmasının kanunilik prensibine aykırı olduğu şeklinde argümanlar sunulduğunu görebilmekteyiz.

Söz konusu hukuki kurumun cezalandırılmasını savunan teorilerde ise, daha çok sübjektif bir yaklaşımın sergilendiği ve bunun sonucu olarak failin ortaya çıkardığı tehlikelilik halinin ceza hukuku bağlamında görmezden gelinmemesi gerektiği, vurgulanmıştır.

Yukarıda kategorize ettiğimiz mutlak ve nispi elverişsizlik ayrımının bir önemi olduğu ve bu ayrımın mevcudiyetinin kabulü halinde kanaatimiz, mutlak elverişsizlik durumunda faile teşebbüsten ceza verilmemesinin isabetli olduğu yönünde olacaktır. Ancak nispi elverişsizlik durumunda, failin tehlikeli karakterini toplum nezdinde sergilemesinin kanun koyucu tarafından dikkate alınması gerekmektedir.

²⁶⁵ KAZAKER, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.113.

²⁶⁶ Mezgerin görüşü için bkz. KAZAKER, s.115.

²⁶⁷ Teori,vasıtada elverişsizlik durumunu açıklayamadığı için de eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. ALACAKAPTAN ,s.52-55; BAKIM, s.307.

Elverissizlik kiřinin suç iřleme dūřūncesine etki etmeyip tamamen dıřsal etmenler çerçevesinde suçu iřlenemez hale getirmektedir. Bu sebeple, konuya iliřkin yaklařımımız kriminolojik bakıř aırısıyla olacaktır. Kanaatimizce, elverissiz teřebbūş halinde failin ortaya ırkardıęı tehlikelilięin, ceza hukuku baęlamında dikkate alınması ve konuya iliřkin bir dūzenlemeye gidilmesi gerekmektedir.



SONUÇ

Çalışma konumuz olan elverişsiz teşebbüs,5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş olmasıyla birlikte, TCK 35.maddesinde,"Teşebbüs" başlığı altında yer verilen "elverişli hareket" ibaresiyle karşımıza çıkmaktadır.

Elverişsiz teşebbüse madde metninde ayrıca yer verilmemesinin de etkisiyle bu durum çok tartışılmış ve bunun sonucunda öğretiyile birlikte gelişen bir ceza hukuku kurumu haline gelmiştir. Öncelikle çalışmamızda elverişsiz teşebbüsün genel bir hukuki çerçevesi çizilerek kavramsal olarak açıklamalarda bulunup, elverişsizlikten ne anlaşılması gerektiği hususunda ileri sürülen görüşlerden, karma görüşe katılıyoruz. Buna göre, hem objektif hem sübjektif görüşlerin senteziyle somut olayın koşulları nazara alınarak, bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

İkinci olarak, elverişsiz teşebbüsün ceza genel teorisindeki yeri bakımından TCK m.35' de ifade edilen "elverişlilik" ibaresinden dolayı, konuyu teşebbüs başlığı altında değerlendiren müelliflere katılmıyoruz. Bizce bu hukuki kurumun cezalandırılmamasının asıl sebebi, teşebbüsün şartlarının oluşmadığından bahisle, tipe uygunluğun gerçekleşmemesidir. Bu sebeple ceza genel teorisinde, "tipiklik" başlığı altında değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

Elverişsiz teşebbüs, gerek niteliği, gerek ceza sorumluluğuna etkisi bakımından bazı ceza hukuku kurumlarıyla ilişkili ya da benzer gibi görünmektedir. İlk olarak, çalışmamızda teşebbüs kurumu ele alınmıştır. Teşebbüste icrası yarıda kalmış ya da tamamlanamayan bir netice söz konusu iken, elverişsiz teşebbüste ne kadar failin iradesi ortaya çıkmış olursa olsun, maddi konunun yokluğu ya da elverişsizlik sebebiyle suçu işlemeye olanak kalmadığı görülmektedir. Suçun meydana gelmesinin imkansız olması nedeniyle de, failin ceza sorumluluğuna tabi tutulmamasına sebebiyet vermektedir.

