

TÜRK CEZA KANUNU'NDA ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KAVRAMI VE CEZALANDIRILABİLİRLİK SORUNU

Fatma AKYOL*

ÖZET : Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği, ceza kanunları ile açıkça suç olarak düzenlenmeyen hareketi nedeniyle fail cezalandırılmamaktadır. Bu bağlamda “elverişsiz hareketler” neticesinde oluşan elverişsiz teşebbüs kavramına ilişkin uygulamada cezalandırılabilirlik sorunları gündeme gelmektedir. Zira konu hakkında Türk Ceza Kanunu’nda açık bir hükme yer verilmediğinden, “teşebbüs”ün düzenlendiği hükümden yola çıkılarak “elverişsiz teşebbüs” kurumu anlamlandırılmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla geçmişten bugüne, elverişsiz teşebbüs kavramı doktrinde birçok tartışmaya ve çeşitli teorilerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu çalışmamızda elverişsiz teşebbüs kavramı açıklandıktan sonra, elverişsiz teşebbüsün temel koşulları ve hukuki değeri aktarılacak, benzer kavramlar ile karşılaştırması yapılacak, ardından görünüm şekilleri ve cezalandırılabilirlik sorunu doktrindeki görüşlerle birlikte aktarılmaya çalışılacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER : Elverişsiz Teşebbüs, Elverişsiz Teşebbüsün Görünüm Şekilleri, Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılabilirlik Sorunu.

ABSTRACT : In accordance with the principle of legality of crimes and punishments, the perpetrator cannot be punished because of her/his act that is not clearly regulated as a crime by criminal laws. In this context, punishability problems arise in practice regarding the concept of impossible attempt, which arises as a result of "unfavorable actions". Since there is no clear provision in the Turkish Penal Code on the subject, the institution of "impossible attempt" is tried to be interpreted based on the provision regulating the "attempt". Therefore, the concept of impossible attempt has caused many debates and various theories to be put forward in the doctrine from past to present. In this study, after the concept of impossible attempt is explained, the basic conditions and legal value of the impossible attempt will be explained, compared with similar concepts, and then the appearance forms and the punishability problem will be tried to be conveyed together with the views in the doctrine.

KEY WORDS : Impossible Attempts, Forms of Appearance of the Impossible Attempts, Punishability Problem of Impossible Attempts.

*Avukat, İzmir Barosu. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, av.fatmaakyol@gmail.com.

I.ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Elverişsiz Teşebbüs Kavramı

Doktrinde elverişsiz teşebbüs yerine elverişsiz kalkışma, işlenemez suç, işlenmez suç, mahal suç ve işlenemez suça teşebbüs gibi çeşitli terimler de kullanılmaktadır¹. Söz konusu terim farklılıklarına ilişkin doktrindeki genel değerlendirmeye göre; hareketlerin elverişsizliği ile gerçekleştirilen eylemlerin kastedilen suça teşebbüsü oluşturmadığı hallerde *elverişsiz teşebbüs*; suç konusunun bulunmaması nedeniyle tamamlanamayan suçlarda ise *işlenemez suç* teriminin kullanılması gerekir². Ancak hareketin elverişsizliğini esas alan elverişsiz teşebbüs teriminin kullanılmasının daha doğru ve anlaşılır olduğu kanaatindeyiz.

Elverişsiz teşebbüs, suçun konusunun bulunmadığı veya suçta kullanılan araçların elverişsizliğinin söz konusu olduğu durumlarda gündeme gelmekte ve bu nedenlerle failin işlemek istediği suçu tamamlaması mümkün olmamaktadır³.

Elverişsiz teşebbüs durumunda da suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir, ancak söz konusu teşebbüsün cezalandırılan bir husus olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur⁴.

B. Elverişsiz Teşebbüsün Temel Koşulları

1. Suç İşleme Kararının Varlığı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)⁵ 35. maddesine bakıldığında “*işlemeyi kastettiği suçu*” ibaresi ile teşebbüs hükümlerinin yalnızca kasten işlenebilen suçlarda uygulanabileceği ifade edilmiştir. Kast ise TCK'nın 21. maddesinde “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır.

¹ Akbulut, İlhan; “İşlenemez Suç”, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:53, Sayı:1-4, Ocak 1990, s. 139-143), s. 139; Kazaker, Gözde; Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, (Adalet Yayınevi), Ankara 2019, s. 23.

² Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2019, s. 429; Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2019, s. 510; Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2019, s. 523; Kazaker, s. 24.

³ Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2019, s. 457; Hakeri, s. 519; Kazaker, s. 25; Özocak, Gürkan; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2018, s. 133-135; Doğan, Koray; “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2014, s. 184.

⁴ Hakeri, s. 519. Teşebbüsün oluşmayacağı yönündeki görüş için bkz. “Eğer yapılan hareket neticeyi meydana getirmek bakımından elverişli değilse, artık ortada bir teşebbüs de bulunmayacağından yapılan hareketi esas alan (neticeyi meydana getirmek için) elverişsiz teşebbüs vardır.” Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 457.

⁵ 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (RG.12.10.2004 - 25611).

Elverişsiz teşebbüste de failin suç işleme kararının, dolayısıyla genel kastının bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁶. Ancak buradaki suç işleme kararının kasta uygunluğu tartışılabilir⁷. Zira suça teşebbüste olduğu gibi elverişsiz teşebbüsün de kendine özgü tipikliği bulunduğundan, failin kastın isteme unsuruna sahip olduğu ancak bilme unsuru bakımından yanılı içinde olduğu söylenebilir⁸.

Dolayısıyla elverişsiz teşebbüste fail, kanunda mevcut bir suç tipindeki neticeyi gerçekleştirmek istemekte, ancak failin mevcut iradesine ve istemesine rağmen gerçekleşmesi imkânsız olan neticeyi gerçekleştiremeyeceğinin farkında değildir⁹. Aksi halde, yani failin neticeyi meydana getirmeye elverişsiz olduğunu bildiği durumda, neticeyi gerçekleştirme kastı olmadığından, bu durumda elverişsiz teşebbüs söz konusu olmamaktadır¹⁰.

2. Elverişsiz Hareketlerle Suç İşleme Kararının İcrasına Başlanmış Olunması

a) Elverişsizlik Kavramı

Elverişsizlik, bir hukuki yarar ihlaline yönelmiş olmakla birlikte, suç teşkil edecek fiili yaratma gücü taşımayan hareketin söz konusu olduğu durumda veya tipikliğin unsurlarını meydana getirebilme gücüne sahip olmayan bir hareketin varlığı durumunda söz konusu olmaktadır¹¹. Bir diğer anlatımla, elverişsizlik, suç konusunun bulunmaması veya suçta kullanılan araçların elverişsizliği durumlarını ifade etmektedir.

Teşebbüsü düzenleyen TCK'nın 35. maddesinde elverişli hareketin belirlenmesine ilişkin açık bir hüküm yer almamakla birlikte, madde gerekçesinde belirtildiği gibi, “... 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”.

Gerekçeden de anlaşılacağı üzere elverişlilik değerlendirmesi fiil bakımından yapılmalıdır. Bir fiilin icrasında kullanılan araç fiile elverişsizlik karakterini kazandırabilir

⁶ Kazaker, s. 209.

⁷ Doğan, s. 187.

⁸ Doğan, s. 185.

⁹ Özbek /Doğan /Bacaksız, s. 457; Hakeri, s. 520; Doğan, s. 188.

¹⁰ Hakeri, s. 520.

