

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

CEZA HUKUKUNDA ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS

Gözde KAZAKER

Danışman
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

İZMİR - 2019



YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “*Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

13.05.2019

Gözde KAZAKER

ÖZET
Doktora Tezi
Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs
Gözde KAZAKER

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

Elverişsiz teşebbüs, suçun maddi unsurlarından kaynaklanan başlangıçtaki elverişsizlikler nedeniyle, failin suça dair tasavvuruna aykırı bir şekilde, suçun tamamlanmasına yol açamayan bir durum olarak, ceza hukukunda özel bir konuma sahiptir. Elverişsiz teşebbüs, elverişsizliğin suçun hangi maddi unsurundan kaynaklandığına bağlı olarak farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir.

Elverişsiz teşebbüs, pek çok sorunlu noktasının olmasının yanı sıra, bazı önemli ceza hukuku kavramlarıyla da yakın ilişki içindedir. Bu nedenle, ceza hukuku doktrininde güncelliğini koruyan bir konudur. Elverişsiz teşebbüs konusunda tartışmalar, en fazla cezalandırılabilirlik sorunu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Suçun maddi konusu üzerinde somut bir tehlike oluşturmayan ve tipik neticeyi meydana getiremeyecek olan bir hareketin ceza hukukunun müdahalesini gerektirip gerektirmediği, irdelenmesi gereken bir konudur.

Elverişsiz teşebbüs ve cezalandırılabilirlik sorunu, aslında ceza kanunlarında teşebbüs konusunda kabul edilen yaklaşımla doğrudan ilgilidir. Teşebbüs konusunda failin suç işlemeye yönelik iradesinin bir fiil ile açığa vurulmuş olmasının yeterli görüldüğü subjektif anlayış karşısında, söz konusu fiilin tipik neticeyi gerçekleştirmek için uygunluğunun arandığı objektif anlayış bulunmaktadır. İki sistem için keskin bir ayırım noktası gibi gözüken elverişsiz teşebbüs, esasen ne katı bir subjektivistliğin ne de katı bir objektivistliğin tam anlamıyla çözüm verdiği bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamız kapsamında, elverişsiz teşebbüs konusu tüm yönleriyle ele alınmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte, çalışmamızın ağırlık noktasını elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirlik sorunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Elverissiz Teşebbüs, Elverişlilik-Elverissizlik, Suçun Maddi Unsurlarından Kaynaklanan Elverissizlik, Mefruz Suç, Elverissiz Teşebbüsün Cezalandırılabilirlik Sorunu.



ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy (PhD)
Impossible Attempts in Criminal Law
Gözde KAZAKER

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Public Law Programme

Impossible attempts has a special position in criminal law as a concept which can not lead to completion of the offence in contradiction with the offenders' envisagement, due to the initial impossibilities resulting from objective elements of the offence. Impossible attempts may arise with different forms, depending on the objective element of the offence which is the cause of the inaptness.

Impossible attempts has many problematic points as well as close relations with some important terms of criminal law. For this reason, it is a current issue in the criminal law doctrine. Debates on impossible attempts is focused on its punishability. Whether an act that does not expose the object of the offence in concrete danger and that, has zero probability of succeeding requires the intervention of criminal law is a matter to be examined.

Impossible attempts and its punishability is in fact directly related to the approach adopted in the criminal codes regarding the attempt to the offence. In the face of the subjective understanding in which the revealed offender's intent to commit an offence is deemed sufficient, there is an objective understanding in which the act's aptness for succeeding is required. Impossible attempts, which seems a sharp distinction point between these systems, is becomes a matter cannot be reached a solution when both are strictly accepted.

In this study, we tried to examine impossible attempts in all its aspects. Additionally, this study is focused on its punishability problem.

Keywords: Impossible Attempts, Aptness-Inaptness, Inaptness due to the Objective Elements of the Offence, Putative Offence, Punishability Problem of Impossible Attempts.

CEZA HUKUKUNDA ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xvi

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. TERİM SORUNU	6
II. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KAVRAMI	8
III. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	10
A. Teşebbüs Kavramı ile Karşılaştırılması	10
B. Elverişsiz Teşebbüs ve Hata İlişkisi	15
C. Mefruz Suç İle Karşılaştırılması	17
1. Mefruz. Suç ve Elverişsiz Teşebbüs Ayrımı	17
2. Mefruz Suçun Görünüm Şekilleri	21
a. Genel Olarak	21
b. Mevcut Olmayan Suç Tipinin Fail Tarafından Varsayılması	22
c. Failin Yanlış Yorumu ile Mevcut Ceza Normunun Sınırlarının Aleyhe Aşırı Genişletilmesi	23
d. İzin Normunun Hukuki Varlığının Bilinmemesi veya Hukuki Kapsamının Yanlış Yorumlanması	28
e. Cezalandırmaya Engel Olan Diğer Sebeplerin Fail Tarafından Yanlış Değerlendirilmesi	30

3. Ceza Normunun Önalanda Yanlış Tasavvurlar	32
a. Genel Olarak	32
b. Önalanda Hatalarına İlişkin Ortaya Konan Çözüm Yolları	36
(1) Suçun Normatif ve Çerçeve Unsurları Temelinde	
Ayrım Yapan Teori	36
i. Teorinin Esası	36
ii. Teorinin Eleştirisi	37
(2) Önalanda Hatalarının Elverişsiz Teşebbüse Yol Açtığını	
Kabul Eden Teori	38
i. Teorinin Esası	38
ii. Teorinin Eleştirisi	40
(3) Aleyhte Tüm Hukuki Hataların Cezasızlığı Teorisi	41
i. Teorinin Esası	41
ii. Teorinin Eleştirisi	43
(4) Aksi ile Kanıt (Tersine Sonuç Çıkarma) Yolu Teorisi	44
i. Teorinin Esası	44
ii. Teorinin Eleştirisi	47
(5) Önalanda Normlarına Atıf Yapan Unsurların Mahiyetine	
Göre Ayrım Yapan Teori	50
D. Ağır Bilgi ve Anlama Eksikliğine Dayalı Elverişsiz Teşebbüs	
ve Elverişsiz Teşebbüs	52
E. Gerçek Dışı (Batıl İnanca Dayalı) Teşebbüs ve Elverişsiz Teşebbüs	57
IV. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE	
İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER	61
A. Genel Olarak	61
B. Teşebbüsün Olumsuz Bir Şekli Olduğu Görüşü	62
C. Kanuni Unsurun Olumsuz Bir Şekli Olduğu Görüşü	63
D. Suçu ve Cezalandırmayı Ortadan Kaldıran Bir Sebep Olduğu Görüşü	64
E. Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olduğu Görüşü	66
F. Ters Tipiklik Hatası Olduğu Görüşü	67
1. Genel Olarak	67

2. Ön Sorun: Tipiklik Hatasına İlişkin Kanuni Düzenlemenin Teşebbüs Aşamasında Kalan Suçlarda Uygulanabilirliği	68
a. Alman Ceza Hukuku Açısından	68
b. Türk Ceza Hukuku Açısından	70
3. Elverişsiz Teşebbüsün Hukuki Anlamda Hata Teşkil Edip Etmediği Sorunu	71
4. Değerlendirme	73
V. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KURUMUNUN TARİHİ GELİŞİM SÜRECİ	75
A. Genel Olarak	75
B. İslam Hukukunda	76
C. Roma Hukukunda	77
D. Alman Hukukunda	79

İKİNCİ BÖLÜM

ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİK SORUNU

I. CEZALANDIRMANIN ANLAMI VE AMACI	83
A. Genel Olarak	83
B. Ceza Kavramı	84
C. Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler	84
II. TEŞEBBÜSÜN HAKSIZLIK İÇERİĞİ VE CEZALANDIRILMA SEBEBİ	88
A. Haksızlık Kavramı ve Benzer Kavramlarla İlişkisi	88
1. Genel Olarak	88
2. Haksızlık ve Hukuka Aykırılık Kavramları	89
3. Haksızlık ve Kusurluluk Kavramları	90
B. Haksızlıkta Hareketin ve Neticenin Değersizliği Ayrımı	91
1. Ayrımın Ortaya Çıkışının Tarihi Gelişim Süreci	91
2. Hareketin ve Neticenin Değersizliği Kavramları ve Aralarındaki İlişki	93
C. Teşebbüsün Haksızlık İçeriği ve Cezalandırılmaya Değerliği İlişkisi	96
D. Teşebbüsün Cezalandırılma Sebebine İlişkin Teoriler	97
1. Genel Olarak	97

2. Türk ve Alman Ceza Kanunlarının Teşebbüs Konusunda Benimsediği Teorilere Bakış	101
a. Türk Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori	101
b. Alman Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori	102
III. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN HAKSIZLIĞI VE TEORİLERİN CEZALANDIRILABİLİRLİK SORUNUNA YAKLAŞIMLARI	103
A. Genel Olarak	103
B. Klasik (Objektif) Teori	104
1. Teorinin Esası	104
2. Teorinin Eleştirisi	107
C. Tipiklikte Eksiklik (Hukuki İmkânsızlık) Öğretisi	110
1. Genel Olarak	110
2. Eski Tipiklikte Eksiklik Öğretisi	110
3. Yeni Tipiklikte Eksiklik Öğretisi	111
a. Teorinin Esası	111
b. Teorinin Eleştirisi	115
D. Sübjektif Teori (Cezalandırma Teorisi)	117
1. Teorinin Esası	117
2. Teorinin Eleştirisi	121
E. Yeni Tehlike Teorisi (Yeni Objektif Teori)	123
1. Teorinin Esası	123
2. Teorinin Eleştirisi	125
F. Etki Teorisi	126
1. Teorinin Esası	126
2. Teorinin Eleştirisi	129
IV. TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİNİ SINIRLANDIRMA HUSUSUNDA YENİ ÇABALAR	131
A. Genel Olarak	131
B. Pozitif Hukuka Dayalı Teoriler	132
1. Düalist Teori	132
2. Tehlikeli-Tehlikesiz Elverişsiz Teşebbüs Ayrımına Dayalı Görüş	133
a. Teorinin Esası	133

b. Teorinin Eleştirisi	136
3. Teşebbüsün Soyut Tehlike Suçu Olduğu Görüşü	137
4. Orantılılık ve Belirlilik İlkesine Dayalı Görüş	138
a. Teorinin Esası	138
b. Teorinin Eleştirisi	139
C. İdealist Felsefeye Dayalı Teoriler	140
1. Somut Bir Tanıma (Kabul Etme) İlişkisinin İhlali Olan Haksızlık Anlayışı	140
a. Teorinin Esası	140
b. Teorinin Eleştirisi	142
2. Fail ve Mağdur Arasındaki Hukuki İlişkinin Bozulmasına Dayalı Görüş	143
a. Teorinin Esası	143
b. Teorinin Eleştirisi	144
3. Hukuki İlişkinin Koşullarına Failin Etki Edebilirliğini Arayan Teori	145
a. Teorinin Esası	145
b. Teorinin Eleştirisi	146
D. Teşebbüsün Cezalandırılabilirliğini Sınırlandırma Çabalarının Değerlendirilmesi	146
V. MODERN CEZA HUKUKUNUN BAZI TEMEL İLKELERİ BAĞLAMINDA ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ	148
A. Elverişsiz Teşebbüs ve Fiil Ceza Hukuku	148
1. Fiil Ceza Hukuku ve Fail Ceza Hukuku Kavramları	148
2. Elverişsiz Teşebbüsün Fiil Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	149
B. Elverişsiz Teşebbüs ile Ceza Hukukunun Son Çare Olması İlkesi ve Orantılılık İlkesi	151
1. Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Orantılılık İlkesi	151
2. İlkelerin Elverişsiz Teşebbüs Açısından Değerlendirilmesi	155

VI. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİK SORUNUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME	157
A. Elverişli ve Elverişsiz Teşebbüs Ayrımının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu	157
B. Elverişli ve Elverişsiz Teşebbüs Ayrımına ve Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılabilirlik Sorununa İlişkin Ulaştığımız Sonuçlar	160
1. Elverişli ve Elverişsiz Teşebbüs Ayrımına İlişkin Olarak	160
2. Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılabilirlik Sorununa İlişkin Olarak	168

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN
TEMEL KOŞULLARI, GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ,
ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSTEN GÖNÜLLÜ VAZGEÇME,
ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSE İLİŞKİN DİĞER SORUNLAR

I. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN TEMEL KOŞULLARI	173
A. Elverişsiz Teşebbüste Sübjektif Koşul: Suç İşleme Kararının Varlığı	173
1. Genel Olarak	173
2. Suç İşleme Kararı ve Kast Kavramları Arasındaki İlişki	175
3. Suç İşleme Kararının İçeriği	176
4. Elverişsiz Teşebbüste Suç İşleme Kararının Belirlenmesi	178
5. Taksirle İşlenen Suçlara Elverişsiz Teşebbüsün Kabul Edilmemesi	180
B. Elverişsiz Teşebbüste Objektif Koşul: Elverişsiz Hareketlerle Suç İşleme Kararının İcrasına Başlanılmış Olması	182
1. Objektif Koşula Yönelik Tercihimizin Sebebi	182
2. Elverişsizlik Sorunu	184
3. Mutlak-Nisbi Elverişsizlik Ayrımı	185
4. Suçun Konusunun Yokluğuna İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	187
a. Genel Olarak	187

b. Suçun Konusunun Yokluğunu Hareketin Elverişsizliği Bağlamında Değerlendiren Görüş	187
c. Elverişsiz Teşebbüs ve İşlenemez Suç Ayrımı Yapan Görüş	188
d. Hareketin Elverişsizliği ve Suçun Konusunun Yokluğunu İşlenemez Suç Bağlamında Değerlendiren Görüş	189
5. Değerlendirme	190
II. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ	192
A. Genel Olarak	192
B. Suçun Konusundan Kaynaklanan Elverişsizlik	193
C. Suçta Kullanılan Araçlardan Kaynaklanan Elverişsizlik	195
D. Suçun Konusunun Elverişsizliğinde Aracın Elverişsizliği	197
E. Failden Kaynaklanan Elverişsizlik	198
1. Genel Olarak	198
2. Suçun Kanuni Tipindeki Fail Kavramının Yanlış Yorum ile Genişletilmesi	200
3. Failin Elverişsizliğinin Suçun Konusunun Elverişsizliği ile Belirlendiği Durumlar	201
4. Ters Nitelme Hatası ve Failin Elverişsizliğinin Suçun Konusu ile Belirlendiği Durumlar Dışında Kalan Hâller	203
5. Failden Kaynaklanan Elverişsizlik Durumlarının Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	206
III. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSTEN GÖNÜLLÜ VAZGEÇME	212
A. Genel Olarak	212
B. Gönüllü Vazgeçme Kavramı ve Hukuki Niteliği	212
C. Gönüllü Vazgeçme Kurumunun Hukuki Esasını Açıklayan Teoriler	214
1. Genel Olarak	214
2. Hukuk Teorileri	214
3. Altın Köprü Teorisi	215
4. Af veya Ödül Teorisi	216
5. Cezanın Amacı Teorisi	217
6. Kusurun Kalkması Teorisi	218
D. (Sübjektif) Akim Kalmış Teşebbüs Kavramı	219