Diğer yandan gönüllü vazgeçme kurumunda failin suç işleme isteğinden vazgeçmesi ya da neticeye engel olmak üzere gösterdiği bir çaba varken, elverişsiz teşebbüs kurumunda suç işleme niyetinden vazgeçme gibi bir durum söz konusu

değildir. Aksine suç işleme iradesi devam etmekte, ancak dışsal etkenlerden dolayı tipik suçu ortaya çıkarmak mümkün olmamaktadır. Buna göre gönüllü vazgeçmede kural olarak ceza verilmemesinin esas sebebi bizce, suç yolundan dönen faile altın köprüler inşa etme düşüncesidir. Buna karşılık elverişsiz teşebbüste ceza verilmemesinin sebebi ise, kanuni tipteki suçun oluşamamasından ileri gelmektedir. Aynı zamanda belirtilmelidir ki, işlenemez olan suçtan vazgeçilmesi mümkün değildir.

Mefruz suç ve elverişsiz teşebbüs ortak yönlerinin de bulunması sebebiyle birbirinden ayrılması çok kolay olmayan iki ceza hukuku kurumudur. Mefruz suçta kişi, esasen kanunda yasak olarak düzenlenmemiş, hukuka uygun ya da ceza hukukunu ilgilendirmeyen bir hareketi suç olarak tasavvur etmektedir. Elverişsiz teşebbüste ise fail suç işleme bilinciyle çıktığı yolda icra ettiği hareketiyle neticeyi ortaya çıkarmak isterken, somut olayın koşullarının buna izin vermemesi sebebiyle kanundaki var olan tipik suçu gerçekleştirememektedir.

Görülmektedir ki mefruz suçta aslında başından beri kanunda düzenlenmiş tipe uygun bir hareket söz konusu değil iken, elverişsiz teşebbüste kanunda var olan tipik hareket somut olayın koşullarından dolayı işlenemez hale gelmiştir. Bu koşulların oluşumu, araç ya da hareketin elverişsizliğinden veyahut maddi konunun yokluğundan kaynaklanabilir. Kanaatimizce, her iki ceza hukuku kurumunun cezalandırılmamasının temelinde yatan ortak sebep tipiklikten ileri gelmektedir. Bu değerlendirme, kanunilik prensibi açısından önem arz etmektedir.

Hata ve elverişsiz teşebbüs kurumları arasında mukayese yapıldığında, elverişsiz teşebbüste de aslında bir yanlışlığın varlığından söz edebiliriz. Çünkü somut olayda fail kullandığı vasıtanın, icra ettiği fiilin elverişli olduğunu düşünmekte ya da işlemek istediği suçun maddi konusunun var olduğu zannıyla hareketine devam etmektedir. Söz konusu hata kurumu ile elverişsiz teşebbüs arasındaki ilişki ise daha çok Alman öğretisiyle gelişmiş ve elverişsiz teşebbüsün bu durumda ters tipiklik hatası adı altında değerlendirildiği görülmüştür.

Çalışmamızın ikinci bölümünde yer verdiğimiz elverişsiz teşebbüsün görünüm şekilleri incelemesinde vardığımız sonuç; Elverişsizliğin üç başlık altında incelenmesi gerektiğidir; Bunlar, icra edilen hareketin elverişsizliği, kullanılan aracın elverişsizliği ve suçun maddi konusundan kaynaklanan yokluk hallerinden ibarettir. Biz suçun

konusunu elverişsizlik olarak değil, yokluk olarak ifade etmenin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Aynı zamanda konudan kasıt, burada maddi konunun anlaşılması gerektiği düşüncesinde olduğumuz için, çalışmamızda da bu şekilde telaffuz ederek yer vermiş bulunuyoruz.

Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılma sorununa ilişkin teoriler incelendiğinde, öğretiyile birlikte geliştirilen mutlak ve nispi imkansızlık ayrımının bir değeri olduğunu ifade etmek gerekir. Bizce toplum yönünden tehlikeliliğini ortaya koymuş failin cezasız kalması toplumsal adalet anlayışıyla bağdaşmaz ve bu tehlikelilik halinin, Türk Ceza Hukuku bağlamında da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce mutlak elverişsizlik halinde, faile ceza yaptırımını uygulanmaması görüşünün yerinde olmasıyla birlikte, buna karşın nispi elverişsizlik halinde; failin hukuka aykırı tavrı, suç işleme niyeti ve toplumsal düzende yarattığı tehlikeliliği göz ardı edilmeyip cezai yaptırım ya da güvenlik tedbiri uygulanmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Bizce, kanun koyucunun konuya ilişkin böyle bir düzenlemeye yer vermemesi eksiklik oluşturmaktadır.

Nihayetinde, elverişsiz teşebbüs kurumu en çok tartışmalı olan kurumların başında gelmektedir. Türk Ceza Kanunu bu kurumu ayrıca düzenlememiştir. Aynı zamanda, teşebbüs maddesinde yer verilen “elverişlilik” şartının sağlanmamış olması sebebiyle , cezai bir yaptırım ya da güvenlik tedbiri öngörülmemiştir.

KAYNAKÇA

ACAR Hüseyin; Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu,1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

AKBULUT, İlhan;’’ İşlenemez Suç’’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 53,Sayı: 1-4,2011.

AKDAĞ, Hale;" Gönüllü Vazgeçme",Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt:3,Sayı:2, 2013.

ALACAKAPTAN, Uğur;" İşlenemez Suç" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sayı: 223 ,1967.

ALACAKAPTAN Uğur; Suçun Unsurları,2.Bası, Sevinç Matbaası Ankara, 1970.

ALAN, Ayşen; ‘’İşlenemez Suç’’ , Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, Aralık 2020.

ALTINORDU, Fazıl;" Hırsızlığa Teşebbüs Suçunda İcra Faaliyetlerinin Başlaması",Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,Cilt:0,Sayı:1, 2012.

APAYDIN, Cengiz;’’ Ceza Hukukunda Hukuki Hata’’ Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12 ,Sayı: 133, 2021.

ARABACI Murat; Gönüllü Vazgeçme, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Eskişehir, 2014.

ARTUK, Mehmet Emin; “Suçun Özel Görünüş Şekilleri”, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1989.

ARTUK, Mehmet Emin /GÖKÇEN ,Ahmet/ ALŞAHİN Mehmet, Emin/ ÇAKIR,Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

ARTUK, Mehmet Emin /GÖKÇEN ,Ahmet/ ALŞAHİN Mehmet, Emin/ ÇAKIR, Kerim;' 'Gerekçeli Ceza Kanunları",20.Baskı,Adalaet Yayınevi,Ankara,2019.

- AVCI, Mustafa;"Osmanlı Hukukunda Suça Teşebbüs" Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt: 8, Sayı:2, Aralık 2013.
- AYDIN,Devrim; Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1,2006.
- AYDIN, Murat;"İşlenemez Suç" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 21, Sayı: 1,(30. YIL ARMAĞANI),2013.
- BAKIM, Sevi;"İşlenemez Suç" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 20, Sayı: 1 ,Ocak 2021.
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin;"Vergi Kaçakçılık Suçlarına Teşebbüs", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 37 ,Ocak 2019.
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin / BOZDAĞ, Ahmet; Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi, MaliyeDergisi, Sayı 158, Ankara , 2010.
- BAYRAKTAR, Köksal ;"İşlenemez Suç" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,Cilt: 34,Sayı: 1-4, Temmuz 2011.
- BİRTEK, Fatih;"Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt: 58,Sayı: 2 ,2009.
- BONCUK, İsmail;" Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs",Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul, 2018.
- BOZ, Burak; Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü). Ankara, 2016.
- BOZDAĞ, Ahmet;"İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret" Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10,Sayı: 2 ,2020.
- BULUT, İlhan; İslam Ve Osmanli Ceza Hukukunda Hataen Öldürme Suçu,Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi,Sayı:1,2018.

BÜKEN,Kıvılcım,Ceren; Türk Ceza Hukukunda Kusurluluk, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.