¹¹ Kazaker, s. 216.

ancak elverişliliğin belirlenmesinde yalnızca o araç göz önünde bulundurulmaz¹². Bir fiilin kanuni tariftaki neticenin meydana gelmesi açısından elverişli olup olmadığının tespitinde, bu fiilin gerçekleştiği şartlar, aracın kullanım şekli, kime veya neye karşı kullanıldığı araştırılarak somut olay göz önünde bulundurulmalıdır¹³. Örneğin, bir ayakkabı öldürme suçu bakımından elverişli bir araç kabul edilmezken, sivri topuklu bir ayakkabının topuğuyla mağdurun kafasına sert bir şekilde vurulmasında, somut olay açısından değerlendirildiğinde bu ayakkabı kasten öldürme suçunda elverişlilik kazanmaktadır¹⁴.

Ayrıca failin sahip olduğu özel bilgi, elverişliliğin belirlenmesi açısından dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, örneğin hemofili hastası olduğunu bildiği halde basit yaralama eyleminin gerçekleşmesi, ölüm neticesini oluşturmak açısından elverişli hareket olarak kabul edilmektedir¹⁵.

Nitekim elverişsiz teşebbüs koşullarının oluşabilmesi için, suç işleme kararının varlığı ile birlikte bu karar doğrultusunda elverişsiz hareketlerle suçun icrasına başlanmış olunması gerekmektedir.

b) Mutlak ve Nisbi Elverişsizlik Ayrımı

Mutlak elverişsizlik, hareketin yapısı itibariyle suçun tamamlanmasını sağlayamayacağı ve failin bu hareketi ile amaçlanan suçu hiçbir koşulda gerçekleştiremeyeceği tehlikesiz sayılan durumlarda söz konusudur¹⁶. Nisbi elverişsizlikte ise failin hareketi planı dahilinde tehlike arz etmemesine karşın, başka koşullar altında tehlikeli olabilmektedir¹⁷.

¹² Özgenç, s. 508; Doğan, s. 192.

¹³ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 476; “Fail tarafından kullanılan vasıtanın, (neticeyi gerçekleştirmeye) kesin olarak elverişli bulunması gerekir. Vasıtanın elverişli olup olmadığının tespit için işlenmek istenen suç, suçun işlendiği yer ve zaman, mağdurun durumu ve tüm koşullar nazara alınmalıdır.” YCGK, 4.6.1990, 5-101/156; Özgenç, s. 509.

¹⁴ Özgenç, s. 509.

¹⁵ Özgenç, s. 509.

¹⁶ Koç, Coşkun; “Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:32, Sayı:147, Mart 2020, s. 49-73), s. 57; “Örneğin, bir insanı öldürmek için arsenik zehri yerine şeker konulması durumu böyledir.” Kazaker, s. 217.

¹⁷ “Örneğin, çelik yelek giymiş kişiye ateş edilmesi veya ateş edilme anında silahın tutukluluk yapması durumları böyledir.”, Kazaker, s. 217.

18. ve 19. yüzyıl ceza hukukçuları tarafından savunulan bu teoriye göre; mutlak elverişsizlik durumlarının cezasız bırakılması; nisbi elverişsizlik durumlarının ise cezalandırılması gerekmektedir¹⁸.

C. Elverişsiz Teşebbüsün Hukuki Niteliği ve Suç Genel Teorisindeki Yeri

Doktrinde, elverişsiz teşebbüsün hukuki niteliğine ve suç genel teorisindeki yerine ilişkin birçok görüş ileri sürülmüştür. Elverişsiz teşebbüsün mefruz suçla ilişkisi bakımından; bazı yazarlar, elverişsiz teşebbüs ile mefruz suç arasında herhangi bir bağıllık ilişkisi olmadığını, elverişsiz teşebbüsün mefruz suçtan tamamen bağımsız bir varlığa sahip olduğunu savunmuşlardır. Bazı yazarlar ise, elverişsiz teşebbüsün bağımsız bir varlığa sahip olmayıp, mefruz suçun bir türünden ibaret olduğunu savunmuşlardır¹⁹.

Kanaatimizce her ne kadar ortak tarafları varsa da, elverişsiz teşebbüs mefruz suçtan bağımsız niteliktedir. Zira mefruz suçta fail ceza kanununda düzenlenmeyen bir fiilin suç olduğu yanılışıyla hareket etmekte iken; elverişsiz teşebbüste fail gerçekleştirdiği eylemin kanunda suç olarak düzenlendiğinin bilincindedir ancak elverişsiz hareketler nedeniyle neticeyi meydana getirememektedir. Dolayısıyla iki kavram da birbirinden farklıdır.

Bununla birlikte elverişsiz teşebbüsün; teşebbüsün olumsuz bir şekli olduğu, teşebbüsün özel bir görünüm şekli olduğu, teşebbüsün dar sınırları içerisinde değil de tipiklik unsuruna olan etkisi bakımından ele alınması gerektiği, kanuni unsurun olumsuz bir şekli olduğu, suç ve cezayı ortadan kaldıran bir sebep olduğu, kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğu görüşlerini ileri süren yazarlar da mevcuttur²⁰.

Teşebbüsün olumsuz bir şekli olduğunu savunan görüşe göre, elverişsiz teşebbüs ile teşebbüs kavramlarının yakın ilişkisinden dolayı her iki kavramın birlikte değerlendirilmesi gerektiği savunulur. Nitekim teşebbüs elverişlilik kavramı ile tamamlandığından, elverişsiz teşebbüsün bunun bir olumsuz şekli olduğu savunulur²¹. Teşebbüsün özel bir görünüm şekli olduğu görüşü ise elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilir özelliğe sahip olan Alman ceza hukuku açısından önem taşır²².

¹⁸ Kazaker, s. 217; Dönmez, Ömer; “Suça Teşebbüs ve Yargıtay Uygulaması”, (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, Haziran 2016, s. 165-211), s. 192.

¹⁹ İleri sürülen görüşler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özocak, s. 133-134.

²⁰ Kazaker, s. 84; Özocak, s. 135.

²¹ Kazaker, s. 84; Özocak, s. 135.

²² Kazaker, s. 85.

Kanuni unsurun olumsuz bir şekli olduğu görüşüne göre ise; elverişsiz teşebbüs, kanuni tanıma uygun olan bir hareketin bulunmadığı ve böyle bir hareketin icrasının da imkânsız olduğu bir durum olarak ifade edilmekte ve dolayısıyla kanuni unsur ile ilişkilendirilmektedir. Suçun konusunun yokluğu durumunda kanuni tanıma uygun bir fiilin işlenmesi imkânsız olduğundan kanuni unsur içerisinde yer alması gerektiği savunulur. Bununla birlikte hareketin elverişsizliği yönünden elverişsiz teşebbüs, maddi unsur kapsamında, onun olumsuz şekli olarak da değerlendirilmektedir²³. Nitekim bu görüş uyarınca elverişsiz teşebbüs konusu tipiklik unsuru ile bağlantılı olarak ele alınmış olmaktadır²⁴.

Aynı zamanda suçu ve cezayı ortadan kaldıran sebepler içerisinde yer aldığını savunan görüşler de vardır. Kanunda suç oluşturan eylemlerde bulunulduğunda suç ve cezayı ortadan kaldıran sebepler mevcut ise fiil suç olmaktan çıkar ve hukuka uygun hale gelir. Ancak elverişsiz teşebbüste, hareketlerin elverişsizliği nedenleriyle suçun tamamlanamaması söz konusu olduğundan bu görüş isabetsizdir.