E. Elverişsiz Teşebbüs ve (Sübjektif) Akim Kalmış Teşebbüs Kavramlarının Gönüllü Vazgeçme Bakımından Karşılaştırılması	221
IV. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSE İLİŞKİN DİĞER SORUNLAR	223
A. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Manevi Unsurları Sorunu ve Elverişsiz Teşebbüs İlişkisi	223
1. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Manevi Unsurları Sorunu	223
2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Manevi Unsurlarının Varlığının Elverişsiz Teşebbüs ile Açıklanması	226
3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Manevi Unsurlarının Yokluğuna Bağlanan Sonuçlar	227
a. Teşebbüs Nedeniyle Cezalandırılabilirliği Savunan Görüş	227
b. Tamamlanmış Suç Nedeniyle Cezalandırılabilirliği Savunan Görüş	230
c. Cezasızlığı Savunan Görüş	230
4. Değerlendirme	232
B. İlgilinin Rızasının Suç Teorisindeki Yerine İlişkin Olarak Elverişsiz Teşebbüs Sorunu	233
1. Genel Olarak	233
2. İlgilinin Rızası Kavramı	234
3. İlgilinin Rızasının Suç Teorisindeki Yeri	234
4. İlgilinin Rızasının Fiili Mevcudiyetine İlişkin Failin Bilgisizliği	236
5. Değerlendirme	238
C. Ajan Provokatör (Kışkırtıcı-Tahrikçi Ajan) Kullanımının Elverişsiz Teşebbüs Açısından Değerlendirilmesi	239
1. Genel Olarak	239
2. Ajan Provokatör Kavramı	240
3. Ajan Provokatör Müdahalesinin Olduğu Fiillerde Cezai Sorumluluğun Değerlendirilmesi	241
a. Ajan Provokatör Bakımından	241
b. Ajan Provokatörün Suça Teşvik Ettiği Kişi veya Kişiler Bakımından	244

D. Elverişsiz Teşebbüsün Karşı Tarafa Meşru Savunma Hakkı	
Verip Vermediği Sorunu	246
1. Genel Olarak	246
2. Meşru Savunmada Saldırı Kavramı	247
3. Elverişsiz Teşebbüsün Meşru Savunma Anlamında Bir Saldırı Oluşturmaması	249
E. Elverişsiz Teşebbüste Özellik Gösteren Suçun Özel Görünüş Biçimleri	251
1. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar ve Elverişsiz Teşebbüs	251
a. Genel Olarak	251
b. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Teşebbüs (Ağırlaşmış Neticeye Teşebbüs)	252
c. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suça Teşebbüs	252
2. İhmali Suçlar ve Elverişsiz Teşebbüs	254
a. Genel Olarak	254
b. Kavramsal Çerçeve	254
c. İhmal Suretiyle Elverişsiz Teşebbüs ve Cezalandırılabilirlik Sorunu	255
F. Kabahate Elverişsiz Teşebbüsün Mümkün Olup Olmadığı Sorunu	259
1. Genel Olarak	259
2. Kabahate Elverişsiz Teşebbüs Sorunu	260
SONUÇ	263
KAYNAKÇA	273

KISALTMALAR

Alm. CK.	Alman Ceza Kanunu
Any.M.	Anayasa Mahkemesi
As.CK.	Askeri Ceza Kanunu
AT	Allgemeiner Teil
AY	Anayasa
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BayObLG	Bayerisches Oberstates Landesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
Besch.	Beschluss
BGBI, I	Bundesgesetzblatt Teil I
bkz.	Bakınız
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
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
f.	Fıkra
FS.	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jahrg.	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau

Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
K.	Karar
kn.	Konu
LG.	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
m.	Madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
No.	Number
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25.3.1952
RG.	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
S.	Sayı
s.	Sayfa
S/S	Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar
SchLA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
StGB	Strafgesetzbuch
T.	Tarih
TBB.	Türkiye Barolar Birliği
TCK.	Türk Ceza Kanunu
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
Vor.	Vorbemerkung
Y.	Yıl
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Elverişsiz teşebbüs, teşebbüs konusunda izlenilen yaklaşıma paralel olarak, farklı açılardan, hemen hemen her ülkenin ceza hukuku doktrininde tartışmaların merkezinde yer almayı başarabilen bir kurum olmuştur. Konuya ilişkin tartışmalar, karşılaştırmalı hukukta hâlen güncelliğini korumakla birlikte, Türk ceza hukuku öğretisinde konunun üzerinde çok fazla durulmadığı ve konuya hak ettiği önemin verilmediği görülmektedir. Suç genel teorisi açısından taşıdığı bu öneme rağmen, Türk ceza hukuku doktrininde konu üzerine şimdiye kadar çok fazla şeyin söylenmemiş olması ve bu bağlamda konunun detaylı bir incelemeye tabi tutulmasının bir gereklilik olarak ortaya çıkması, çalışmamızda elverişsiz teşebbüs konusunu tercih sebebimizi oluşturmaktadır.

Çalışma konumuzu oluşturan elverişsiz teşebbüsün ifade ediliş şekline ilişkin olarak dahi tartışmalar bulunmaktadır. Bir terim sorunu olarak karşımıza çıkan bu durumda, konuyu ifade etmek için tercihimizi elverişsiz teşebbüsten yana kullanmamızın birden çok sebebi bulunmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde, *terim sorunu* ve tercihimizin sebepleri ele alınacaktır. Bunun dışında konunun kavramsal çerçevesi çizilecek, kavramın diğer benzer kavramlarla karşılaştırması yapılacak ve aralarındaki ilişki ele alınacaktır.

Elverişsiz teşebbüs, sahip olduğu konum itibarıyla, suç genel teorisi içinde birçok kurum ile bağlantısı olan bir konudur. Alman ceza hukuku öğretisinde elverişsiz teşebbüsün, teşebbüs kurumu ile olan yakın ilişkisi dışında, ceza hukukunun sorunlu alanlarından bir diğerini oluşturan hata kurumuyla da ilişkilendirildiği görülmektedir. *Elverişsiz teşebbüs ve hata* arasında kurulan bu ilişki, konuya ilişkin farklı bir bakış açısının hukukumuzda yansıtılması açısından önemlidir. Alman ceza hukukunda konunun hata ile ilişkilendirilmesinin temel nedeni ise, *elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç* ayrımıdır. Alman ceza hukuku sisteminde, kural olarak elverişli teşebbüsle eş değer görülen elverişsiz teşebbüs durumlarının, cezasız mefruz suç teşkil eden durumlardan ayrımı, sorun oluşturmaktadır. İşte zorluk teşkil eden bu ayrım, hata kurumu üzerine kurulu olan ve *tersine sonuç çıkarma* veya *aksi ile kanıt yolu öğretisi (die Lehre vom Umkehrschluß)* olarak ifade edebileceğimiz bir teori aracılığıyla yapılmaya çalışılmaktadır. Böylelikle, söz konusu teori ve teoriye yönelik eleştirilere ek olarak, *mefruz suç kavramı, elverişsiz teşebbüs ile ortak ve*

farklı yönleri ve mefruz suçun görünüm şekilleri de çalışmaya dâhil edilmiş durumdadır.

Elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç ayrımının yapılması noktasında sorun, özellikle *normatif unsurlara (normative Tatbestandsmerkmale)* ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Konu, Alman ceza hukuku öğretisinde *failin ceza normunun önalanda kendi aleyhine hataları (selbstbelastende Irrtümer im Vorfeld des Tatbestandes)* ve *ceza normunun önalanda yanlış tasavvurları (Fehlvorstellungen im Vorfeld strafrechtlicher Normen)* şeklinde farklı başlıklar altında da tartışılmıştır. Alman ceza hukuku doktrininde, mefruz suç-elverişsiz teşebbüs ayrımı noktasında net bir sınır çizgisi oluşturulamayan bu durum, çalışmamız kapsamında ele alınan konulardan bir diğeri olmuştur. Suçun deskriptif ve normatif unsurlarının elverişsiz teşebbüs açısından nasıl bir fark oluşturduğu ve ceza normunun önalana ilişkin ortaya çıkan hataların elverişsiz teşebbüs açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiği, sorunun çözümüne ilişkin ileri sürülen teorilerle birlikte incelenecektir.

Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirlik sorununu ele aldığımız ikinci bölümden önce, elverişsiz teşebbüs kurumunun *hukuki niteliği* ve buna ilişkin olarak ileri sürülen görüşler ele alınacak ve sonrasında ise, kurumun *tarihi gelişim süreci* hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır.

Objektif anlayışın bir sonucu olarak, teşebbüse ilişkin düzenlemesinde “*elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama*” koşuluna yer veren kanunumuz, bununla uyumlu şekilde teşebbüsün cezalandırılabilirliğinde “*meydana gelen zarar ve tehlikeyi*” esas alan bir düzenleme getirerek, elverişsiz teşebbüs kurumunu dışarıda bırakmış gözükmektedir. Kanunumuzda kuruma ilişkin normatif bir düzenlemenin bulunmuyor olması, konunun ceza hukuku sistemimiz açısından herhangi bir işleve sahip olmadığı veya bir soruna sebebiyet vermediği anlamına gelmemektedir. Konunun Türk ceza hukukunda sorun arz ettiği noktalardan belki de en önemlisi, *elverişli ve elverişsiz teşebbüs ayrımına* ilişkin ortaya çıkmaktadır. Elverişli ve elverişsiz teşebbüs arasında bir ayrım yapılmasının mümkün olup olmadığı ve bu ayrımın yapılmasında uygulanabilecek rasyonel bir ölçütün mevcut olup olmadığı, çalışma kapsamında ele alınan konulardan bir diğeri oluşturmaktadır.

Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirlik sorunu ise, ifade edilmiş olduğu şekilde tam anlamıyla bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza hukukunun müdahale alanını neticenin gerçekleşmesinden önceki bir aşamaya çeken bir kurum olarak teşebbüs, ne ölçüde kabul edilebilir olmalıdır? Teşebbüsün cezalandırılabilirliği için, tipik neticeyi gerçekleştirmeye yakın bir tehlikenin açığa çıkması mı aranmalıdır? Yoksa, somut olayda suç tipinin maddi unsurlarını oluşturan durumlardan kaynaklı olarak, başlangıçtan itibaren böyle bir sonuca yol açma elverişliliği taşımayan failin fiilinin de ceza hukuku yaptırımına değer bir nitelik taşıdığı mı kabul edilmelidir? Ceza hukuku, failin fiiline hangi noktada müdahale ettiğinde meşruiyetini koruyabilecektir? Bu noktada yapılacak tespit, ceza hukukunun görevi olarak ifade edilen, toplumsal ya da sosyal barışın sağlanmasını nasıl yerine getirebileceği sorununa kadar uzanmaktadır. Bu soruların kaynağını oluşturan elverişsiz teşebbüs ve cezalandırılabilirlik sorununun, doğrudan doğruya kabul edilen ceza hukuku politikasıyla ilişkili olduğu görülmektedir. Bu noktada yapılan tercih, beraberinde getireceği sonuçlar açısından önem taşımaktadır.

Elverişsiz teşebbüs ve cezalandırılabilirlik sorunu için önem arz eden husus, elverişsiz teşebbüsün bir haksızlık içerip içermediğidir. Çünkü sadece temelinde bir haksızlık teşkil eden insan davranışları, ceza kanunlarında kendisine yer bularak, bir ceza hukuku yaptırımına tabi tutulabilir. Bu soruya olumlu cevap verildiğinde ise, ikinci aşamada elverişsiz teşebbüsün ne tür bir *haksızlık (motivasyon, olgu-olay, düşünce)* içerdiğinin, salt bir niyet haksızlığından ibaret olup olmadığının belirlenmesi önem taşımaktadır. Ceza hukuku sorumluluğunun temelini oluşturan haksızlık, elverişsiz teşebbüsün de ceza hukuku yaptırımına değerliğini gerekçelendirme işlevi üstlenmektedir. Bu çerçevede, tüm ceza hukuku dogmatikçi açısından önem taşıyan haksızlık kavramının, konuya ilişkin ileri sürülen teoriler tarafından elverişsiz teşebbüs açısından nasıl değerlendirildiği çalışmamızda yer verdiğimiz bir diğer konu olmuştur.

Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirlik sorunu kapsamında ele alınacak bir diğer husus ise, elverişsiz teşebbüs kurumunun modern ceza hukukunun bazı temel ilkeleri ile bağdaştırılabilirlik sorunudur. Cezalandırılabilirlik sorunu bağlamında, bıçak sırtı olarak ifade edilebilecek bir konumda bulunan konunun, modern ceza hukukunun esasını oluşturan bazı ilkeler bakımından irdelenmesi bir gereklilik olarak

ortaya çıkmaktadır. Elverişsiz teşebbüs için öngörülen ceza hukuku yaptırımının ve bu yaptırımın ölçüsünün belirlenmesinde gözetilmesi gereken ilkeler olarak, *fiil ceza hukuku anlayışı*, *son çare ilkesi* ve *orantılılık ilkesi*, ikinci bölümde yer verdiğimiz son konu olmuştur.