CENTEL, Nur /ZAFER, Hamide / ÇAKMUT,Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş,10.Baskı,Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş,11.Bası,Beta Basım Yayım, İstanbul, 2020.

ÇİFTÇİ, Adem;"İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Vazgeçme / Attempt to Stop Crime in The Islamic Criminal Law." Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi Cilt: 19, Sayı: 1,2015.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel;"Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs", Fasikül Hukuk Dergisi Cilt: 7,Sayı: 67,Haziran 2015.

DARENDE, İhsan;"Yeni TCK'da Suç İşlemeye Teşebbüs" Leges Kamu Hukuku Dergisi,Sayı:1, 2013.

DEĞİRMENCİ, Olgun,Ceza Hukukunda Yanılma kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma,Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110,2014.

DEMİRBAŞ,Timur;Ceza Hukuku Genel Hükümler,13.Baskı,Seçkin Yayıncılık, Ankara,2018.

DEMİREL, Hakkı ;''Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata'', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12,Sayı: 3,1955.

DOĞAN Koray; ''Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası'',Prof.Dr.Feridun Yenisey'e Armağan,Cilt:I,Beta Yayıncılık,İstanbul 2014.

DÖNMEZER,Sulhi/ ERMAN, Sahir ; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt I,13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul,1997.

DÜLGER, Murat /Volkan , ÖZKAN/ Onur , BAKDUR, Merve ; "Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar;" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:45,Ocak 2021.

DÜLGER, Murat ,Volkan;’’ Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 24, Nisan 2014.

DÜLGER, Murat Volkan; “5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri- Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 5, 2005.

EPÖZDEMİR Rezan; "Gönüllü Vazgeçme",Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı:138,2018.

ERDOĞAN, Yavuz."Gönüllü Vazgeçme",Terazi Dergisi,Cilt: 5, Sayı: 13 ,2010.

EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler,1.Baskı,Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997.

EREM, Faruk/ DANIŞMAN,Ahmet/ ARTUK, Mehmet Emin; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.

ERMAN, Ragıp, Barış; Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.

ERRA, Carlo; “Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme” (Çev. Sahir Eрман), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFМ),Cilt: 10, Sayı: 3-4,1945.

GİYİK, Abdulbaki; ‘İşlenemez Suç’, Ceza Hukuku Dergisi,Cilt: 8,Sayı: 21,Nisan 2013.

GÖDEKLİ, Mehmet;"Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,Sayı: 29, Ocak 2017.

GÖKPINAR, Mahmut; "CEZA SORUMLULUĞUNUN TEMELİ: “KAST”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi,Sayı : 79, 2008.

GÖKTÜRK/Neslihan; Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 11. Baskı (Tıpkı Basım). US-A Yayıncılık ,Ankara,2018.

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020.

HÜSEYİNOĞLU, Emin; Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Hazırlık, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 2020.

HÜSEYİNOĞLU, Emin; "Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı", Ankara Barosu Dergisi Cilt: 76, Sayı: 1, 2018.

İBRAHİM, Merve, Ayşegül, Kulular; "Rıza, Üstün Nitelikle Özel ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007.

İÇEL, Kayıhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Beta Yayıncılık İstanbul, 2018.

İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy; "Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından "İşlenemez Suç" un Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 61, Sayı: 3, 2012.

İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

JESCHECHK, Hans Heinrich; Alman Ceza Hukukuna Giriş, (Çev: Prof. Dr. Feridun Yenisey), 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

KANGAL, Zeynel; "Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 17, Aralık 2011.

KARAGÜLMEZ, Ali; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Suça Teşebbüs Konusunun İncelenmesi, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 3-4, 2004.

KARAKURT, Ahi; "Türk Ceza Kanunu'nda Hata", Ceza Hukuku Dergisi, C:4, S:10, Ağustos 2009.

KAZAKER, Gözde. Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2019.

KAZAKER, Gözde; "Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı", Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi Cilt 9, Sayı: 1, Mart 2020.

KAZAKER, Gözde; "Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 14 ,Sayı: 39, 2019.