Tüm bu görüşlerden yola çıkıldığında elverişsiz teşebbüsün, tipiklik konusu içerisinde değerlendirilmesi ve tipik fiilin oluşumunu engelleyen bir durum olarak ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira elverişsiz hareketler veya suçun konusunun bulunmaması durumlarında kanunda öngörülen tipik fiil hiçbir zaman meydana gelemeyecektir ve yasal zorunluluk nedeniyle fail cezalandırılmayacaktır.

D. Elverişsiz Teşebbüs Kavramının Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

1. Elverişsiz Teşebbüs ile Teşebbüs Kavramı

Elverişsiz teşebbüs kavramını daha iyi anlayabilmek için teşebbüs kavramı ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle öncelikle teşebbüs kavramına yer verilecek, sonrasında iki kurum karşılaştırılacaktır.

a) Genel Olarak Teşebbüs Kavramı

Nitekim her kasıtlı suç birden fazla aşamalardan geçerek işlenir ve tamamlanır. Suç işlenişi bakımından ele alındığında birdenbire ortaya çıkmamakta, zaman içinde, birbirini izleyen evrelerden geçerek ortaya çıkmaktadır²⁵. Suçun bir süreç içerisinde işlenmesine suç

²³ Kazaker, s. 86.

²⁴ Kazaker, s. 87.

²⁵ Hakeri, s. 516.

yolu (*iter criminis*) denilmektedir²⁶. Doktrinde de suç; hazırlık hareketleri, icra hareketleri, netice ile suçun tamamlanması evrelerine ayrılmaktadır²⁷. Teşebbüs ise, suçun icraya başlanmasıyla tamamlanması arasında söz konusu olmaktadır²⁸.

Suçta teşebbüs, bir suçun icrasına elverişli hareket ile başladıktan sonra, failin elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerinin veya neticenin tamamlanamaması şeklinde tanımlanabilir²⁹. 5237 s. TCK'nın 35. maddesinde ise bu kavram; “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması*” şeklinde ifade edilmiştir.

Zira suçta teşebbüsten bahsedebilmek için kastedilen suçun icrasına “*elverişli hareketlerle*” doğrudan doğruya başlanması gerekmektedir³⁰. Bu nedenle, icrasına başlanılan fiilin, kanunda suçun unsuru olarak yer alan neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olması gerekmektedir³¹.

Hareketin elverişliliği, araç ve konu bakımından elverişliliğe bağlıdır. Zira hareket araç ve konu bakımından elverişli ise hareketin de elverişli olduğu kabul edilir. Örneğin kasten öldürme suçu bakımından öldürülmek istenen insanın yaşıyor olması ve kullanıma hazır tabancanın varlığı araç ve konu bakımından elverişliliği ortaya koymaktadır³².

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, suç tipinde yer alan neticenin gerçekleşmesi ile işlenen suç cezalandırılır. Ancak, suçun teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle, suç tipinde yer alan bu neticenin gerçekleşmemesi halinde de toplumsal barış bozulduğu için, teşebbüs aşamasında kalmış olan eylemlerin de cezalandırılması yoluna gidilmiştir³³. Kanunda hüküm altına alınan bu durum; biri tamamlanamamış suça, diğeri ise teşebbüse ilişkin hüküm olmak üzere iki normun bir araya gelmesiyle uygulanabilen suçun özel bir görünüş biçimi kabul edilmektedir³⁴.

²⁶ Özgenç, s. 465; Koca/Üzülmez, s. 412; Şare, Ersin; “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:30, Sayı:130, Mayıs 2017, s. 119-156), s. 121.

²⁷ Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2019, s. 462; Hakeri, s. 480.

²⁸ Koca/Üzülmez, s. 413; Hakeri, s. 481.

²⁹ Demirbaş, s. 462.

³⁰ Koca/Üzülmez, s. 426.

³¹ Özgenç, s. 508.

³² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 448.

³³ Demirbaş, s. 464.

³⁴ Koca/Üzülmez, s. 414; Demirbaş, s. 464; Özgenç, s. 496.

b) Elverişsiz Teşebbüs ile Teşebbüs Kavramının Karşılaştırılması

Teşebbüs, ceza hukukunun müdahalesinin başlangıç noktasını belirlemektedir. Hareketlerin elverişsizliği ise işlenmesi kastedilen suçun icrasına başlanılmış sayılmasını engellemektedir³⁵. İşte gerçekleştirilen hareketlerin teşebbüsü oluşturmadığını belirtmek amacıyla bu hal elverişsiz teşebbüs olarak adlandırılmaktadır. Nitekim elverişsiz teşebbüs, teşebbüsün koşullarından olan “hareketin elverişliliği” unsurunun, diğer bir deyişle araç ve konu bakımından elverişlilik unsurunun yokluğundan kaynaklanmaktadır.

Teşebbüs ile elverişsiz teşebbüsün ortak noktası, neticenin gerçekleşmemesi ve suçun tamamlanamamasıdır. Zira her ikisinde de suç, failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamadığından, her iki kurum da, tamamlanmış suça göre objektif tipiklik bakımından eksiklik göstermektedir³⁶.

Buna karşılık teşebbüs ile elverişsiz teşebbüs kavramlarının farkı ise; suçun tamamlanamama nedenlerinin farklılıklar içermesidir. Zira normal teşebbüste, suçun başlangıcında elverişli hareketler ile neticenin gerçekleşmesi tamamen mümkün olup, fail, elinde olmayan nedenlerle neticeyi gerçekleştirememektedir. Ancak elverişsiz teşebbüste, fail seçtiği suç konusu üzerinde ve kullandığı araçlarla hareketinin başarıya ulaşacağına inanmasına rağmen, elverişsizlik sebebiyle neticeye ulaşamamaktadır³⁷.

Her iki halde de sonuç gerçekleşmemesine rağmen, elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlanması durumunda gerçekleşen suça teşebbüs dolayısıyla cezalandırılabilir bir fiil söz konusu olurken; fail tarafından kullanılan araçların veya gerçekleştirilen hareketlerin elverişsiz olması veya icrasına başlanan suçun maddi konusunun bulunmaması durumunda ise cezalandırılabilir bir fiilden söz edilemeyeceği için faile ceza vermek olanaksız kabul edilmektedir³⁸.

Ayrıca teşebbüs ile elverişsiz teşebbüs suçla korunan hukuki değer bakımından da ayrılmaktadır. Nitekim elverişsiz teşebbüste ortaya çıkabilecek tehlike soyut bir tehlike iken; normal teşebbüs durumunda somut bir ihlal tehlikesi söz konusudur³⁹.

³⁵ Koca/Üzülmez, s. 429.

³⁶ Kazaker, s. 32.

³⁷ Kazaker, s. 32-33.

³⁸ Özocak, s. 132-133.

³⁹ Kazaker, s. 33.