Bu çerçevede özellikle, Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin hükmüne kaynak teşkil eden, İtalyan ve Alman Ceza Kanunlarının teşebbüs konusunda kabul ettiği anlayışın, Türk ceza hukuku sistemi ile karşılaştırılmalı bir şekilde değerlendirilmesi hedeflenmektedir. Teşebbüs konusunda kabul ettiği objektif ve subjektif ağırlıklı anlayışlarla farklı iki kutbu oluşturur gibi gözükten sistemlerin aslında bazı noktalarda kesiştikleri, başka bir ifadeyle bazı noktalarda benzer çözüm arayışlarına girdikleri görülmektedir. Objektif anlayışı kabul eden sistemler, katı bir objektivistlikten sıyrılmaya çalışırken; subjektif anlayışın hâkim olduğu sistemlerde bunun tam tersi bir durum karşımıza çıkmaktadır. Zira, burada da teşebbüs cezalandırılabilirliğini aşırı genişleten subjektif anlayışı, bir şekilde sınırlandırılma çabalarının olduğu görülmektedir. Alman ceza hukuku doktrininde, pozitif hukuka ve idealist felsefeye dayalı olarak ileri sürülen ve geçmişteki anlayışlara göre radikal bir değişimi ifade eden teoriler, bu düşüncemizi kanıtlar niteliktedir. Bu bağlamda, tercih edilen sistemlerin aslında her ikisinin de makul ve orta bir çözüm yolu aradığı husus, elverişsiz teşebbüs kurumu olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamız kapsamında her iki sistemin bu anlamda sorun teşkil eden noktaları ele alınmaya çalışılacak ve mevcut düzenlememizin yerinde bir tercih olup olmadığı irdelenecektir.

Çalışmamızın son bölümünde yer verdiğimiz konular ise, *elverişsiz teşebbüsün temel koşulları*, *görünüm şekilleri* ve *elverişsiz teşebbüsten gönüllü vazgeçme* olmuştur. Yine bu bölümde elverişsiz teşebbüse ilişkin diğer sorunlar başlığıyla konu ile ilişkilendirilen veya elverişsiz teşebbüs kapsamında bir çözüm arayışına gidilen hususlara yer verilmiştir. Bu bölümde ele alınan konulardan en önemlilerini, *hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları sorunu* ve *ajan provokatör kullanımı* oluşturmaktadır. Alman ceza hukuku doktrininde her iki konu da bağlanan sonuç itibarıyla, elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirildiği için, her iki konunun çalışma kapsamında incelenmesi de bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Elverişsiz teşebbüse ilişkin diğer sorunlar üst başlığı altında, ayrıca

elverissiz teŖebbüsün karşı tarafa meŖru savunma hakkı verip vermediği, elverissiz teŖebbüs açısından ozellik gosteren suçun özel görünüş biçimleri ve kabahate elverissiz teŖebbüsün mümkün olup olmadığı sorunları ele alınacaktır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, nihai olarak tezimiz üç bölümden oluşmaktadır. Elverissiz teŖebbüse ilişkin genel bilgilerin verildiği, konunun benzer kavramlarla karşılaştırıldığı, hukuki niteliğine ve tarihçesine yer verildiği kısım, çalışmamızın ilk bölümünü oluşturmaktadır. Çalışma konumuzun ağırlık noktası olarak ifade edilebilecek elverissiz teŖebbüsün haksızlık içeriği ve cezalandırılabilirlik sorunu ise ikinci bölümde ele alınmaktadır. Son olarak üçüncü bölümde, konuya ilişkin ortaya çıkan diğer sorunların incelenmesi hedeflenmektedir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. TERİM SORUNU

Kurum, Türk ceza hukuku doktrininde, “*elverişsiz kalkışma*¹”, “*işlenmez suç*²”, “*muhâl suç*³”, “*işlenemez suç*⁴”, “*elverişsiz teşebbüs*⁵” ve “*işlenemez suç teşebbüs*⁶” gibi çeşitli terimlerle ifade edilmektedir. Kurumun terimsel olarak ifade edilmiş şeklindeki bu farklılıklar, nedensiz değildir. *Alacakaptan*, konunun teşebbüs kurumu karşısında bağımsızlığını ve suçun işlenemezliğini de ortaya koyan bir terim olduğu için “*işlenemez suç*”u tercih ettiğini ifade etmektedir. Yine işlenemez suç

¹ **Yüce** Turhan Tüfan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1985, s. 81.

² **Erem** Faruk (**Danışman** Ahmet/ **Artuk** Mehmet Emin), Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 304.

³ **Erem**, s. 304.

⁴ **Taner** Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, 3. Basım, İstanbul 1953, s. 280; **Alacakaptan** Uğur, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968, s. 1; **Tosun** Öztekin, Suç Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ar Basım Yayım, İstanbul 1982, s. 245; **Dönmezer** Sulhi/ **Erman** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 14. Bası, Der Yayınları, s. 159; **İçel** Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 531; **Soyaslan** Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 323; **Hafizoğulları** Zeki/ **Özen** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı (Tıpkı Basım), US-A Yayıncılık, Ankara 2018, s. 317; **Bayraktar** Köksal, “İşlenemez Suç”, İÜHFM, C. 34, S. 1-4, 1968, s. 725; **Toroslu** Nevzat/ **Toroslu** Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2018, Savaş Yayınevi, s. 308; **Centel** Nur/ **Zafer** Hamide/ **Çakmut** Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 479; **Hakeri** Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 537; **Özocak** Gürkan, “İşlenemez Suç”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 956; **Tozman** Önder, Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 163; **Aydın** Murat, “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, SÜHFD, C. 21, S. 1, Y. 2013, s. 77; **Aksoy İpekçioglu**, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 93.

⁵ **Öztürk** Bahri/ **Erdem** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018; **Ünver** Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 1004; **Özbek** Veli Özer/ **Doğan** Koray/ **Bacaksız** Pınar/ **Tepe** İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 460; **Doğan** Koray, “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, C. I, s. 183; **Dursun** Selman/ **Bozbayındır** Ali Emrah, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, İÜHFM, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 71; **Kazaker** Gözde, “Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 14, S. 39, Nisan 2019, s. 203. “İşlenemez suç” ve “*elverişsiz teşebbüs*” terimlerinin eşdeğer kullanımı için bkz. **Artuk** M. Emin/ **Gökçen** Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 227, 659.

⁶ **Önder** Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, Yenilenmiş 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1992, s. 423; **Demirbaş** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 484.

teriminin sadece elverişsizlik hâllerini değil, suçun konusunun yokluğu hâlini de içine aldığı, yani daha kapsayıcı olduğunu belirtmektedir⁷.

Söz konusu terim sorununa ilişkin olarak, doktrinde farklı bir değerlendirmede de bulunmaktadır. Buna göre, “*elverişsiz teşebbüs*” ve “*işlenemez suç*” terimleri farklı hukuki anlamlara sahiptir. Bu görüş uyarınca, *hareketin elverişsizliği*, işlenmesi kastedilen suçun icrasına başlanmış sayılmasını engellediği için, bu durumların bir teşebbüs oluşturmadığını ifade etmek üzere “*elverişsiz teşebbüs*” terimi tercih edilmelidir. Buna karşılık, tipikliğin *suçun konusu dışındaki* maddi unsurlarının ve manevi unsurunun gerçekleştiği hâllerde, işlenmesi kastedilen suçun, suç konusunun bulunmaması nedeniyle tamamlanamaması “*işlenemez suç*” terimi ile ifade edilmelidir⁸.

Kurum açısından doktrinde yerleşmiş terimin “*işlenemez suç*” olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, çalışmamızda kurumu ifade etmek üzere kullanılacak terim olarak, elverişsiz teşebbüsü tercih etmemizin birden fazla nedeni bulunmaktadır. Bu nedenlerden ilki, konunun teşebbüs kurumu ile olan yakın ilişkisidir. Keza Alman ceza hukukunda, kurumun dayanağını oluşturduğu ifade edilen düzenlemeler de Alman Ceza Kanunu’nun teşebbüse ilişkin 22. maddesi⁹ ve 23. maddesinin 3. fıkrasıdır¹⁰. Bu bağlamda söz konusu iki kurumun birbirinden ayrı düşünülmemeyeceği, Alman Ceza Kanunu’nun sistematüğinden de anlaşılmaktadır.

Türk ceza hukuku sisteminde, kurumun elverişli teşebbüs ile ayırımının yapılmasında başvurulacak en önemli ölçütün neticeyi meydana getirmek için yapılan “*hareketin elverişliliği veya elverişsizliği*” olması, terim tercihimizin diğer sebebini oluşturmaktadır¹¹. Elverişsiz teşebbüs teriminin kullanılmasıyla, kurumun gerek teşebbüs ile olan ilişkisi gerekse ondan ayrıldığı en önemli nokta ortaya

⁷ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 1.

⁸ **Özgenç** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 500; **Koca** Mahmut/ **Üzülmez** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 430.

⁹ **Alm. CK. m. 22-** “Her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır.” (**Yenisey** Feridun/ **Plagemann** Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 20).

¹⁰ **Alm. CK. m. 23/3-** “Fail ağır bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların niteliğinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememişse, mahkeme ceza vermektен vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir (Alm. CK. m. 49, f. 2)”

¹¹ “Elverişli hareket” kavramının, elverişli-elverişsiz teşebbüs ayırımında en önemli argüman olduğu görüşü için bkz. **Doğan**, Tipiklik, s. 185.

konulmuş olmaktadır. Bu anlamda, neticeyi meydana getirmek için yapılan hareketin elverişsizliğini esas alan “*elverişsiz teşebbüs (untauglicher Versuch)*” teriminin konuyu en iyi şekilde açıkladığını düşünmekteyiz.

II. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KAVRAMI

Elverişsiz teşebbüs kavramını tanımlarken, teşebbüs kurumundan yola çıkılması gerekmektedir. Elverişsiz teşebbüs kavramı, teşebbüsün ortaya çıkması için gerekli bazı koşulların eksikliği durumunda gündeme gelebilecektir. Teşebbüsün koşulları, Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinde yer alan düzenleme doğrultusunda *elverişli hareketlerde bulunulması ve bir suçun icrasına doğrudan doğruya başlanması* olarak ifade edilebilir. Cezalandırılabilirlik alanını, dolayısıyla ceza hukukunun müdahale alanını genişleten bir kurum olarak ifade edilen (elverişli) teşebbüste hareketin elverişliliği ve suçun icrasına başlanması aranınca; teşebbüsün elverişsiz hâli olarak ifade edilebilecek olan çalışma konumuzda, suç tipinin maddi unsurlarını oluşturan bir durumdan (*örneğin, silahın boş veya aksamının tamamen bozuk olması*) kaynaklı olarak, başlangıçtan itibaren elverişsiz olan hareket nedeniyle, suçun tipik neticesinin gerçekleşmesinin imkânsızlığı aranmaktadır.

Türk ceza hukuku doktrininde elverişsiz teşebbüs, bir ceza kanunu hükmünü ihlale yönelmiş olmasına rağmen, hareketin (vasitanın) ihlal edilmek istenen suçla ortaya çıkacak zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması¹² veya söz konusu hareketin konusunun bulunmaması nedeniyle neticeye ulaşma konusunda başarısızlıkla sonuçlanan bir eylem olarak ifade edilmektedir¹³. Bir diğer tanıma göre ise elverişsiz teşebbüs, failin somut olayda bulunan mevcut koşullarda yanılmasına

¹² “Sanıkların içerisinde buldukları araçta olay tarihi itibarıyla görüntü ve/veya ses kaydetme sisteminin mevcut olmaması karşısında, neticeyi gerçekleştirmeye elverişli düzeneğe sahip olmayan sanıkların, katılanı sürekli gözetim ve denetimleri altında bulundurmaktan ibaret eylemlerinin Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağı gözetilmeden, sanıkların “görüntü almaya elverişli araç ile katılanın görüntülerini almaya teşebbüs etmek suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlale teşebbüste bulduklarından bahisle, suç vasfında yanılığa düşülerek, sanıklar hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince, mahkûmiyet kararı verilmesi kanuna aykırı olup...” (12. CD., 03.02.2014, 2013/8447- 2014/2291, www.hukukmedeniyeti.org).

¹³ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 1-2; **İçel**, s. 531; **Demirbaş**, s. 484-485; **Hakeri**, s. 537; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 461; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 479.

bağlı olarak, aslında gerçekleşmesi imkânsız olan neticeyi gerçekleştirme olasılığıdır¹⁴.

Alman ceza hukuku doktrininde ise elverişsiz teşebbüs, failin suça ilişkin tasavvuruna aykırı bir şekilde, fiili veya hukuki sebeplerle tamamlanamayan özel bir teşebbüs şekli olarak ele alınmaktadır¹⁵. Benzer bir tanımlamayla, bir suçu gerçekleştirmeyi amaçlayan failin hareketinin, *fiili veya hukuki sebeplerle*, mevcut koşullar altında suçun tamamlanmasına yol açamaması durumunda elverişsiz bir teşebbüs söz konusudur¹⁶.

Alman ceza hukuku doktrininde, *ex-post* olarak, yani hareketin gerçekleştirildiği andan sonraki duruma göre; her başarısız (akim kalmış) teşebbüsün, elverişsiz olarak ortaya çıktığı; bu yüzden de elverişlilik (*Tauglichkeit*) kavramının *ex ante* (*hareketin yapıldığı ana göre*) olarak yapılan bir değerlendirmeye dayandığı belirtilmektedir¹⁷. Bu duruma paralel olarak, bir teşebbüsün elverişsizliğinin de hareketin gerçekleştirilme anına göre (*ex-ante*) ve objektif bakış açısından belirlendiği ifade edilmektedir¹⁸.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre; bir teşebbüs, fail tarafından hatalı bir şekilde var olduğu zannedilen, suç tipinin unsurlarını oluşturan fiili koşullar bulunmadığı için, başarıya ulaşamaz ise elverişsizdir¹⁹.