KEYMAN, Selahattin; "Tipiklik ve Ceza Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 1, 1980.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

KUNTER, Nurullah; Suçun maddi unsurları nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1954.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra; Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ÖZBEK, Veli, Özer; "Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7, 2019.

ÖZEN, Mustafa; "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1-2, 2009.

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ÖZGENÇ, İzzet / ÜZÜLMEZ, İlhan; Ceza Genel Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ÖZOCAK, Gürkan; İşlenemez Suç, Prof. Dr. Nevzat Torosluya Armağan, Cilt II, Ankara Üniversitesi Yayınları, No: 59, Ankara, 2015.

ÖZÖKAK, Gürkan; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 1.Baskı,Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

ÖZTÜRK, Bahri/Mustafa, Ruhan, ERDEM; Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,8.Baskı,Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

POLAT Nihat,Türk Ceza Hukukunda Yanılma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi , Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İsparta 2005,

SARIGÜL, Ali Tanju ; "Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ,Cilt:14, Sayı: 2 ,Ekim 2019.

SARIGÜL, Ali Tanju; Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt:23,Sayı:3,2020.

SOYASLAN,Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

SOYASLAN, Doğan; Teşebbüs Suçu, Kazancı Hukuk Yayınları,Ankara,1994.

SÖZÜER, Adem;"Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2013.

SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994.

ŞARE, Ersin;Türk Ceza Hukuku'nda Suça Teşebbüs, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 130 ,2017.

ŞENOL, Cem;" 5237 Sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14,Sayı: 149,Ocak 2019.

ŞENOL, Cem;"5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçu(TCK m.277)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt: 71, Sayı: 1,2013.

TANER, Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, 3. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1995.

TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU Haluk; Ceza Hukuku Genel Kısım, 22. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

TOZMAN, Önder; "Hazırlık Haraketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresinde Failin İçinde Bulunduğu Bazı Psşik Durumların Kast Teşkil Edip Etmediği Sorunu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, 2007.

TOZMAN, Önder; "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", TBB Dergisi, Sayı: 84, 2009.

TOZMAN, Önder; Suça Teşebbüs, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara, 2008.

TOZMAN, Önder; "Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 3, Sayı: 1, 2008.

TURABİ, Selami; "Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller," Türkiye Barolar Birliği Dergisi", Sayı: 101, 2012.

YAŞAR, Ercan/İBA, Hasan; "Teşebbüs Derecesine Ulaşmamış İcrai Davranışlarda Gönüllü Vazgeçme, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 45, Nisan 2021

YAŞAR, Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin /ARTUÇ; Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu. Cilt 1, Adalet Yayınevi Ankara, 2014.

YEĞRİM, Vakkas, Korhan; Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2018.

YERDELEN, Erdal; "Çifte Değerlendirme Yasağı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, 2012.

YILMAZ, Enes; "Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 65, Sayı: 4, 2016.

YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C: I, Manisa 1982.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://elibrary.medipol.edu.tr/>

www.dergipark.org.tr

www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr

www.acikerisim.istanbul.edu.tr

www.openaccess.iku.edu.tr

www.dosya.gsu.edu.tr

www.jurix.com.tr

www.blog.lexpera.com.tr

www.acikarsiv.ankara.edu.tr

www.yayin.taa.gov.tr

www.journals.istanbul.edu.tr

www.dspace.ankara.edu.tr

www.dergipark.gov.tr

www.ceza-bb.adalet.gov.tr

<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/>

www.seckin.com.tr

www.tbbyayinlari.barobirlik.org.tr

www.acikerisim.deu.edu.tr

www.dergiler.ankara.edu.tr

www.webftp.gazi.edu.tr

www.uyusmazlik.gov.tr

www.kayit.asoscongress.com

www.akademikbilgisistemi.com

www.ybu.edu.tr

www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080

www.arastirmax.com

www.app.trdizin.gov.tr

www.kararara.com

www.ankarabarusu.org.tr

<http://www.scribd.com/>

www.auzefkitap.istanbul.edu.tr

<http://www.researchgate.net/>

<http://www.sozluk.gov.tr/>

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>

<https://scholar.google.com/>

<https://www.tbmm.gov.tr/>

<https://www.anayasa.gov.tr/>