2. Mefruz Suç ile Karşılaştırılması

Elverişsiz teşebbüs ile mefruz (sözde, hayali) suç farklı anlamlara sahiptir. Mefruz suçta fail, kanuni tanımın tamamında yanılır; zira gerçekleştirmeyi düşündüğü eylem, kanunda suç olarak tanımlanmamıştır⁴⁰. Bir başka ifadeyle fail, kanunda böyle bir suç olmamasına rağmen, olduğunu ve elverişli hareketlerle suçu işlediğini zannetmektedir⁴¹. Evli bir erkeğin, reşit bir kadınla cinsel ilişkiye girmesi ve bunun kanunda suç olarak düzenlendiğini sanması⁴² ya da failin zinanın suç olduğunu düşünerek evli birisiyle cinsel ilişkiye girmesi⁴³ mefruz suçta örnektir. Elverişsiz teşebbüste ise fiil kanunda suç olarak düzenlenmiştir; ancak, araç elverişsizdir ya da konu bulunmamaktadır⁴⁴. Örneğin, failin bir el yapımı sigarayla uyuşturucu madde zannederek içmesi ancak bu sigaranın uyuşturucu veya uyarıcı madde niteliğinde kabul edilmemesi elverişsiz teşebbüs hali sayılmaktadır⁴⁵.

Mefruz suçta istenilen netice, kanun ile gerçek bir çatışma içerisinde değildir, hayali bir çatışma söz konusudur. Elverişsiz teşebbüste ise, failin iradesi, ilgili ceza kanunu hükmüyle tam bir çatışma içerisinde; ancak bu çatışma, konu yokluğu veya aracın elverişsizliği nedenleriyle fiilen gerçekleşmemektedir⁴⁶.

Her iki durumda da ortaya konulan sonuç bakımından suçun konusu somut bir tehlikeye düşürülmüş değildir⁴⁷. Ancak elverişsiz teşebbüste, fail, hukuk düzeni tarafından cezalandırılan bir neticeyi gerçekleştirmek isteyip bunu yapamazken ve toplumsal tehlike oluşmasına sebep olurken; mefruz suç faili, kanunda düzenlenmemiş cezasız bir davranışı yanılığa düşerek cezalandırılabilir zannettiğinden toplumsal tehlikeden söz edilemeyecektir⁴⁸. Nitekim elverişsiz teşebbüsün temelinde bir algılama hatası varken, mefruz suçun temelinde ise hukuki bir yorum ya da değerlendirme hatası vardır⁴⁹.

⁴⁰ Doğan, s. 186.

⁴¹ Demirbaş, s. 220; Doğan, s. 186; Giyik, Abdulkaki; “İşlenemez Suç”, (Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı:21, Nisan 2013, s. 181-195), s. 183.

⁴² Aydın, Murat; “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:21, Sayı:1, 2013, s. 77-104.) s. 97.

⁴³ Yıldız, Mehmet Emre; İzmir Barosu Dergisi, Y.73, Sayı:2, Nisan 2009, s. 243.

⁴⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 457.

⁴⁵ Doğan, s. 186.

⁴⁶ Alacakaptan, Uğur; İşlenemez Suç, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları), Ankara 1968, s. 9-10.

⁴⁷ Kazaker, s. 38-39.

⁴⁸ Kazaker, s. 39; Giyik, s. 181.

⁴⁹ Kazaker, s. 39.

TCK'da mefruz suça ilişkin bir düzenleme de yoktur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince hem mefruz suçun hem de elverişsiz teşebbüsün cezasızlığı kabul edilmelidir.

3. Hata ile Karşılaştırılması

Hata, genel olarak, kişinin tasavvuru, zihninden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymaması anlamına gelen, bilmemek veya yanlış bilmek şeklinde iki farklı görünüme sahip olan kavramı ifade etmektedir⁵⁰. TCK'nın 30/1. maddesinde bu kavram, “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Elverişsiz teşebbüste ise fail bir yanlışlığa düştüğünden; suçta kullandığı aracın ve suç konusunun elverişsiz olduğu halde, bunu bilmeyerek istediği neticeyi gerçekleştirebileceği zannı ile hareket etmektedir.

Bir diğer ifadeyle, tipiklik hatasında fail, objektif olarak mevcut olan durumları bilmemesine karşın; elverişsiz teşebbüste, hareketlerin suç tipinin gerçekleşmesine elverişli olmadığı halde, fail öyleymiş gibi durumu tasavvur etmektedir⁵¹. Bu nedenle elverişsiz teşebbüs *ters tipiklik hatası* olarak da kabul edilmektedir⁵².

Hata ile elverişsiz teşebbüsün ortak noktası, gerçekleştirilmek istenen eylemin normal şartlarda suç oluşturmamasıdır⁵³. Ancak farklı olarak suçun unsurlarında hata hallerinde ortada cezalandırılabilir, kanuni tanımında yer alan maddi unsurları gerçekleşmiş bir suç vardır; ancak failin hareketi bu unsurları bilmeden gerçekleştiği için (av hayvanı zannettiği mağduru öldüren failin durumunda olduğu gibi) kastının olmadığı kabul edilmektedir⁵⁴.

Örneğin, başkasının zannederek kendi eşyasını alan ya da kendi eşyası zannederek başkasının eşyasını alan fail bakımından; ilk halde *elverişsiz teşebbüs* söz konusudur⁵⁵ ve bu halde eylem tipik olmadığından faili cezalandırma yoluna gidilemeyecektir; ikinci halde ise failin iradesine üstünlük tanınmalı ve fail suç işleme kastı olmadığından hatasından

⁵⁰ Koca/Üzülmmez, s. 251.

⁵¹ Kazaker, s. 35; Doğan, s. 197.

⁵² Koca/Üzülmmez, s. 248; Doğan, s. 220; Ozansü, Mehmet Cemil; Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara 2006, s. 388; Erman, Ragıp Barış; “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 103.

⁵³ Giyik, s. 184.

⁵⁴ Doğan, s. 197.

⁵⁵ Aksi görüş için bkz. “Başkasının zannederek kendi malını alan kişinin gerçekleştirdiği eylemde; kastın ve suç işleme kararının olduğu açıktır. Ancak suç tipinde yer alan “başkasına ait olma” koşulu ve “yarar sağlama maksadı” olan subjektif koşul yoktur ve dolayısıyla elverişsiz teşebbüs bu olayda oluşmamıştır.” Kazaker, s. 211.

yararlandırılmalıdır⁵⁶. Zira burada suçun maddi unsurunda hata olduğundan ve hırsızlık suçunun taksirli şekline kanunda yer verilmediğinden fail cezalandırılmamaktadır⁵⁷.

II.ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

A. Suçun Konusundan Kaynaklanan Elverişsizlik

Suçun konusu, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği somut, maddi şeydir⁵⁸. Yargıtay'ın da birçok kararında belirttiği gibi, suçun konusunun mevcut olup olmadığının tespiti için somut olayın şartları göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁹. Suç, ilgili suçun maddi konusu üzerinde hiçbir şekilde gerçekleştirilemeyecekse, suçun maddi konusunun elverişsizliğinden söz edilir⁶⁰.

Doktrinde suçun maddi konusunun elverişsizliğinde ikili ayrıma gidilmektedir. Birincisi, suçun maddi konusunun yokluğudur⁶¹; ikincisi ise, aslında bir suç konusu mevcuttur ancak niteliği gereği suçun maddi konusu olmaya elverişli değildir⁶². Mutlak ve nisbi olarak adlandırılan bu ayrımın gerekliliği doktrinde tartışmalıdır⁶³. Örnek vermek gerekirse;

⁵⁶ Özgenç, s. 476; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 419; Giyik, s. 184.

⁵⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 419.

⁵⁸ “Örneğin kasten öldürme suçunda suçun maddi konusu yaşayan insandır”, Kazaker, s. 225; Giyik, s. 188. Suçun maddi konusu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Koç, s. 52-55.