Fiil anında çoktan ölmüş birini öldürmeye yönelik eylemlerde bulunma veya baş ağrısı için kullanılan zararsız bir hap ile gebe bir kadının çocuğunu düşürtmeye yönelik çabalar elverişsiz teşebbüsün tipik örnekleri olarak verilmektedir²⁰. Bununla

¹⁴ **Doğan**, Tipiklik, s. 183.

¹⁵ **Wessels Johannes/ Beulke Werner/ Satzger Helmut**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 46., neu bearbeitete Auflage, 2016, Verlag C. F. Müller, § 17, kn. 880; **Heinrich Bernd**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4., überarbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014, § 22, kn. 668; **Hauf Claus-Jürgen**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch, Luchterhand Verlag, Berlin 1996, s. 173; **Heinrich**, AT, § 22, kn. 668.

¹⁶ **Jescheck Hans-Heinrich/ Weigend Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996, § 50 I, s. 529; **Hillenkamp Thomas**, in: Strafrecht Leipzig Kommentar, Großkommentar 12., neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2007, § 22, kn. 179; **Seier Jürgen/ Gaude Désirée**, "Untaugliche, grob unverständige und abergläubische Versuche", JuS 1999, Heft 5, s. 457.

¹⁷ **Fischer Thomas**, Beck'sche Kurz-Kommentare, Strafrecht Allgemeiner Teil mit Nebengesetzen, 63. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2016, § 22, kn. 39.

¹⁸ **Roxin**, AT II, § 30 III, kn. 82; **Kindhäuser Urs**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Nomos, 2009, § 32, kn. 7; **Heinrich**, AT, § 22, kn. 669.

¹⁹ BGH 6, 251 (**Fischer**, § 22, kn. 39).

²⁰ **Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 529; **Haft Fritjof**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Eine Einführung für Anfangssemester, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2004, s. 233; **Valerius Brian**, "Untauglicher Versuch und Wahndelikt", Juristische Arbeitsblätter, Heft 2, 2010, s. 114.

birlikte, bazı örnekler bakımından Türk ve Alman ceza hukuku doktrininde farklı değerlendirmelerde bulunulduğunun ifade edilmesi gereklidir. Örneğin; gerçek durumda boş olan silahın, fail tarafından dolu zannedilerek mağdurun üzerine doğrultulup öldürme kastıyla tetiğin çekilmesi durumunu, Türk ceza hukuku doktrininde elverişli hareket kapsamında, dolayısıyla elverişli teşebbüs olarak değerlendirenler söz konusudur²¹. Bu durum, Alman ceza hukukunda elverişsiz bir teşebbüs olarak kabul edilmektedir. Fail, sübjektif olarak gerçek durum üzerinde kendisinin (*silahın dolu olması şeklindeki*) yanlış tasavvuru nedeniyle, hareketinin tipikliği gerçekleştirebileceğini varsaymaktadır. Bu yüzden fail, hareketinin gerçekleştirmek istediği suçun neticesini (*mağdurun ölümü*) meydana getirmeye yönelik elverişliliğinde de hatalıdır²². Kanaatimizce de söz konusu durum, tipik bir elverişsiz teşebbüstür. Zira, bu durumda gerçekleştirilmesi amaçlanan netice için suçta kullanılan araç (*boş silah*), başlangıçtan itibaren mutlak biçimde elverişsizdir. Başka bir ifadeyle, tipik neticeyi gerçekleştirmesi hiçbir koşul altında mümkün değildir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, elverişsiz teşebbüs, “*suç işleme kararının icrası doğrultusunda gerçekleştirdiği hareketinin başlangıçtan itibaren objektif olarak başarısızlığa mahkûm olduğu bir durumda, failin, suçun maddi unsurlarını oluşturan bir duruma ilişkin yanlış sübjektif tasavvuru sebebiyle, tipik neticeyi meydana getirebileceğini düşünmesi*” olarak tanımlanabilir.

III. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Teşebbüs Kavramı ile Karşılaştırılması

Elverişsiz teşebbüs kavramının teşebbüs kurumu ile karşılaştırılması neticesinde, elverişsiz teşebbüsün daha net bir şekilde ortaya konulabileceği ve anlaşılabilmesi söylenebilir. Bu bağlamda, öncelikle teşebbüs kavramına yer verilecek, ardından iki kurumun benzer ve farklı yönleri açıklanmaya çalışılacaktır:

Suçun işlenmesinde suç yolu (*iter criminis*) olarak da ifade edilen çeşitli aşamalar bulunur. Bunlardan ilki, *suç fikrinin ortaya çıkması ve düşünce aşamasıdır*.

²¹ Özgenç, s. 499; Önder, s. 426.

²² Valerius, JA 2010, s. 113.

Söz konusu aşamada, her şey failin iç dünyasında gerçekleşmekte, yani bu aşamanın dış dünyaya bir yansıması olmamaktadır. Bu aşamanın ceza hukukunun müdahalesi dışında olduğu açıktır²³. İkinci aşama ise, *hazırlık hareketleri aşamasıdır*. İstisnalar dışında, hazırlık hareketleri aşamasının da cezalandırılabilirliği söz konusu değildir. Hazırlık hareketleri aşamasını takip eden üçüncü aşama, *icra hareketlerinin başlaması ve neticenin gerçekleşerek suçun tamamlanması aşamasıdır*. Failin hazırlık hareketlerini bitirip icra hareketlerine başladığı zamanın tespit edilmesi, ceza hukukunun müdahale edebileceği noktayı da belirlediğinden önemlidir. Kural olarak, ceza hukukunun müdahalesi dışında kalan hazırlık hareketleri aşamasının tamamlanıp icra hareketlerinin başlamasıyla artık söz konusu fiil cezalandırılabilir alana dâhil olacaktır²⁴.

Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinden yola çıkılarak suça teşebbüsün, bir suçun icrasına elverişli hareketlerle başladıktan sonra, failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması şeklinde tanımlanması karşısında, teşebbüsün söz konusu olabileceği aşamanın *suç yolunun üçüncü aşaması* olduğu açıktır²⁵. Suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanmış olması, teşebbüsün maddi unsurunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte, kastedilen suçun tamamlanamaması iki şekilde ortaya çıkabilir: İlk durumda, suçu işlemeye yönelik icra hareketleri sonuna kadar götürülemez; ikinci durumda ise suçu işlemeye yönelik hareketler tamamlanmıştır ancak suçun varlığı için gerekli olan netice ortaya çıkmamıştır²⁶. İlk duruma örnek olarak, failin elindeki molotof kokteylini yakmaya çalıştığı sırada görevlilerce yakalanması²⁷; ikinci duruma örnek olarak ise, mağduru öldürme kastıyla silahını ateşleyen failin hedefi tutturaması sonucu, yerden seken kurşunun mağduru ayağından hafif şekilde yaralaması verilebilir.

²³ Artuk/Gökçen, s. 618-619; Öztürk/Erdem, kn. 623, 624, s. 363-364; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 457; Hafizoğulları/Özen, Genel, s. 304; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 447; Hakeri, s. 497; Aydın Devrim, "Suça Teşebbüs", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 1, Y. 2006, s. 86. *Suç yolunun düşünce aşamasının, sadece kasıtlı suçlarda söz konusu olabileceği yönünde bkz. Toroslu/Toroslu, s. 289.*

²⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 447.

²⁵ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 113, s. 108; İçel, s. 507; Öztürk/Erdem, kn. 629, s. 366; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 447; Hakeri, s. 500.

²⁶ Aydın D., s. 88; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 457.

²⁷ "Dosyada yer alan 15.08.2006 tarihli yakalama tutanağına göre sanığın elindeki molotof kokteylini yakmaya çalıştığı sırada görevlilerce güç kullanılmak suretiyle yakalandığının anlaşılması karşısında, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı..." (9.CD., 13.07.2010, 4768/8415, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı).

Kanunumuzdaki suça teşebbüse ilişkin düzenleme bu şekilde ifade edildikten sonra, suça teşebbüs ile çalışma konumuzu oluşturan elverişsiz teşebbüs açısından önem arz eden hususlar ifade edilirken; öncelikle sübjektivist görüşten bahsedilmesi gereklidir:

Sübjektif görüş taraftarları, neticenin eksikliğini teşebbüsün zorunlu bir şartı olarak ifade etmişler ve bu nedenle her teşebbüsün özünde elverişsiz olduğunu savunmuşlardır. Suça teşebbüs ve elverişsiz teşebbüsle ilişkilendirilen bu objektif elverişsizlik, özellikle *v. Buri* tarafından her iki teşebbüs türünün (elverişli teşebbüs-elverişsiz teşebbüs) eşitliği için ileri sürülmüştür. Bu sonuca, sadece değerlendirenin *ex-post* (hareket anından sonraki koşullara göre) bakış açısı ile ulaşılabilir. Bu bakış açısından, olayın somut koşulları hesaba katıldığında, bir tamamlanmaya asla ulaşamayacağı için neticenin eksikliği önemli olarak görülmektedir²⁸.

v. Lizst'in “*sonradan yapılan tahmini (nachträglicher Prognose)*” *ex-ante* (hareketin gerçekleştirildiği ana göre) bakış açısına yerleştirildiğinde ise, sonuç farklı olacaktır. Sonradan yapılan tahminle bir değerlendirme yaparken, hâkimin icra anına geri dönmesi, genel bilinebilir veya yalnızca failin bildiği koşulları göz önünde bulundurması gerekir²⁹. Bu şekilde yapılan değerlendirmeden ise farklı bir sonuç ortaya çıkar: Elverişsiz teşebbüste elverişsizlik ilk baştan itibaren, yani suça yönelik iradenin gösterilmesinin başlangıcından itibaren (*vom Beginn der Willensbetätigung an*) bulunmaktayken; suça teşebbüste elverişsizlik sadece hareketin icrası sırasında meydana gelmektedir. Aksi hâlde yani, elverişsizlik baştan beri mevcut olmamış olsa, araçların veya suç konusunun elverişsizliğinden hiçbir şekilde söz edilemeyecektir. Buna karşılık, normal teşebbüste neticenin gerçekleşmemesine şartların ani bir şekilde değişmesi nedeniyle, failin aksi hâlde tamamlayacağı niyetini tamamlayamaması sebebiyet verir³⁰.

Yine sübjektivistler tarafından, her teşebbüs hareketi kendine özgü bir elverişsizlik taşıdığı için, her teşebbüste soyut ve somut nedensellik bağının eksik olduğu savunulmaktadır. Normal teşebbüs ile elverişsiz teşebbüsün aynı şekilde ele

²⁸ **Lewinsky** Max, Der untaugliche Versuch, ein Beitrag zur Strafrechtsreform unter Berücksichtigung der neuen Europäischen Strafgesetzentwürfe, Inaugural Dissertation, zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Universität Köln, Schneidemühl 1927, s. 15.

²⁹ **v. Liszt** Franz/ **Schmidt** Eberhard, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, 26. Auflage, Berlin und Leipzig, § 45, s. 313.

³⁰ **Lewinsky**, s. 15-16.

alınip cezalandırılmasını haklı göstermek için, ortak bir kavramsal unsur kullanmak isteyen sübjektivistlerin bu görüşü çelişkilidir. Çünkü her iki teşebbüs türünde de ortaya çıkan ve fakat tamamen farklı niteliğe sahip olan failin hatasında aslında özel bir fark bulunmaktadır. Tüm teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda fail, nedensel akışa ilişkin bir hata içinde bulunmaktadır. Çünkü eyleminin başından itibaren başarısızlığının bilincinde olan kişi, suça yönelik kastını ortaya koymayacaktır. Fail, eylemini gerçekleştirirken başarı umuduyla, bir başka ifadeyle neticenin gerçekleşeceği inancıyla hareket eder. Elverişsiz teşebbüs ve elverişli teşebbüste hataya ilişkin farkı ise, elverişsiz teşebbüs her zaman failin üzerinde hatalı olduğu başlangıçtaki eksikliklere bağlı olduğu için, hatanın elverişsiz teşebbüste her zaman gerekli olması oluşturur. Zira fail, hareketinin seçtiği suç konusu üzerinde ve mevcut araçlarla başarılı olacağına inanmaktayken, suç konusu veya araçların elverişli olmaması nedeniyle netice elde edilemez. Buna karşılık normal teşebbüste, suça ilişkin hareketlerin başlangıcında netice tamamen mümkün olduğu ve failin üzerinde hata yapacağı bir durum bulunmadığı için bir hatadan söz edilemez³¹.

Normal teşebbüste; fiziki engel veya gönüllü vazgeçme sonucu tamamlanmamış teşebbüs de birbirinden ayırt edilmektedir. İlk durumda fail, dış (harici) koşulların ani değişikliğinin bir sonucu olarak engellendiği için, fiziki engelin varlığı durumunda bir hatanın varlığından söz edilemez. Bu durumda, failin suç planını devam ettirmesi, tamamen onun şahsında olmayan bir koşul yüzünden imkânsızlaşmaktadır. Burada ayrıca, tesadüflerden de bahsedilmesi gerekmektedir. Örneğin; bir hırsız, mal sahibinin geri dönmesi nedeniyle eyleminde başarısız olmuşsa, bu durumda da bir hatanın varlığından söz edilemez. Çünkü, hırsız öngörmediği ve üzerinde hata içinde de bulunamayacağı bir tesadüf (mal sahibinin dönüşü) nedeniyle engellenmemiş olsaydı, hırsızlık kesinlikle gerçekleşmiş olacaktı. Aynı durum, fail amacından gönüllü olarak vazgeçmeseydi, istenen sonucun gerçekleşeceği gönüllü vazgeçme durumlarında da geçerlidir. Burada da bir hatanın mevcudiyetinden bahsetmek doğru olmayacaktır³².

Yukarıda ifade edilen nedenlerle, bir hatanın varlığının nasıl ki tamamlanmış bir teşebbüste reddedilmesi gerekiyorsa, elverişsiz teşebbüs durumlarında da bir hatanın varlığının mutlak şekilde kabulü gerekir. Bu değerlendirmelerden yola

³¹ Lewinsky, s. 16.

³² Lewinsky, s. 16-17.