⁵⁹ Özgenç, s. 511; Aksi görüş için bkz. “Suçun maddi konusu hareketin elverişsizliğinden farklı olarak, her olayın somut koşullarına göre farklılık göstermez. Bunun sebebi de maddi konunun suç tipinde tanımlanmış olmasındandır.”, Koç, s. 56; “Sanıkların hırsızlık yapmak için girdikleri müstakilere ait evde çalacak vasıf ve değerde eşya ya da para bulamadıkları için bir şey almadan olay yerinden ayrıldıkları iki eylemde; hırsızlık suçunun icra hareketine başlandığı, ancak tamamlanmadığı anlaşıldığından, anılan suçların teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülmeyen yazılı şekilde uygulama yapılması”, Y.13.CD, E. 2016/6126, K. 2018/2104, (www.kazanci.com.tr, e.t. 19.12.2020), Aksi görüş için bkz. “Örneğin, failin hırsızlık amacıyla girdiği evden alacak bir şey bulamaması durumunda, faili sadece konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir”, Özgenç, s. 511; “Suça sürüklenen çocuk ...'ın şikayetçiye ait işyerinden yalnızca, sahte olması münasebetiyle ekonomik değeri bulunmayan 200 TL parayı çaldığı hususu sübuta ermiş ise de, "Yeni Türk Ceza Adalet Sistemi"nde elverişsiz teşebbüsü cezalandırmanın mümkün olmadığı, suç konusunun yokluğu sebebiyle işlenemez bir suçun söz konusu olduğu, sabit kabul edilen failin kanunda suç olarak tanımlanmadığının anlaşılması karşısında, CMK'nın 223/2-a maddesi hükmü uyarınca suça sürüklenen çocuk ...'ın hırsızlığa teşebbüsten beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi”, Y.13.CD, T.22.5.2017, E.2015/17287, K. 2017/5738, (www.kazanci.com.tr, e.t. 19.12.2020).

⁶⁰ Kazaker, s. 226.

⁶¹ “Örneğin, failin, yaşı küçük zannettiği bir genç ile cinsel ilişkiye girmek amacıyla hareketlerde bulunduğu ve yaşı küçük zannettiği kişinin yetişkin bir polis memuru çıktığı olayda, suç konusunun mutlak imkânsızlığından cinsel istismar suçuna teşebbüs oluşmayacaktır”, Hakeri, s. 523; “Örneğin, çocuk düşürme suçunda mağdurun gebe olmaması”, Kazaker, s. 227.

⁶² “Örneğin, ölmüş bir kişiyi öldürme kastı ile bıçaklamak veya insan sandığı cansız vitrin mankenine ateş etmek”, Kazaker, s. 227.

⁶³ “Bu nedenle suç konusunun yokluğu açısından mutlak ve nisbi ayrımının yapılması doğru değildir”, Özgenç, s. 511; Giyik, s. 189.

öldürölmek istenen bir kişinin zaten ölmüş olduğu durumda mutlak yokluk; çalınacak eşyanın yerinde olmaması durumunda nisbi yokluk söz konusudur.⁶⁴

Ayrıca doktrinde *hareketten önceki yokluk* ve *hareketten sonraki yokluk* olarak da ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bu görüşe göre, suçun konusunun hareketten önce mevcut olmaması halinde elverişsiz teşebbüs; hareketten sonra mevcut olmaması halinde ise teşebbüs söz konusu olur⁶⁵.

Belirtelim ki suçun konusunun yokluğuyla ilgili olarak failin gerçekleştirdiği hareketin bağımsız bir suç oluşturup oluşturmadığı da ayrıca önem arz etmektedir⁶⁶. Örnek olarak; mağdurun yatağında uyuduğunu zanneden failin silahıyla yatağa doğru ateş etmesi olayında, suç konusunun yokluğu sebebiyle fail, kasten öldürme suçundan cezalandırılmayacak ancak ateşli silah bulundurma suçundan dolayı cezalandırılabilir⁶⁷.

B. Suçta Kullanılan Araçlardan Kaynaklanan Elverişsizlik

Suçta kullanılan araç (vasıta), suçun işlenmesi için uygun ve elverişli değilse elverişsiz teşebbüs söz konusu olmaktadır. Örneğin, failin arsenik zannederek şekeri mağdurun çayına katması veya failin mermi yüklü zannettiği ancak aslında boş bir tabanca ile mağdura öldürme kastıyla ateş etmeye çalışması durumlarında, suçta kullanılan araçlarda elverişsizlik söz konusudur⁶⁸.

Ancak belirtelim ki, vasıtanın belirli suçlar bakımından elverişli olup ancak yetersiz olması failin sorumluluğu yönünden önem arz etmemektedir⁶⁹. Çünkü burada fail suç işleme kastıyla elverişli bir harekette bulunmaktadır. Örneğin, mağdurun bünyesinin sağlamlığı nedeniyle zehirin onu öldürmemesi halinde failin sorumluluğu devam etmektedir⁷⁰.

Ayrıca, sonucun oluşması için yetersiz olduğundan cezalandırılabilir kabul edilen bir hareketin aynı zamanda elverişsiz sayılması veya bu durumun tam tersi de mümkün olabilmektedir. Örneğin, bir tüfeğin uzak mesafedeki bir kişiyi öldürmek için kullanılması

⁶⁴ Giyik, s. 189.

⁶⁵ Giyik, s. 189; Koç, s. 58.

⁶⁶ Özgenç, s. 511.

⁶⁷ Özgenç, s. 511; Hakeri, s. 523.

⁶⁸ Kazaker, s. 228.

⁶⁹ Demirbaş, s. 468; Hakeri, s. 523.

⁷⁰ Demirbaş, s. 468. Yargıtay eski tarihli bir kararında zehir miktarının az olmasını nisbi imkansızlık olması nedeniyle teşebbüsün oluştuğuna, zehir yerine mutlak elverişsiz bir araç kullanılması halinde ise cezalandırılmayan elverişsiz teşebbüs oluşacağına karar vermiştir, Y.1.CD, 21.12.1987-6-446/620, Centel/Zafer/Çakmut, s. 477.

durumunda araç yetersiz ve elverişsiz sayılmaktadır⁷¹; buna karşılık, normal şartlarda insan öldürmede elverişsiz kabul edilen bir kürdanın yeni doğmuş bebeğin başına batırılmasında elverişli araç olarak kabul edilmektedir⁷².

Bu nedenle doktrinde suçta kullanılan aracın elverişsizliğinin mutlak olmadığı, nisbi olduğu savunulmaktadır⁷³. Örneğin, tüfeğin insan öldürmede kullanılmasında mutlak elverişsizlik söz konusu değildir. Zira günlük hayat tecrübelerine göre, barutun daha güçlü ve etkili olması gibi nedenlerle öldürücü etkiye sahip olabileceğinden, söz konusu aracın elverişli kabul edilmesi gerekmektedir⁷⁴.

Nitekim suçta kullanılan aracın elverişli olup olmadığı konusunda somut olayın koşullarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bakımdan, suçun işlenme zamanı, işlenmek istenen suçun niteliği, mağdur ve failin durumları gibi şartlar dikkate alınmalıdır⁷⁵. Örneğin, mekanizması arızalı bir tabanca veya boş bir tüfek kasten öldürme suçu bakımından elverişli sayılmazken⁷⁶, kasten yaralama veya tehdit suçları bakımından elverişli bir araç sayılacaktır⁷⁷.

Ayrıca somut olayda suç konusunun elverişsizliği ile birlikte suçta kullanılan aracın elverişsizliği söz konusu olabilmektedir. Örneğin, sahte bir doktorun, gebe olduğunu zannettiği kadının üzerinde, tamamen elverişsiz bir iğneyle çocuk düşürtme neticesini meydana getirmek istediği olayda; kadının gebe olmaması suçun konusunun elverişsizliğini, çocuğun düşmesine sebep olmayan iğnenin kullanılması aracın elverişsizliğini ifade etmektedir⁷⁸.

⁷¹ “Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın etkili mesafeden ateş etmesi suretiyle mağduru basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaraladığı, *ancak saçmaların etkisi elverişsiz olması sebebiyle hayati tehlikeye neden olmaması*, ciddi engel sebep bulunmaması, meydana gelen yaranın niteliği dikkate alındığında sanığın eylemi ile ortaya çıkan kastının yaralamaya yönelik olduğu ve *kasten yaralama suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden* suç vasfında yanılğı ile yazılı şekilde kasten nitelikli öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması,” ; Y.1.CD, T. 26.4.2017, E. 2016/4524, K. 2017/1437, (www.kazanci.com.tr, e.t. 19.12.2020).

⁷² Demirbaş, s. 468.

⁷³ Demirbaş, s. 469; Giyik, s. 185, Şare, s. 130

⁷⁴ Demirbaş, s. 469; Y.1.CD, T. 18.5.1992, 665/1194, Aldemir, Hüsnü; Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi, (Adalet Yayınevi), 2019, s. 615.

⁷⁵ Demirbaş, s. 468.

⁷⁶ Demirbaş, s. 468; Aydın, Devrim; “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:55, Sayı:1, Haziran 2006, s. 85-113), s. 100.

⁷⁷ Demirbaş, s. 468; Aldemir, s. 615.

⁷⁸ Kazaker, s. 229.

C. Failden Kaynaklanan Elverişsizlik

Filden kaynaklanan elverişsizlik, doktrinde pek fazla değinilmeyen konulardandır. Ancak fail de tipikliğe dahil olan suçun maddi unsurlarından sayıldığından failin kimliğine ilişkin hususlar da elverişsiz teşebbüse neden olabilmektedir⁷⁹.

Failden kaynaklanan elverişsizlik halleri temelde üç ayrımla incelenebilir: İlk durum, belirli bir suç tipindeki fail kavramının yanlış hukuki yorum ile genişletilmesi; ikinci durum, suçun konusunun elverişsizliğinden kaynaklanan failin elverişsizliği; üçüncü durum ise bu iki gruba da dahil olmayan failin elverişsizliği halleridir⁸⁰. İlk durumda ters bir niteleme hatası olduğundan mefruz suç söz konusudur. İkinci durum ise sadece suç konusunun elverişsizliğin bir sonucu olarak failin elverişsizliği söz konusu olduğundan, bu durum elverişsiz teşebbüsü ifade etmektedir. Kendini gebe sanan bir kadının, kendi üzerinde çocuk düşürmeye yönelik hareketlerde bulunması bu duruma örnektir. Burada gebe olmayan failin elverişsizliği, suçun elverişsiz bir konusunun bulunmamasından (ana rahminde ceninin bulunmamasından) kaynaklanmaktadır⁸¹.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda da, baştan itibaren fail bakımından garantörlük olmamasına rağmen, failin olduğunu kabul etmesi halinde elverişsiz teşebbüs söz konusu olmaktadır⁸². Örneğin, suda çırpınan komşusunu husumetli olduğu eşi zannederek, ölmesi için yardım etmemesi halinde fail garantör olmadığı için sorumlu tutulamayacaktır⁸³. Ancak annenin, çocuğunu öldürmek için emzirmediği ve bunu bilen komşusunun gizli olarak mama verdiği örnekte annenin sorumluluğu tartışmalıdır⁸⁴. Kanaatimizce komşunun devam eden eylemi sayesinde bebeğin ölmesi neticesi gerçekleşemeyecekse de, annenin eylemi çocuğun ölümü bakımından elverişli nitelikte olduğundan, annenin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir.

Özgü suçlar bakımından da fail sadece asker kişilerin işleyebileceği firar, izin tecavüzü gibi suçlar bakımından sivil kişi veya askerliğe elverişsiz olan kişinin fiili elverişsiz teşebbüs sayılmaktadır⁸⁵.

⁷⁹ Doğan, s. 195.

⁸⁰ Kazaker, s. 233.

⁸¹ Kazaker, s. 235.

⁸² Aydın, M., s. 94 vd.

⁸³ Hakeri, s. 524-525.

⁸⁴ Hakeri, s. 525.

⁸⁵ Akbulut, s. 142.

III.ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİK SORUNU

Elverişsiz teşebbüsün varlığı ortaya konulduktan sonra, bu durumu oluşturan fiillerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesi de doktrindeki tartışmalı konulardandır.

A. Cezalandırılması Gerekliğini İleri Süren Görüşler

1. Sübjektif Teori

Sübjektif teoriye göre; teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin temeli, tehlikeli kişiliğini ortaya koyan failin iradesine dayanmaktadır⁸⁶. Bu suretle cezalandırılabilirliğin kapsamı hazırlık hareketlerine doğru genişletilmekte ve mutlak elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilmesi kabul edilmektedir⁸⁷.

Bir başka ifadeyle bu teoriyi savunanlara göre, teşebbüsü ile suç işleme kastı olduğu anlaşılan failin tehlikeli bir kişi olduğu anlaşıldığından, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması gerekmektedir⁸⁸. Bir takım tesadüfler nedeniyle neticenin gerçekleşmemesi, suç işleme niyetini açıkça ortaya koyan failin cezalandırılmasına engel teşkil etmemektedir. Zira suç işleme kastının olduğu, cezalandırılması için yeterli olduğu ve bir zararın ortaya çıkmış olmasına gerek olmadığı savunulmaktadır⁸⁹. Örneğin, parasını alma kastıyla mağdurun cebine elini soktuğu halde para bulamayan yankesici; ya da öldüğünden habersiz yatakta uzanan kişiye sağ zannederek ateş eden fail yönünden elverişsiz teşebbüs sebebiyle ceza verilmemesi bu teoriye göre doğru kabul edilmemektedir⁹⁰.

Ancak sübjektif teori, aşırılığa götürmesi nedeniyle eleştirilmiştir; çünkü bu görüşe göre ceza vermek için kastın ortaya çıkmasının yeterli kabul edilmesi, zarar verme ihtimali bulunmayan hallerde de ceza verilmesine sebep olabilecektir⁹¹. Bu eleştiri temsilcileri tarafından da kabul edilmiş; hatta örneğin, öldürülmek istenen kimseye karşı gerçekleştirilen

⁸⁶ Demirbaş, s. 464; Koca/Üzülmez, s. 415; Doğan, s. 202; Alacakaptan, s. 33; Çiftçioğlu, Cengiz Topel/Akdovan Erhan; “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs”, (Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı:67, Haziran 2015, s. 17-31), s. 22; Soyaslan, Doğan; Teşebbüs Suçu, (Kazancı Yayınları), Ankara 1994, s. 97; Aydın, s. 89.

⁸⁷ Koca/Üzülmez, s. 415; Aldemir, s. 600; Doğan, s. 206; Dönmez, Ömer; “Suça Teşebbüs ve Yargıtay Uygulaması”, (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, Haziran 2016, s. 165-211), s. 193-194.

⁸⁸ Akbulut, s. 140.