çıkılarak, elverişsiz teşebbüsün teşebbüs alanının tamamı içinde özel bir konuma sahip olduğu ve her teşebbüsü elverişsiz olarak kabul eden ve elverişsiz teşebbüsün diğer teşebbüs türlerinden farklı ele alınıp cezalandırılmasını reddeden sübjektivist bakış açısının doğrudan doğruya kabul edilemeyeceği açıktır³³.

Teşebbüs ile elverişsiz teşebbüs, suçun tamamlanamaması noktasında kesişmektedirler. Her ikisinde de suç, failin elinde olmayan bir nedenle tamamlanamamaktadır³⁴. Dolayısıyla hem teşebbüs hem de elverişsiz teşebbüs, tamamlanmış suça göre objektif tipiklik bakımından eksiklik göstermektedir. Kural olarak, *sübjektif tipiklik*, *hukuka aykırılık* ve *kusurluluk* aşamasındaki eksiklikler, teşebbüs durumlarına yol açmaz³⁵.

Elverişli bir teşebbüs ile elverişsiz teşebbüsü ayıran nokta ise, suçun tamamlanamamasına neden olan durumların ikisinde farklı mahiyetlere sahip olmasıdır. Elverişli teşebbüsün koşulları göz önünde bulundurulduğunda, baştan itibaren işlenebilen bir suçun söz konusu olduğu görülmektedir. Ancak buna rağmen, elverişli teşebbüste, suçta kullanılan araçların elverişsizliği veya suç konusunun bulunmaması dışında faili engelleyici bir sebep, suçun tamamlanamamasına neden olmaktadır³⁶. Buna karşılık elverişsiz teşebbüste, bu sebep (suçun konusundan kaynaklanan elverişsizlik, suçta kullanılan aracın elverişsizliği ve failden kaynaklanan elverişsizlik), eylemi başından itibaren başarısız (tamamlanamaz) kılmaktadır³⁷.

Elverişli teşebbüs ile elverişsiz teşebbüs arasındaki bir diğer fark ise, suçla korunan hukuki değer açısından ortaya çıkan ihlal tehlikesi durumuna ilişkindir. Elverişsiz teşebbüs kavramını ele alırken değinmiş olduğumuz gibi, elverişsiz teşebbüs durumunda suçla korunan hukuki değer için ihlali ortaya çıkarabilecek tehlike en fazla soyut bir tehlikedir. Buna karşılık, elverişli teşebbüs durumlarında, suçla korunan hukuki değer, somut bir ihlal tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır³⁸.

³³ **Lewinsky**, s. 17.

³⁴ **Doğan**, Tipiklik, s. 183. Neticenin meydana gelmesi, failin iradesiyle önlenmiş ise, artık bu noktada teşebbüsten değil, gönüllü vazgeçmeden söz edilecektir.

³⁵ **Baumann Jürgen/ Weber Ulrich/Mitsch Wolfgang/ Eisele Jörg**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12., völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2016, § 22, kn. 5.

³⁶ **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 162, s. 159.

³⁷ **Doğan**, Tipiklik, s. 186.

³⁸ **Heinrich**, AT, § 22, kn. 668. *Alacakaptan*, elverişsiz teşebbüs durumlarında hareketin, suçla korunan hukuki değeri bir zarara veya tehlikeye uğratmasının imkânsız olduğunu ifade

B. Elverişsiz Teşebbüs ve Hata İlişkisi

Sözlükte hata; yanlış, yanlış, istemeyerek, bilmeyerek gibi anlamlara gelir³⁹. Hata etmek ise, yanlışlık yapmak, yanlışlığa düşmektir. Bilmemek veya yanlış bilmek şeklinde ortaya çıkan hata, kişinin tasavvurunun, zihninden geçirdiklerinin gerçekte uyuşmaması anlamına gelmektedir⁴⁰. Başka bir ifadeyle hata, failin irade ettiği ile gerçekleşenin farklı olması durumu olarak tanımlanabilir⁴¹. Kural olarak iradenin oluşum sürecine etki eden hata, gerçeğin yanlış biçimde tasavvur edilmesine veya yanlış bilinmesine yol açarak bozulmuş bir iradenin doğmasına neden olur⁴².

Hatanın sözlük anlamından yola çıkılacak olursa, elverişsiz teşebbüs durumlarında da failin bir yanlış içinde olduğu söylenebilir. Çünkü elverişsiz teşebbüsün faili, suçta kullandığı aracın gerçekleştirmek istediği suçun neticesini meydana getirmeye elverişli olduğunu, gerçekleştirmek istediği suç açısından hareketinin yöneldiği konunun elverişli olduğunu veya kendisinin söz konusu suç açısından elverişli bir fail olduğunu, somut ve gerçek durum böyle olmadığı hâlde zannetmektedir.

Hukuki bir kurum olarak hata ile elverişsiz teşebbüs arasındaki ilişki ise Alman ceza hukuku doktrininde *yorum* yoluyla kurulmaktadır.

Yorum, bir kanuni düzenlemenin ya da kanuni düzenlemede yer alan bir kelimenin ifade ettiği gerçek anlamı saptamak amacıyla gerçekleştirilen düşünsel bir faaliyet olarak tanımlanabilir⁴³. Bu bağlamda kıyastan farklı olarak, mevcut bir kanuni düzenlemeye dayalı olarak gerçekleştirilen yorum, demokratik hukuk devletinde ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan kanunilik ilkesinin güvence oluşturma işlevi bakımından da bir sakınca oluşturmayacaktır⁴⁴. Ceza hukukunda yorum yapılırken kullanılan yorum yönteminin ne olduğundan bağımsız olarak, çeşitli yorum araçlarından (*mantık, tarihçe, hukukun genel ilkeleri, karşılaştırmalı*

etmektedir. Bu nedenle, söz konusu görüşe göre elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımı için, neticenin meydana gelmemiş olması yeterli olmaz, neticenin meydana gelmesinin imkân dâhilinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir (**Alacakaptan**, *İşlenemez Suç*, s. 24-25).

³⁹ www.tdk.gov.tr.

⁴⁰ **Önder**, s. 325; **Artuk/Gökçen**, s. 579; **Koca/Üzülmez**, s. 253; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 292-293; **Öztürk/Erdem**, kn. 577, s. 334.

⁴¹ **Demirbaş**, s. 424; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 420.

⁴² **Toroslu/Toroslu**, s. 252; **Koca/Üzülmez**, s. 253.

⁴³ **Demirbaş**, s. 125; **Artuk/Gökçen**, s. 122; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 111; **Özgenç**, s. 129.

⁴⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 112.

hukuk, örf ve âdet kuralları gibi) faydalanılmaktadır⁴⁵. İşte Alman ceza hukuku doktrininde elverişsiz teşebbüs ve hata kurumları arasında bağlantı kurulurken, düşüncenin düşünceyle doğrulanması bilimi olarak tanımlanan **mantık**⁴⁶ kullanılmaktadır. Fikri bir faaliyet olan yorumda, mantık ve mantık kurallarından yararlanılması kaçınılmazdır.

Alman Ceza Kanunu'nun tipiklik hatasına ilişkin 16. maddesinin yorumunda, hukukumuzda “*mefhum-u muhalif beyyinesi, aksi ile kanıt (ispat), karşıt kavramdan anlam çıkarma*” olarak ifade edilen, latince adı “*argumentum a contrario*” olan mantık kuralı kullanılarak, elverişsiz teşebbüs açısından sonuçlara ulaşılmaktadır. Almanya’da “**Umkehrprinzip**” veya “**Umkehrschluss**” olarak ifade edilen bu mantık kuralı temelinde “**tersine sonuç çıkarma öğretisi (die Lehre vom Umkehrschluß)**” olarak adlandırabileceğimiz bir öğreti oluşturulmuştur.

Bu mantık kuralı çerçevesinde, genel hatları itibariyle *elverişsiz teşebbüs ile tipiklik hatası* arasındaki bağlantı şu şekilde kurulmaktadır:

Tipiklik hatasında fail, objektif olarak mevcut olan durumları bilmemesine karşın; elverişsiz teşebbüste, suç tipinin kastına dâhil olup yokluğu suçun tamamlanmasını imkânsızlaştıracak olan durumları, gerçekte var olmamasına rağmen varmış gibi tasavvur etmektedir. Tipiklik hatasında failin bilgisi, gerçekliğin gerisinde kalırken (*olumsuz hata= “negativer” Irrtum*), elverişsiz teşebbüste failin tasavvuru gerçekliği aşmaktadır (*olumlu hata= “positiver” Irrtum*). Bu doğrultuda, her teşebbüs olmasa da en azından elverişsiz teşebbüsün bir “**ters tipiklik hatası (umgekehrter Tatbestandsirrtum)**” hâli olduğu ifade edilmektedir⁴⁷. Bununla birlikte, hatanın bu şekilde tersine çevrilmesi ile elverişsiz teşebbüs açısından sonuçlara varılması, Alman ceza hukuku doktrininde eleştirilerle de karşılaşmıştır⁴⁸.

⁴⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 116-117.

⁴⁶ **Hançerlioğlu** Orhan, Felsefe Sözlüğü, 2. Baskı, İstanbul, tarihsiz.

⁴⁷ **LK-Hillenkamp**, § 22, kn. 180; **Eser** Albin/ **Bosch** Nikolaus, in: Schönke Adolf/ Schröder Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 29., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, 2014, § 22, kn. 68, 70; **Rengier** Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012, § 35, kn. 1.

⁴⁸ Eleştirisi için bkz. **Baumann** Jürgen, “Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht”, NJW 1962, 15. Jahrg.-1.Halbband, Heft 1/2, s. 16-18; **Roxin** Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, München 2003, § 29 V, kn. 404; **Roxin** Claus, “Die Abgrenzung vom untauglichem Versuch und Wahndelikt”, Juristen Zeitung, 52. Jahrgang, Nr. 20, 1996, s. 985; **Kudlich** Hans, “BGH: Untauglicher Versuch bei -umgekehrten Tatbestandsirrtum-”, Neue Zeitschrift für Strafrecht, Heft 9, 1997, s. 433.

Öğreti ve öğretiyeye yöneltilen eleştiriler, mefruz suç başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır⁴⁹. Burada, sadece çalışmamızın elverişsiz teşebbüsün mefruz suç ile karşılaştırıldığı kısmında yer alan açıklamaların daha iyi şekilde anlaşılması için genel bilgi vermekle yetinilmiştir. Çünkü söz konusu öğreti, aslında Alman ceza hukukunda *elverişsiz teşebbüs* ve *mefruz suç* teşkil eden durumların birbirinden ayrılmasında esaslı bir role sahip bulunmaktadır.

C. Mefruz Suç İle Karşılaştırılması

1. Mefruz Suç ve Elverişsiz Teşebbüs Ayrımı

Doktrinde *farz edilen-varsayılan suç*⁵⁰, sözde suç⁵¹, *hayalî suç*⁵², *varsayımsal suç*⁵³ ve *olumlu hukuki hata*⁵⁴ gibi farklı şekillerde isimlendirilen kurum, çalışmamız kapsamında **mefruz suç** olarak ifade edilecektir⁵⁵. Böyle bir tercihte bulunulmasının nedeni, durumun temel olarak failin hatalı varsayımına, faraziyesine dayalı olarak ortaya çıkmasıdır. Ayrıca “*mefruz suç*” ibaresi, Alman ceza hukuku doktrininde kurum için kullanılan “*Wahndelikt*” ve “*Putativdelikt*” terimlerini de daha iyi karşılamaktadır.

Mefruz suçun cezasızlığı, tüm modern ceza hukuku sistemlerinde kabul edilmiş olmakla birlikte, mefruz suçta kanunda yer verip vermemek konusunda kanunkoyucular farklı tercihlerde bulunulabilmektedir. Bu çerçevede mefruz suç, Türk Ceza Kanunu’nda ve Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş değildir. Buna karşılık İtalyan Ceza Kanunu, elverişsiz teşebbüs (*reato impossibile*) ve mefruz suç (*reato putativo*) 49. maddesinde bir arada düzenlemektedir⁵⁶. Türk Ceza Kanunu’nda

⁴⁹ Bkz. *Birinci Bölüm, III, C, 3, b, (4)*.

⁵⁰ **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 71, s. 72.

⁵¹ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 3; **Artuk/Gökçen**, s. 227; **Toroslu/Toroslu**, s. 270; **Öztürk/Erdem**, kn. 693, s. 398; **Aydın M.**, s. 97; **Doğan**, Tipiklik, s. 186.

⁵² **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 480; **Hakeri**, s. 138.

⁵³ **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 318; **Erman** Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 274.

⁵⁴ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, 10. Baskı, s. 207.

⁵⁵ Benzer şekilde “*mefruz suç*” terimi tercihi için bkz. **Taner**, s. 288; **İçel**, s. 531; **Demirbaş**, s. 224; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 461; **Dursun/Bozbayındır**, s. 63; **Soyaslan**, Genel, s. 332; **Tozman**, s. 186.

⁵⁶ **Maiwald** Manfred, Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2009, § 7, s. 77. Düzenleme uyarınca, suç oluşturduğu yanlış

mefruz suça ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması bir eksiklik oluşturmaz, zira mefruz suç durumunda tipik bir fiil söz konusu değildir⁵⁷. Mefruz suçun cezasızlığı, hem anayasal bir ilke olarak kabul edilmiş olan (AY. m. 38/1) hem de Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan (TCK m. 2/1) kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁸.

Türk ceza hukuku doktrininde mefruz suç, genellikle, failin suç işlediğini sanmasına rağmen, aslında kanunda böyle bir suçun bulunmaması olarak tanımlanmaktadır⁵⁹. Hemen hemen benzer olan bir diğer tanıma göre ise mefruz suç, kişinin kanunda suç sayılmayan bir fiili, suç sayıldığı düşüncesiyle işlemesidir⁶⁰.

Mefruz suçun ne olduğunu temel olarak ortaya koyan tanımlardan, elverişsiz teşebbüs ile mefruz suçun birbirinden farklı nitelikte iki kurum olduğu ilk bakışta kolaylıkla anlaşılabilir gözükmekle birlikte, çok fazla ortak yöne de sahip olan bu iki kurumun birbirinden ayrılmasında zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu nedenle, mefruz suçun neyi ifade ettiği, hangi durumların mefruz suç kapsamında değerlendirildiği ve mefruz suçun elverişsiz teşebbüs ile benzerlik ve farklılık arz eden noktalarının daha ayrıntılı bir şekilde ele alınması önem arz etmektedir.

Öncelikle elverişsiz teşebbüste fail, varlığı halinde tipikliği gerçekleştirecek olan, gerçekte var olmayan (tipikliğe ait) suçun maddi unsurunu oluşturan bir durumu, yanlışlıkla varmış gibi tasavvur etmektedir⁶¹. Mefruz suçta ise, durum tamamen farklıdır. Mefruz suçta fail, gerçekte izin verilmiş (doğru olan) eyleminin,

varsayımıyla, suç oluşturmayan bir fiil işleyen kişi cezalandırılmaz. Ancak fiil başka bir suçu oluşturuyorsa, faille söz konusu suç için kanunda öngörülen ceza verilir (**Wise** Edward M./**Maitlin** Allen, *The Italian Penal Code*, 1978, s. 16-17).

⁵⁷ **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 72, s. 74; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 319.

⁵⁸ Alman ceza hukukunda da mefruz suç durumlarının cezasızlığı, Alman Anayasası'nın (Alman Federal Cumhuriyeti Temel Kanunu) 103. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen "*kanunilik ilkesi*" (*Gesetzmaßigkeitprinzip=Gesetzlichkeitsprinzip=Nullum-crimen-Grundsatz*) temelinde açıklanmaktadır. Zira, mefruz suç teşkil eden durumlarda, Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesi anlamında tipik bir davranış söz konusu değildir (**Herzberg** Rolf Dietrich, "Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH", *Juristische Schulung*, 20. Jahrgang, Juli 1980, Heft 7, s. 469; **Hotz** Dominik, "Untauglicher Versuch und Wahndelikt bei Fehlvorstellungen über rechtseinstitutionelle Umstände", *Juristische Schulung*, JuS 2016, Heft 3, s. 222; **Valerius**, JA 2010, s. 113). Söz konusu düzenlemeye göre; bir fiil, ancak işlenmesinden önce, bir kanun tarafından cezalandırılacağı öngörülmüş olması koşuluyla cezalandırılabilir (**Haft**, s. 30; **Roxin** Claus/ **Arzt** Gunter/ **Tiedemann** Klaus, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, 2., überarbeitete Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1988, s. 17).

⁵⁹ **Dönmezer/Erman**, C. I, kn. 497, s. 363; **Demirbaş**, s. 224; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 318; **Soyaslan**, Genel, s. 332; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 461.

⁶⁰ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, 10. Baskı, s. 207.

⁶¹ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 882; **Artuk/Gökçen**, s. 227.

bir ceza normunu karşıladığını varsaymaktadır. Oysa ki söz konusu ceza normu ya sadece failin tahayyülünde vardır ya da fail yanlış yorumu ile mevcut bir ceza normunun kapsamını kendi aleyhine aşırı genişletmektedir⁶². Bu bağlamda, kanaatimizce mefruz suç ifade ederken, mutlak anlamda bir kanuni düzenlemenin yokluğundan hareket etmek yeterli olmayacaktır. Keza mefruz suçun elverişsiz teşebbüsle ayırımında asıl sorunu oluşturan ikinci görünüm şekli, mevcut bir ceza normuna dayalı olarak ortaya çıkmaktadır⁶³.

Hem mefruz suçta hem de elverişsiz teşebbüste, subjektif ortak bir özellik olarak hatalı suç işleme iradesi ile harekete geçen bir failden, yani kendi aleyhine bir hata içinde olan failden söz edilmekle birlikte⁶⁴, bu hatalı iradeler birbirinden farklılık arz etmektedir. Mefruz suçta irade edilen netice, kanun ile gerçek bir çatışma içinde değildir, hayali bir çatışmadan söz edilir. Elverişsiz teşebbüste ise, failin iradesi, ilgili ceza kanunu hükmüyle tam bir çatışma içindedir. Ancak bu çatışma, aracın (vasıtanın) elverişsizliği veya suçun maddi konusunun yokluğu gibi sebeplerle fiilen gerçekleşmemektedir⁶⁵.

Elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç, ortaya koyduğu sonuçlar bakımından da ortak özellik göstermektedir. Keza her iki durumda da suçun konusu somut bir tehlikeye düşürülmüş değildir⁶⁶. Bununla birlikte; elverişsiz teşebbüs faili, hukuk düzeni tarafından cezalandırılan bir neticeyi gerçekleştirmek istemesine rağmen bunu yapamazken; mefruz suç faili, hukuk düzenince cezasız olan bir davranışı cezalandırılabilir zannetmektedir⁶⁷.

⁶² **Jescheck/Weigend**, § 50 II; s. 533; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 882; **Artuk/Gökçen**, s. 227; **Kindhäuser**, § 30, kn. 22-23; **Schmitz** Roland, “Die Abgrenzung von strafbarem Versuchen und Wahndelikt”, Jura 2003, Heft 9, s. 593; **Kohn** Fritz, Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen hinsichtlich ihrer begrifflichen Scheidung und ihrer Strafbarkeit, Inaugural Dissertation, Schletter’sche Buchhandlung, Breslau 1904, s. 2.

⁶³ Mefruz suçun mutlaka var olmayan bir ceza normunun tasavvurunu gerektirmediği; tasavvur edilen olayın hatalı şekilde gerçekte mevcut bir norm altında değerlendirilmesi durumunda da bir mefruz suç bulunabileceği yönünde bkz. **Frister** Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015, kn. 23/18.

⁶⁴ **Kühl** Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2005, § 15, kn. 96; **Hotz**, s. 222.

⁶⁵ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 9-10.

⁶⁶ Elverişsiz teşebbüs durumunda, en fazla soyut bir tehlikeden söz edilebileceği yönünde bkz. **Heinrich**, AT, § 22, kn. 668. *Haft*’a göre, suçun konusuna bir saldırı olmasa da hukuki değer ihlalinin söz edilebilir. Suçun konusu için somut bir tehlikenin bulunmadığı elverişsiz teşebbüs durumunda; saldırı ile zihinsel olarak hiçe sayılan hukuki değer, ihlal edilmiş olacaktır (**Haft**, s. 63). *Aksi yönde bkz. Alacakaptan*, İşlenemez Suç, s. 7-8.

⁶⁷ **Maurach** Reinhart/ **Gössel** Karl Heinz/ **Zipf** Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch, 7.,

Kural olarak elverişsiz teşebbüsün temelinde bir algılama hatası, mefruz suçun temelinde ise hukuki bir yorum ya da değerlendirme hatası (*Bewertungssirrtum-Subsumtionsirrtum*) bulunmaktadır. Yani elverişsiz teşebbüste, dış dünyaya ilişkin bir şeyin olduğundan farklı algılanması söz konusuyken; mefruz suçta kural olarak normatif dünyaya (kurallar alanına) ilişkin bir hatadan bahsedilir⁶⁸. Alman ceza hukukunda, elverişsiz teşebbüsün, bir “*ters tipiklik hatası (umgekehrter Tatbestandsirrtum)*”; mefruz suçun ise “*ters yasak hatası (umgekehrter Verbotsirrtum)*” teşkil ettiği genellikle ifade edilmektedir⁶⁹. Mefruz suç ile yasak hatası arasında kurulan bu ters ilişki, Alman Ceza Kanunu’nun yasak hatasını düzenleyen 17. maddesinde fiilin hukuka aykırı olduğu bilincini taşımayan, fiilini haklı olarak değerlendiren bir failden söz edilirken⁷⁰; mefruz suçtaki failin bunun tersi durumda olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte *Roxin*, Alman Ceza Kanunu’nun 17. maddesindeki haksızlık bilgisine sahip olmak için cezalandırılabilirlik bilincinin gerekli olmadığı⁷¹ ve cezalandırılabilirlik hatası ile yasak hatasının iki ayrı şey olduğunu ifade etmektedir⁷². Bu bağlamda, cezalandırılabilirliğin yanlış varsayımını da mefruz suçta dâhil kabul etmekte ve mefruz suçun Alman Ceza Kanunu’nun 17. maddesinin tam tersini karşılamadığını savunmaktadır. Bu noktada, Alman ceza hukuku doktrininde mefruz suçun kapsamının Türk ceza hukuku öğretisinden daha geniş algılandığının önemle vurgulanması gerekmektedir.

Mefruz suç ile elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumların birbirinden ayırılması, Alman ceza hukuku sistemi gibi teşebbüs kurumu bakımından subjektif yaklaşımın ağırlıklı olduğu ceza hukuku sistemleri açısından büyük önem

neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989, § 40 IV, kn. 143, 154.

⁶⁸ **Hotz**, s. 222; **Frister**, kn. 23/19.

⁶⁹ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 882; **Kühl**, § 15, kn. 96; **Hotz**, s. 222; **Haft**, s. 234; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 70, 78; **Murmann** Uwe, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2017, § 28, kn. 42, 45; **Ebert** Udo, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3., völlig neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2001, s. 154. Türk ceza hukuku doktrininde benzer yöndeki görüş için bkz. **Öztürk/Erdem**, kn. 695, s. 399.

⁷⁰ “*Etwas zu Unrecht tun*”; bir haksızlık gerçekleştirmek kavramı, burada hukuka aykırı olan bir şeyi yapmak şeklinde anlaşılmalıdır. Failin sadece ahlaki değerlere aykırı bir şey yaptığını bilmesi yetmez. Fail, yürürlükte olan hukuk ile koruma altına alınmış olan değerler düzenini ihlal ettiğini bilmek zorundadır (**Yenisey/Plagemann**, § 16-17, dn. 8).

⁷¹ **Roxin** Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006, § 21, kn. 13.

⁷² **Roxin**, Abgrenzung, s. 984.

taşımaktadır. Keza söz konusu ceza hukuku sistemlerinde, elverişsiz teşebbüs durumlarının da içerdiği haksızlık nedeniyle ceza yaptırımına tabi tutulması şeklinde bir yöntem izlenmektedir. Bununla birlikte, fiil ceza hukuku anlayışına dayalı modern ceza hukuku anlayışına paralel olarak mefruz suçun cezasızlığı burada da tartışmasız kabul edilmektedir. Yani, fiili mefruz suç olarak nitelendirilen fail herhangi bir yaptırımla karşılaşmazken; fiilinin elverişsiz teşebbüs teşkil ettiği sonucuna varılan fail, ceza hukukunun müdahalesi ile karşı karşıya kalacaktır. Hâl böyle olunca, mutlak cezasız olan mefruz suç ve (cezalandırılabilir) elverişsiz teşebbüs durumlarının birbirinden ayırt edilmesi, kişi hak ve özgürlükleri ile doğrudan bağlantılı olmaktadır. Alman ceza hukukunda hâlâ bu ayırımın yapılmasında tartışmalı hususların bulunması ve konuya ilişkin olarak yargı kararlarında da bir teklik oluşturulamaması, ilk aşamada kolay görünen bu ayırımın esasen içerdiği zorlukları gözler önüne sermektedir.

Mefruz suç-elverişsiz teşebbüs ayırımı, teşebbüs konusunda benimsediği objektif yaklaşımın sonucu olarak elverişsiz teşebbüsü de cezalandırmayan Türk ceza hukuku sistemi açısından, mevcut durum itibariyle herhangi bir fark yaratmamaktadır. Bununla birlikte, Türk ceza hukuku doktrininde, elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumlar için bir *ceza hukuku yaptırımı* öngörülmesinin gerektiği yönünde görüş bildirenler azımsanamayacak niteliktedir⁷³. Bu bağlamda, söz konusu ayırım, Türk ceza hukuku açısından mevcut durum itibariyle pratik bir sonuç doğurmasa da ileride yapılması muhtemel bir değişiklik ile önemli hâle gelebileceği için, çalışmamızda detaylı olarak ele alınan bir konu olmuştur.

2. Mefruz Suçun Görünüm Şekilleri

a. Genel Olarak

Alman ceza hukuku doktrininde mefruz suç başlığı altında ele alınan durumların, Türk ceza hukuku öğretisinde mefruz suç kapsamında değerlendirilen

⁷³ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 56; **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 176, s. 169; **Özgenç**, s. 502; **Koca/Üzülmez**, s. 432; **Artuk/Gökçen**, s. 662; **Öztürk/Erdem**, kn. 696, s. 399; **Hakeri**, s. 541; **Doğan**, Tipiklik, s. 224; **Aydın D.**, s. 103. *Aksi yönde görüş için bkz. İçel*, s. 532-533; **Ünver**, s. 1008; **Özocak**, s. 974.

durumlardan farklılık arz ettiğini ve bu anlamda daha kapsamlı olduğunu önceki açıklamalarımızda ifade etmiş bulunmaktayız.

Bu çerçevede, mefruz suçun görünüm şekillerine ilişkin bu başlık altında, öncelikle failin, ceza normunun varlığına (*die Existenz der Strafnorm/Verbotnorm*) ilişkin yanılması ele alınacaktır. Ardından da Alman ceza hukuku öğretisinde mefruz suçun diğer ortaya çıkış ihtimalleri olarak görülen, failin yanlış hukuki yorumu nedeniyle mevcut bir normun sınırlarında olan yanılışı (*umgekehrter Subsumtionsirrtum*), fail tarafından hukuka uygunluk sebeplerinin varlığının bilinmemesi veya hukuki kapsamının/sınırlarının yanlış yorumlanması (*umgekehrter Erlaubnisirrtum*) ve cezalandırmaya engel olan suç politikası kurallarının fail tarafından yanlış değerlendirilmesi (*umgekehrter reiner Strafbarkeitsirrtum*) incelenecek ve söz konusu durumların Türk ceza hukuku bağlamında değerlendirmesi yapılacaktır.

b. Mevcut Olmayan Suç Tipinin Fail Tarafından Varsayılması

Mefruz suçun en basit görünümü olan bu ilk şekli, *tipiklik* düzeyindedir. Fail, eyleminin gerçekte mevcut olmayan bir ceza normu (kuralı) ile örtüştüğünü düşünmektedir (*ters -doğrudan- yasak hatası = umgekehrter -direkter- Verbotsirrtum*)⁷⁴. Zina yapan, eşcinsel davranışlarda bulunan ya da hayvanlarla cinsel ilişkide bulunan (sodomi) kişilerin eylemleri sırasında, bu davranışlarının cezalandırılacağını düşünmesi durumu bu başlık altında ele alınmaktadır⁷⁵. Örneğin, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde, Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu hüküm iptal edilinceye kadar⁷⁶, zina uzun bir süre ceza tehdidi altında olduğu için, zina eylemi açısından bu şekilde bir hataya düşülmesi mümkündür. Yine kumar oynama suç olmamasına rağmen, kahvehanede kumar oynayan kişinin kumar

⁷⁴ **Beckemper** Katharina, in: Bernd von Heintschel-Heinegg, Strafgesetzbuch Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2010, § 22, kn. 70; **Valerius**, JA 2010, s. 113; **Haft**, s. 234; **Ebert**, s. 144.