⁸⁹ Demirbaş, s. 488.

⁹⁰ Demirbaş, s. 488; Doğan, s. 205.

⁹¹ Demirbaş, s. 488; Çiftçioğlu/Akdovan, s. 22; Aydın, s. 89; Artuk, M. Emin; Suçun Özel Görünüm Şekilleri, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s. 244.

büyüculük hareketleri sembolik ifadeler olduğu gerekçesiyle cezalandırılmaması gerektiği savunularak çelişkiye düşülmüştür⁹².

Bununla birlikte, subjektif teorinin, failin cezalandırılmasında suç işleme iradesini ölçüt alması ile suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini bertaraf etmesi de eleştirilmesine neden olmuştur⁹³.

2. Tehlike Teorisi

Tehlike teorisine göre, teşebbüsün cezalandırılması için suç iradesinin haricileşmesi yetmemekte, ayrıca failin ahlaki kötülüğünün, bir başka ifadeyle sosyal tehlikeliliğinin de belirlilik kazanması gerekmektedir⁹⁴. Bu teoriye göre, failin hareketi somut olayda suç konusuna yönelik bir tehlike meydana getiriyorsa araç elverişli; hiç tehlike yaratmıyor veya etkisi yok denecek kadar az bir tehlike oluştuyorsa elverişsiz olduğundan söz edilebilir⁹⁵. Zira ikinci durumda teşebbüs oluşmayacağından, faile ceza verilememektedir⁹⁶. İnsan öldürmek amacıyla sofraya tuzu kullanılması örneğinde olduğu gibi; fail tarafından kullanılan suç araçları, onun suç işleme potansiyelinin yetersizliğini ortaya koyuyorsa, bu durumda failin tehlikeliliğinden bahsedilemeyeceğinden, bu teoriye göre faile ceza verilmemesi gerekmektedir⁹⁷. Buna karşılık; normal şartlarda yumruk atmak ölümcül sayılmıyor iken, kalp hastası olduğunu bildiği halde yumruk atan failin ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerekmektedir⁹⁸.

Ayrıca belirtelim ki; *sübjektif teori*, somut olaya göre suç iradesini dışa vuran her türlü davranışın cezalandırılmasını öngörürken; *sübjektif tehlike teorisi*, bu iradenin dışa vurumunun yanında, failin tehlikeliliğinin de bulunmasını şart koşturmaktadır⁹⁹.

⁹² Özocak, s. 139.

⁹³ Özocak, s. 139.

⁹⁴ Çiftçioğlu/Akdovan, s. 22; Özocak, s. 139.

⁹⁵ Aydın, M., s. 84; Doğan, s. 206.

⁹⁶ Demirbaş, s. 489; Bayraktar, Köksal; Uğur Alacakaptan; “İşlenemez Suç” Eserinin Tahlil ve Tenkiti, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:34, Sayı:1-4, s. 715-730), s. 722.

⁹⁷ Özocak, s. 139.

⁹⁸ Soyaslan, s. 98.

⁹⁹ Özocak, s. 139-140.

B. Cezalandırılmaması Gerekliğini İleri Süren Görüşler

1. Objektif Teori

Klasik teori olarak da adlandırılan objektif teoriye göre; teşebbüs, suç tipinde belirtilen hukuki yararı tehlikeye düşürdüğünden cezalandırılmaktadır¹⁰⁰. Ancak vasıtanın mutlak elverişsiz olması ya da suç konusunun mutlak yokluğu hallerinde elverişsiz teşebbüs cezalandırılmamaktadır¹⁰¹. Bu teoride; elverişli hareketlerle icra hareketlerine başlanması gerektiğinden, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı; neticenin gerçekleşmemesi nedeniyle cezada hâkimin takdirine bağlı olmaksızın indirim yapılması gerektiği öngörülmektedir¹⁰². Dolayısıyla teşebbüsten dolayı cezalandırılabilirliğin başlangıç sınırı hazırlık hareketleri olarak belirlenmekte ve mutlak elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılabilirlik reddedilmektedir¹⁰³.

Objektif teoriyi savunanlar, teşebbüste bulunanı cezalandırmak için suç kastının meydana çıkmış olmasını yeterli görmemekte; sonucun gerçekleşme imkân ve ihtimalini de aramaktadır. Zira objektif bir tehlike söz konusu olmadıkça teşebbüsün cezalandırılmasına imkân yoktur ve böyle bir tehlikenin varlığının tespiti bakımından, eylemlerin böyle bir suçu meydana getirmeye uygun ve elverişli olup olmadıklarına bakmak ve suçun konusu ile kullanılan vasıtaları ayrı ayrı incelemek gerekir¹⁰⁴.

Objektif teori, gerek konu gerekse araç yönünden imkânsızlığı ikiye ayırmakta ve her iki durumda da imkânsızlık *mutlak* ise failin cezalandırılmamasını; eğer *nisbi* imkânsızlık varsa failin cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁵. Örneğin; failin hamile olmadığı halde çocuğunu düşürmeye çalışmasında, ölü kişiyi canlı zannederek ateş etmesinde, bir kimseyi büyü ile öldürmek istemesinde konu ve araç yönünden *mutlak imkânsızlık* vardır¹⁰⁶. Buna karşılık, su içmek için mutfağa gittiği için yatağında olmayan, fakat failin orada olduğunu zannettiği mağdura ateş etmesinde ya da failin kullandığı zehirin bozulması veya

¹⁰⁰ Demirbaş, Timur; Şematik Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2019, s. 62; Demirbaş, s. 465; Özocak, s. 140. Ayrıca bkz. *Etki teorisine* göre de suçun somut konusu bakımından değil de suçla korunan hukuki değer bakımından tehlike açığa çıkartılmasına sebep olan fail elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılabilir. Doğan, s. 209.

¹⁰¹ Doğan, s. 203.

¹⁰² Demirbaş, s. 465; Aydın, s. 90.

¹⁰³ Koca/Üzülmez, s. 414; Doğan, s. 203.

¹⁰⁴ Akbulut, s. 141; Doğan, s. 203.

¹⁰⁵ Özocak, s. 141; Demirbaş, s. 487.

¹⁰⁶ Özocak, s. 139; Demirbaş, s. 487

mağdura belirli nedenlerle etki göstermemesinde ise, konu ve araç yönünden *nisbi imkânsızlık* söz konusudur¹⁰⁷.

Sonuç olarak bu görüşe göre, mutlak imkânsızlık hallerinde herhangi bir tehlike yaratmadığından, teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi yoktur. Buna karşılık nisbi imkânsızlık nedeniyle sonuç gerçekleşmişse, failin araçları objektif olarak elverişli olduğu için, faile teşebbüsten dolayı ceza verilmesi gerekmektedir¹⁰⁸. Örneğin, şekerle bir kimsenin öldürülmeye çalışılması mutlak elverişsizlik niteliğinde olduğundan cezalandırılmaz iken; zehir miktarının az olması nedeniyle tesir etmediğinden kişinin öldürülememesi durumunda nisbi elverişsiz sayıldığından failin cezalandırılması gerekmektedir¹⁰⁹. Dolayısıyla objektif teori de, sübjektif teorinin aksine cezalandırılabilir teşebbüsün alanını daraltması ve mutlak-nisbi elverişsizlik ayrımı yapması gibi nedenlerle eleştirilmiştir¹¹⁰.