⁷⁵ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 883; **Haft**, s. 234.

⁷⁶ *İptal kararı için bkz.* Any. M., 13.7.1999, E. 1999/24, K. 1999//30 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı).

oynamanın suç olduğunu sanması da mefruz suçun bu şekline örnek oluşturmaktadır⁷⁷.

Cezalandırılabilirliğin sınırları; failin tasavvuru ile değil, kanun aracılığıyla belirlendiği için, şüphesiz failin yanlış hukuki tasavvuru, onun kanun tarafından suç olarak düzenlenmemiş hareketini cezalandırılabilir yapmaz⁷⁸. Aksi bir düşünce, sadece kanunkoyucuya ait olan suç yaratma yetkisini, faile tanımak anlamına gelir. Böyle bir durum, ceza hukukunda güvence işlevi gören “suçta ve cezada kanunilik ilkesi”ne de aykırılık oluşturur⁷⁹.

c. Failin Yanlış Yorumu ile Mevcut Ceza Normunun Sınırlarının Aleyhe Aşırı Genişletilmesi

Mefruz suçun bu görünüm şeklini ortaya çıkaran ters niteleme hatasının (ters hukuki yorum-değerlendirme hatası) (*umgekehrter Subsumtionsirrtum*) anlaşılabilmesi için öncelikle, niteleme hatası ile neyin kastedildiğinin ifade edilmesi gerekir. Niteleme (altlama) hatası, failin suçun kanuni tanımında yer alan bir unsurun maddi içeriğini bilmesine karşın, onun ceza hukukundaki nitelendirmesinde (tanımında) hataya düşmesi olarak tanımlanmaktadır. Fail tarafından, araç plakasının “*resmî belge*” olarak değerlendirilmemesi veya sıvı veya gaz hâlindeki bir maddenin hırsızlık suçuna konu olabilecek bir “*mal*” olarak görülmemesi durumlarında, yanlış hukuki yoruma dayalı **niteleme hatası** bulunmaktadır. Burada kural olarak failin

⁷⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 228. maddesinde “*kumar oynanması için yer ve imkân sağlamak*” suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun cezası, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ve ikiyüz gündün aşığı olmamak üzere adli para cezası olarak öngörülmüştür. Ceza hukuku sistemimizde “*kumar oynamak*” suç olmamakla beraber, kabahat olarak kabul edilmiş (5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 34) ve yüz Türk Lirası idari para cezası verileceği düzenlenmiştir.

Yine mefruz suçun bu görünüm şekline, Medeni Kanun'un 92. maddesi uyarınca aralarında evlenme yasağı bulunan hısımlar arasında cinsel ilişkiye girilmesi, örnek olarak verilmekteydi (Dönmezer/Erman, C. II, kn. 71, s. 72). Eskiden Türk Ceza Kanunu açısından suç teşkil etmeyen bu durum, 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 60. maddesi ile yeniden düzenlenen TCK. m. 104/2 ile değişmiştir. Düzenleme uyarınca, “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*”

⁷⁸ **Roxin**, Abgrenzung, s. 981-982; **Jescheck/Weigend**, § 50 II, s. 532-533; **Mezger** Edmund, Strafrecht, Ein Lehrbuch, Zweite Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig 1933, § 51, s. 381; **Öztürk/Erdem**, kn. 693, s. 398; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 79.

⁷⁹ **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 72, s. 74; **Tozman**, s. 191.

hatası, suç tipine ilişkin değil, fiilin cezalandırılabilirliğine (hukuki değerlendirmesine) ilişkindir⁸⁰.

Tümden tartışmasız olmamakla birlikte, bugün mefruz suçun bir diğer görünümünü oluşturduğu büyük ölçüde kabul edilen bu durumda ise, niteleme hatası ters bir şekilde gerçekleşmektedir⁸¹. Fail, somut olay bilgisine ve kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan tüm durumların maddi anlam bilgisine (içeriğine) sahip olmasına karşın, hatalı yorumu nedeniyle yanlış değerlendirdiği ve uygulama alanını aleyhine aşırı genişlettiği normun kendisine yönelik olduğunu kabul etmektedir⁸². Daha açık bir ifadeyle bu hâlde fail, suç tipinin unsurlarının dış dünyada gerçekleştiğine ilişkin bir algılama hatası içinde değildir; fakat bunların anlam veya kapsamını tam anlamıyla idrak edememesi nedeniyle gerçekleştirdiği fiilin, yasadaki kavramın kapsamına girdiğini düşünmektedir. Failin, mevcut bir hükmün uygulama alanını kendi aleyhine aşırı genişletmesine, kapsam hatası yapmasına neden olan bu hatalı hukuki yorumu, bir “*ters niteleme hatası (umgekehrter Subsumtionsirrtum)*” oluşturmaktadır⁸³. Çocuğunun sağlık problemi olmamasına rağmen, hastalığı nedeniyle okula gelemediği şeklinde mazeret bildiren bir kâğıt hazırlayan ve okula veren annenin, içeriksel yalan içeren bu belge ile belgede sahtecilik suçunu işlediğini ve cezalandırılacağını düşünmesi bu duruma örnektir⁸⁴. Yine örneğin, bir otomobilin kilidini kırıp hukuka aykırı bir şekilde içine giren kişi, Alman Ceza Kanunu’nun konut dokunulmazlığının ihlali suçuna ilişkin 123. maddesinin 1. fıkrasındaki “*kamu hizmetine veya kamusal ulaşıma tahsis edilen kapalı yer*” ibaresini, “*ulaşıma tahsis edilen kapalı yer*” olarak nitelendirdiği için, konut dokunulmazlığının ihlali suçunu işlediğini düşünmesi durumunda da bir ters niteleme hatasından söz edilir.

Mefruz suç teşkil eden durumların elverişsiz teşebbüsten ayırdedilmesi, genellikle normatif unsurlarda (*normative Tatbestandsmerkmale*) hatada ciddi anlamda zorluk göstermektedir⁸⁵. Sadece bir normun mantıksal temellendirmesi

⁸⁰ **Jescheck/Weigend**, § 29 V, s. 315; **Koca/Üzülmez**, s. 260.

⁸¹ **Ebert**, s. 154; **Beckemper**, § 22, kn. 72. Her ters niteleme hatasını, elverişsiz teşebbüs kabul eden görüş için bkz. **Foth** Heinrich, “Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechen”, JR 1965, Heft 10, s. 370.

⁸² **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 883; **Kühl**, § 15, kn. 99; **Valerius**, JA 2010, s. 113-114; **Artuk/Gökçen**, s. 227.

⁸³ **Valerius**, JA 2010, s. 113-114; **Ebert**, s 145.

⁸⁴ **Valerius**, JA 2010, s. 114.

⁸⁵ **Kühl**, § 15, kn. 98; **Jescheck/Weigend**, § 50 II, s. 533; **Beckemper**, § 22, kn. 73; **Jakobs** Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2.,

altında tasavvur edilebilecek ve düşünülebilecek hususlara işaret eden normatif unsurlar, ayrı özel bir hukuki değerlendirmeyi gerektirmektedir⁸⁶. Normatif unsurlarda yanlış değerlendirmenin maddi koşullara mı, yoksa sadece ceza hukukunun kapsamına mı yönelik olduğu net olmayabilir⁸⁷. Normatif unsurlarda, failin kasten hareket ettiğinin kabulü için, sadece maddi anlam bilgisine sahip olması yeterli değildir. Ayrıca fail, uzman olmayan kişilere göre, normatif unsurun anlamsal içeriğini (*Bedeutungsgehalt*) de tam olarak anlamış olmalıdır (*Parallelwertung in der Laiensphäre*). Tersini durumdan şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Elverişsiz teşebbüs, ancak failin unsuru oluşturan duruma ilişkin yanlış varsayımıyla, ilgili unsurun anlamsal içeriğini de bağdaştırması durumunda ortaya çıkabilecektir (*umgekehrter Tatbestandsirrtum über normative Tatbestände = normatif unsurlarda ters tipiklik hatası*). Öte yandan, doğru maddi vakıa ve anlam bilgisine sahip failin yanlış tasavvuru, salt maddi vakıanın normun kapsamında olmadığına ilişkinse, burada sadece bir nitelendirme hatası (*bloßer Subsumtionsirrtum-Verbotsirrtum*) bulunmaktadır. Bunun tersi durumda ise fail, maddi vakıanın normun kapsamında olduğunu düşünmektedir; bu ters nitelendirme hatası (*umgekehrter Subsumtionsirrtum*) ise, (cezasız) mefruz suça yol açar⁸⁸. Normatif unsurlarda hataya ilişkin yapılan söz konusu ayırım, şu örneklerle daha net bir şekilde açıklanabilecektir:

Temizlik görevlisinin, patronunun çalışma masasını temizlerken üzerinde bulunduğu, aslında patronunun telefon görüşmesi sırasında yaptığı sıradan karalamaları içeren bir kâğıdı, “sözleşme” olduğu düşüncesiyle, patronuna zarar vermek amacıyla kâğıt imha makinesine atması, bir elverişsiz teşebbüstür. Karalama içeren kâğıt,

neuarbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1991, kn. 25/38; **Haft**, s. 235; **LK-Hillenkamp**, § 22, kn. 182; **Kühl** Kristian/ **Heger** Martin, Strafgesetzbuch Kommentar, 28., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2014, § 22, kn. 15.

⁸⁶ **Maurach** Reinhart/ **Zipf** Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8., neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1992, § 20 V, kn. 55; **Jescheck/Weigend**, § 26 IV, s. 270; **Heinrich**, AT, § 8, kn. 126; **Koca/Üzülmez**, s. 111.

⁸⁷ **Kühl**, § 15, kn. 98; **Jescheck/Weigend**, § 50 II, s. 533. Karara esas teşkil eden olayda fail, pay bölümlerinin yabancı silahlı kuvvetler kantininden sigara alımına hizmet ettiği kartlar bastırır. Fail, düzenleyeni içermeyen ve hukuki bir sonuca yol açma içeriğinden (ispat fonksiyonundan) yoksun olmasına rağmen; bu kartları, Alman Ceza Kanunu'nun belgede sahtecilik suçunu düzenleyen 267. maddesi anlamında “belge” zannetmektedir. Fail, bu yanlış hukuki değerlendirmesi nedeniyle, aslında mefruz suç teşkil eden failinin cezalandırılacağını düşünmektedir (BGH 13, 235-Besch. v. 1.7.1959-2 StR 191/59) (**Roxin**, Abgrenzung, s. 982; **Ebert**, s. 145). Bununla birlikte, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, her zaman bu düşüncede olmamış, daha önceki tarihli bir kararında (BGHSt 7, 53 (58)), benzer bir olayda durumu belgede sahteciliğe (elverişsiz) teşebbüs olarak nitelendirmiştir (**Roxin**, Abgrenzung, s. 982).

⁸⁸ **LK-Hillenkamp**, § 22, kn. 182.

“belge” niteliğini haiz olmadığı için, burada özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçlarının (TCK. m. 208, Alm. CK. m. 267) objektif tipikliği gerçekleşmemiştir. Ancak fail, varlığı objektif tipikliği oluşturacak bir *durumu* hatalı olarak varsaymıştır; dolayısıyla elverişsiz teşebbüs teşkil eden, bir ters tipiklik hatası içinde bulunmaktadır (*umgekehrter Tatbestandsirrtum*).

Buna karşın, aracıyla kaza yapan kişi, araçtaki hasarı kendisi tamir etmesine rağmen; tanıdığı bir tamirciye aracın usulüne uygun olarak bir tamircide onarıldığına ilişkin bir fatura düzenlettirir ve daha sonra aracı satarken alıcıya bu belgeyi sunar. Bu belgenin sahte olmadığını bilmekle birlikte, yalan bir içeriğe sahip bir belgenin de özel belgede sahtecilik (TCK. m. 207, Alm. CK. m. 267) suçunun *kapsamında* olduğunu varsaydığına, aslında mefruz bir suç işlemiştir. Burada söz konusu belge, sahte veya tağyir edilmiş (değiştirilmiş) olmadığı için özel belgede sahtecilik suçunun objektif tipikliği gerçekleşmemiştir. Tamirci, sadece içeriği doğru olmayan gerçek bir belge düzenlemiştir ve böyle bir belgenin kullanılması da özel belgede sahtecilik suçunu oluşturmaz. Fail, yanlış hukuki nitelendirmesi nedeniyle, söz konusu normun içeriğini aleyhine genişletmiş durumdadır. Failin normun koşullarını bu şekilde yanlış varsayması, bir teşebbüs kastı ortaya koymaz ve bu hatası (cezasız) mefruz suça yol açar (*umgekehrter Subsumtionsirrtum*).

Genişletici yorumun mefruz suça yol açması, suçun tüm unsurları açısından söz konusu olabilir⁸⁹. Hem günlük dilde hem de hukuk dilinde aynı anlamı karşılayan ve gerçek dünyaya ilişkin konuları tasvir eden, bu nedenle de genelde fail tarafından bir değerlendirme yapılmasını gerektirmeyen *deskriptif (betimleyici) unsurlar*⁹⁰ açısından dahi bu mümkündür⁹¹. Başka bir ifadeyle, deskriptif unsurlarda her tersine yanılma, tipiklik hatası teşkil etmeyebilir ve bu unsurlara ilişkin olarak da niteleme hatası ortaya çıkabilir. Burada fail, somut olay bilgisine ve suçun unsurlarının maddi anlam bilgisine sahip olmasına rağmen, yanlış nitelemesi nedeniyle deskriptif bir

⁸⁹ **Roxin**, Abgrenzung, s. 982.