2. Hukuki İmkânsızlık Teorisi

Hukuki imkânsızlık teorisine göre, hareketin elverişli olup olmaması tipe uygunluğa göre değerlendirilmektedir. Hareketin, hareketten doğan zarar veya tehlike ile birlikte ihlale uğrayan hukuki menfaatin ve hareketin maddi konusunun tipik olması gerekmektedir¹¹¹. Buna göre, tamamlanmış olan fiil kanunda suç olarak düzenlenmediğinden fail cezalandırılmamaktadır. Bu nedenle aynı anlama gelen sözde suç kavramı yerine hukuki imkânsızlık deyimi de kullanılmaktadır¹¹².

Teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, teşebbüs aşamasında kalmış eylemin kısmen de olsa tipe uygunluk taşımasıdır. Teşebbüs dahi sayılmayan fiili unsur eksikliklerinde ise; fail kanunda düzenlenen suç tipindeki unsurlardan birinin somut olayda mevcut olmadığı halde olduğunu düşünmekte; işte bu eksiklik suçun işlenmesini hukuken imkânsız kılmaktadır¹¹³. Örneğin, fail öldürmeden önce mağdur başka bir sebeple ölmüşse, öldürme eylemini düzenleyen hükümdeki suç tipini ihlal etmek hukuken imkânsız olacağından, cezalandırılabilir bir teşebbüsten bahsetmek de mümkün olmamaktadır¹¹⁴.

¹⁰⁷ Demirbaş, s. 487.

¹⁰⁸ Özocak, s. 141; Doğan, s. 204.

¹⁰⁹ Doğan, s. 204.

¹¹⁰ Demirbaş, s. 487; Özocak, s. 142-143; Doğan, s. 204; Yıldız, s. 245.

¹¹¹ Özocak, s. 144.

¹¹² Doğan, s. 214.

¹¹³ Özocak, s. 144.

¹¹⁴ Özocak, s. 144.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Elverişsiz teşebbüs uygulamada çok sık karşılaşılan ve doktrinde en çok tartışılan konulardandır. Nitekim kavramın tanımı, unsurları ve bu durumun cezalandırılıp cezalandırılmaması yönünden doktrinde birçok görüş ileri sürüldüğünden, bu konuda henüz bir fikir birliğine varılamamıştır. Ancak elverişsiz teşebbüs neticesinde oluşan toplumsal tehlikenin korunarak hukuken güvence altında tutulması gerektiğinden, açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

Çalışmamız ışığında anlaşılmalıdır ki; elverişsiz teşebbüs kavramının, teşebbüsün koşullarından olan “hareketin elverişliliği” unsurunun, diğer bir deyişle araç ve konu bakımından elverişlilik unsurunun yokluğundan kaynaklandığını söyleyebiliriz. Kanuni düzenlemeden hareketle TCK’da teşebbüsün “elverişli hareketlerle” işlenebileceği açıkça hüküm altına alındığından suç tipindeki unsurları karşılamayan elverişsiz teşebbüsün zorunlu olarak cezalandırılmayacağı sonucuna varılmaktadır.

Belirtelim ki; Anayasa’nın 38. maddesi ile TCK’nın 2. maddesinde düzenlenen “suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi” gereğince, hiç kimse kanunda açıkça suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmaz ve güvenlik tedbiri uygulanamaz¹¹⁵. Buna göre bir kimse eyleminden dolayı cezalandırılabilmesi için o eylem sonucunda kanunda düzenlenen suç tipindeki unsurların oluşması gerekmektedir. Zira suç tamamlanmışsa fail tamamlanmış suçtan, tamamlanmamış ancak kanundaki gerekli unsurları sağlıyorsa teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmaktadır. TCK’da teşebbüs kurumunun cezalandırılmasının nedeninin, gerçekleştirilen fiilin suçun konusu bakımından oluşturduğu tehlike veya zarar olduğu ifade edilmektedir.

Zira elverişsiz teşebbüste de somut tehlikenin ortaya çıktığı durumlar olduğundan, bu tehlikenin engellenmesi ve toplumsal güvenliğin korunabilmesi için failin cezalandırılabilmesine ilişkin TCK’da açık bir düzenleme yapılmalıdır. Söz konusu kanuni düzenlemenin teşebbüs kurumunun düzenlendiği TCK’nın 35. madde hükmüne bir fıkra eklenmek suretiyle yapılması da kanunun amacına uygun düşecektir.

¹¹⁵ “Elverişsiz teşebbüs ya da işlenemez suçun varlığı hâlinde, kişi suç işleme iradesini açığa vurduğuna göre, tehlikeli kişiliği ortaya çıkmış bu kişi hakkında arz ettiği tehlikeliliğine oranla bir ceza ya da güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerektiği savunulabilirse de, bizim sistemimizde, böyle bir normatif düzenleme bulunmadığından suçun kanunilik unsuru gerçekleşmemiştir, verilen beraat kararı doğrudur.”, YCGK, T. 24.4.2018, E. 2017/23-595, K. 2018/185, (www.kazanci.com.tr, e.t. 19.12.2020).

Dolayısıyla eklenecek olan 3. fıkra ile elverişsiz teşebbüs kurumunun, “*Kişi, elverişli olmayan hareketlerle bir tehlikenin ortaya çıkmasına sebep olmuş ise, teşebbüsten dolayı verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*” şeklinde düzenlenerek açıklığa kavuşturulabileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

ARTUK, M. Emin; Suçun Özel Görünüm Şekilleri, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989.

ALACAKAPTAN, Uğur; İşlenemez Suç, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları), Ankara 1968.

ALDEMİR, Hüsnü; Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi, (Adalet Yayınevi), Ankara 2019.

AKBULUT, İlhan; “İşlenemez Suç”, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:53, Sayı:1-4, Ocak 1990, s. 139-143).

AYDIN, Devrim; “Suça Teşebbüs”, AÜHFD, C. 55, S. 1, Haziran 2006, s. 85-113).

AYDIN, Murat; “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:21, Sayı:1, s. 77-104).

BAYRAKTAR, Köksal; Uğur Alacakaptan; “İşlenemez Suç” Eserinin Tahlil ve Tenkiti, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:34, Sayı:1-4, s. 715-730).

CENTEL, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel/**AKDOVAN** Erhan; “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs”, (Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı:67, Haziran 2015, s. 17-31).

DEMİRBAŞ, Timur, Şematik Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2019.

DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2019.

DOĞAN, Koray; “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2014, s. 183-228.

DÖNMEZ, Ömer; “Suça Teşebbüs ve Yargıtay Uygulaması”, (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, Haziran 2016, s. 165-211).

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

GİYİK, Abdulbaki; “İşlenemez Suç”, (Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı:21, Nisan 2013, s. 181-195).

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2019.

KAZAKER, Gözde; Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, (Adalet Yayınevi), Ankara 2019.

KOCA, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2019.

KOÇ, Coşkun; “Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:32, Sayı:147, Mart 2020 s. 49-73).

OZANSÜ, Mehmet Cemil; Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara 2006.

ÖZBEK, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2019.

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2019.

ÖZOCAK, Gürkan; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2018.

SOYASLAN, Doğan; Teşebbüs Suçu, (Kazancı Yayınları), Ankara 1994.

ŞARE, Ersin; “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:30, Sayı:130, Mayıs 2017, s. 119-156).

YILDIZ, Mehmet Emre; İzmir Barosu Dergisi, Y.73, Sayı:2, Nisan 2009.

<http://www.kazanci.com.tr/> (Kazancı İhtihat Bankası).

<https://www.resmigazete.gov.tr/> (Resmi Gazete).