⁹⁰ Deskriptif (betimleyici) unsurlar, tam içeriklerini bir norma dayalı olarak kazandıklarında, yani belli ölçüde hukuki içeriğe sahip olduklarında dahi, maddi (somut olarak) saptanabilir olmaları nedeniyle “tanımlayıcı” olarak adlandırılmaktadır (**Jescheck/Weigend**, § 26 IV, s. 269-270).

⁹¹ Deskriptif unsurlar açısından da niteleme hatasının mümkün olduğu yönünde bkz. **Roxin**, Abgrenzung, s. 982; **Roxin**, AT II, § 29, kn. 384. **Schroth** ise, niteleme hatalarının deskriptif unsurlarda neredeyse hiç ortaya çıkmadığını, ancak bu durumun deskriptif unsurlara ilişkin olarak bu tür hataların hiç mümkün olmadığı anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir (**Schroth Ulrich**, Vorsatz und Irrtum, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Verlag C. H. Beck, 1997, s. 52).

unsuru yanlış yorumlayarak, aslında suç oluşturmayan fiilin cezalandırılabilceğini düşünmektedir. Örneğin; solunum cihazına bağlı olan birini, tam beyin ölümü gerçekleşikten sonra da Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesi anlamında “*insan*” zanneden fail, dolaşımı sağlayan cihazı kapatarak bir insan öldürme suçu işlediğini düşünmektedir. Hâkim görüşe göre; tam beyin ölümüyle yaşam sona erer ve artık failin gerçekleştirdiği eylem bir ölünün üzerinde gerçekleştirilmiş olur. Tam beyin ölümünün gerçekleştiğini bildiği kişinin, solunum cihazına bağlı olması durumunu hukuki bir şekilde “*insan*” olmanın devamı zanneden ve bunu bir insanın ölümü olarak değerlendiren fail, kanuni tanımdaki “*insan*” kavramını genişletmiş olur. Bu **ters (niteleme) hatası**, (cezasız) mefruz suçu ortaya çıkarır. “*İnsan*” kavramı doğru tanımlandığında cezasız kabul edilecek bu durum, yanlış bir tanımlama nedeniyle cezalandırılmaz⁹². Burada failin zihninde “*insan*” kavramına ilişkin olan tasavvur, ceza hukukunun koruma (kapsam) alanının dışına çıkmıştır⁹³. Failin deskriptif (tanımlayıcı) unsurlara ilişkin niteleme hatasında (düz hata durumunda) davranışının ilgili suçu oluşturmadığını düşünmesi, önemsiz bir niteleme hatasından ibaret olacak ve kastı açısından etki doğurmayacakken (kastının varlığı kabul edilecek); tersi durumda da bunun kastının varlığını ortaya koymak açısından yeterli olmadığı kabul edilecektir⁹⁴.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda, fail tarafından neticeyi önleme yükümlülüğünün yanlış yorum ile aşırı genişletilmesi de mefruz suça yol açar. Fail, somut olaya ilişkin tüm maddi koşulları doğru bir şekilde algılamasına rağmen, yaptığı yanlış niteleme (değerlendirme) nedeniyle, kendisini gerçekte onun için mevcut olmayan özel bir hukuki yükümlülüğün (garanti yükümlülüğü) altında varsaymaktadır⁹⁵. Örneğin; düşük su sıcaklığında ve gece karanlığında Ren Nehri'ne atlayarak intihar eden karısını, imkânsız olmasına rağmen, kurtarmayı deneme yükümlülüğünün bulunduğunu düşünen kocanın hareketsiz kalarak suç işlediğini düşünmesi de mefruz suç teşkil eder⁹⁶. Çünkü, gerçek olmayan ihmali suçlarda failin

⁹² **Schroth**, s. 51-52; **Roxin**, Abgrenzung, s. 982; **Roxin**, AT II, § 29, kn. 384; **Rengier**, § 35, kn. 16.

⁹³ **Schroth**, s. 52.

⁹⁴ **Erman**, s. 103.

⁹⁵ **Roxin**, Abgrenzung, s. 982; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 883; **Erman**, s. 276.

⁹⁶ BGH Besch. vom 16.07.1993-2 StR 294/93 (NJW 1994, s. 1357); **Jescheck/Weigend**, § 50 II, s. 533; **Jäger** Christian, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 8., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2017, § 7, kn. 292; **Kühl**, § 15, kn. 100a.

yükümlülüğü, neticeye engel olma imkân ve iktidarına sahip olabilmeyi gerektirir. Hukuk düzeni, kişiden yapamayacağı bir davranışta bulunmasını bekleyemez. Somut olayın koşulları göz önüne alındığında (karanlık, düşülen derinlik ve düşük su sıcaklığı gibi) beklenebilirlik sınırını aşan durumda, kocanın hareketsiz kalması nedeniyle cezalandırılacağını düşünmesi mefruz suçtan öteye gidemeyecektir.

Fiil ceza hukuku anlayışına dayalı olan modern ceza hukuku sistemlerinde, ceza hukukunun koruma alanının, failin zihninden kaynaklanan nedenlerle genişletilmesinin kabul edilebilir olmadığı açıktır. Bu nedenle, ters nitelme hatası şeklinde ortaya çıkan bu tür hatalar, mefruz suç kapsamında değerlendirilmekte ve cezasız kalmaktadır⁹⁷.

d. İzin Normunun Hukuki Varlığının Bilinmemesi veya Hukuki Kapsamının Yanlış Yorumlanması

İzin normunun varlığında veya hukuki sınırlarında hata (*Erlaubnisirrtum*) durumunda fail, gerçekte mevcut olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin varlığına inandığı veya mevcut bir hukuka uygunluk sebebinin kapsamını/sınırlarını geniş değerlendirdiği için gerçekleştirdiği hareketin hukuka uygun olduğunu zannetmektedir. *Dolaylı yasak hatası (indirekter Verbotsirrtum)* teşkil eden bu durum, Alman ceza hukukunda *doğrudan yasak hatası (direkter Verbotsirrtum)* kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁸. Hekimlik mesleğinin kendisine, hastanın rızası olmaksızın cerrahi müdahalede bulunabilme hakkı verdiğini düşünen doktorun durumu buna örnek olarak verilebilir (*Erlaubnisnormirrtum*). Yine, doktorun, cerrahi müdahale konusunda yeterince aydınlatılmamış hastanın verdiği rızayı, müdahale için yeterli görmesi de bu kapsamdadır (*Erlaubnisgrenzirrtum*)⁹⁹. İki durumda da

⁹⁷ **Erman**, s. 274-275.

⁹⁸ **Freund** Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 2. Auflage, Springer Verlag, 2008, § 7, kn. 101; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 14, kn. 711; **Haft**, s. 259; **Jescheck/Weigend**, § 41 III, s. 461-462.

⁹⁹ BGH 12, 379 (382); **Jescheck/Weigend**, § 41 III, s. 462. Öğretmenin, derste öğrencilerine eğitimsel amaçlı attığı dayanın tedip hakkı kapsamında olduğunu düşünmesi (*Erlaubnisnormirrtum*) ve saldırıya uğrayan kişinin, meşru savunma halinde, saldırının bitmesinden sonra da saldırgana zarar vermeye devam edebileceğini düşünmesi (*Erlaubnisgrenzirrtum*), dolaylı yasak hatası teşkil eden durumlara verilen diğer örneklerdir (**Wessels/Beulke/Satzger**, § 14, kn. 709-710). *Tedip hakkına ilişkin ilk olay, Yargıtay kararına da konu olmuştur. Karar için bkz. CGK., 22.02.2000, 4-11/30 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Prrogramı).*

doktor, hukuka aykırı olan olan durumu, hukuka uygun zannetmekte, fiilinin haksızlık teşkil etmediğine ilişkin bir yanlışta bulunmaktadır.

Cezalandırılabilirliğin yanlış varsayımı, bazen de failin tipe uygun davranışının hukuka aykırılığına ilişkin yanlış bir tasavvurda bulunması nedeniyle ortaya çıkmaktadır (*umgekehrter-Rechfertigungsirrtum/Erlaubnisirrtum*). İşte bu hâlde, yukarıda tanımını verdiğimiz izin normunun varlığında veya hukuki sınırlarında hata *tersine* gerçekleşmektedir. Yani fail, kural olarak yasak olan davranışına istisnai biçimde izin veren bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını hiç bilmediği (*umgekehrter Erlaubnisnormirrtum= izin normunun varlığında ters hata*) veya hukuki kapsamını/sınırlarını aleyhine dar yorumladığı (*umgekehrter Erlaubnisgrenzirrtum= izin normunun hukuki sınırlarında ters hata*) için hukuka aykırı hareket ettiğini varsaymaktadır. Fail, bu yanlış hukuki değerlendirmesi nedeniyle, eyleminin suç teşkil ettiğini ve cezalandırılacağını düşünmektedir. Ters dolaylı yasak hatası (*umgekehrter indirekter Verbotsirrtum*) teşkil eden bu iki durum, Alman ceza hukukunda (cezasız) mefruz suç olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰.

İzin normunun hukuki varlığında ters hataya örnek olarak, tıbbî nedenlerle bir gebeliği sonlandırmak durumunda kalan doktorun cezalandırılacağını zannetmesi verilebilir¹⁰¹. Çantası gasp edilen kişinin, savunmada gereklilik çerçevesinde saldırganın bacağına ateş etmesi, ancak sadece bedensel saldırılara karşı ateşli silahla savunmada bulunmaya izin verildiğini düşündüğü için, eylemini cezalandırılabilir değerlendirmesi de izin normunun sınırlarında ters hukuki hataya örnektir. Failin, bir hukuka uygunluk sebebi olan meşru (haklı) savunmanın sınırlarını aleyhine dar yorumlaması nedeniyle cezalandırılacağını düşündüğü bu durumda, mefruz suç söz konusudur¹⁰². Meşru savunmanın sadece şahsına yönelik saldırıları hukuka uygun kıldığını düşünen kişinin, üçüncü kişiye yönelik saldırıya karşı savunmada bulunması nedeniyle cezalandırılacağını düşünmesi, meşru savunma hâlinde mefruz suçun görülmesine bir diğer örnektir.

¹⁰⁰ **Valerius**, JA 2010, s. 114; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 80; **Ebert**, s. 145, 153; **Zaczyk** Rainer, in: Kindhäuser Urs/ Neumann Ulrich/ Paeffgen Hans-Ulrich, Strafgesetzbuch Normos Kommentar, 5. Auflage, 2017, § 22, kn. 50.

¹⁰¹ **Jescheck/Weigend**, § 50 II, s. 533.

¹⁰² **Roxin**, Abgrenzung, s. 982; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 883; **Kühl**, § 15, kn. 101; **Valerius**, JA 2010, s. 114; **Ebert**, s. 145; **Haft**, s. 234; **Rengier**, § 35, kn. 16. Mefruz suç teşkil eden bu duruma başka bir örnek olarak, failin sadece kaçmasının mümkün olmadığı durumlarda, meşru savunmada bulunabileceğini düşünmesi verilmektedir (**Beckemper**, § 22, kn. 71.1).

Yine izin normunun yanlış değerlendirilmesinin mefruz suça yol açmasına ve cezalandırılmamasına örnek olarak şu da verilebilir: Birisini geçici yakalama koşulları altında (Alm. CMK. m. 127; CMK. m. 90/1) yakalayan kişi; sadece soruşturma-kovuşturma makamlarınca yakalama yapılabileceğini düşündüğü için, bunu (Alm. CK. m. 239; TCK. m. 116 anlamında) kişi özgürlüğünü sınırlayıcı cezalandırılabilir bir hareket olarak değerlendirmektedir¹⁰³.

Son olarak, dolaylı yasak hatası olarak ele alınan ve tersinin gerçekleşmesi hâlinde mefruz suça yol açacağı ifade edilen yanlış hukuki değerlendirmeye dayalı bu durumun, Alman ceza hukuku doktrininde “*hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları sorunu*” nedeniyle tartışmalara neden olan, “*hukuka uygunluk sebeplerinin fiili mevcudiyetine ilişkin failin bilgisizliği*” probleminden farklı olduğunun vurgulanması gerekir. Burada, hukuka uygunluk sebeplerinin hukuki varlığına veya kapsamına dair bir bilmeme veya yanlış varsayımdan söz edilmektedir. Bu durumun bir dolaylı yasak hatası teşkil ettiğine ve yasak hatasına ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılacağına, tersi durumun ise mefruz suç oluşturduğuna ilişkin Alman ceza hukuku doktrininde bir tartışma bulunmamaktadır¹⁰⁴.

e. Cezalandırmaya Engel Olan Diğer Sebeplerin Fail Tarafından Yanlış Değerlendirilmesi

Son olarak, tipiklik dışında bulunan ve cezalandırmaya engel olan sebeplerin varlığını bilmeyen kişinin, eyleminin cezalandırılacağını düşünmesi durumu da Alman ceza hukukunda mefruz suç kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁵. Mazeret sebeplerinin (*Entschuldigungsgründe*) yanlış değerlendirilmesi, bu başlık altında ele alınmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nun 35. maddesinin koşulları altında, yani *kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hâli (entschuldigender Notstand)* içinde olan ve hukuka aykırı bir fiil gerçekleştiren failin cezalandırılacağını düşünmesi, bu

¹⁰³ **Roxin**, Abgrenzung, s. 982.

¹⁰⁴ Alman ceza hukuku doktrininde tartışmalı olan “*hukuka uygunluk nedenlerinin fiili mevcudiyetine ilişkin failin bilgisizliği*” sorunu, elverişsiz teşebbüs ile olan bağlantısı nedeniyle, çalışmamızın “*elverişsiz teşebbüse ilişkin diğer sorunlar*” başlığı altında ele alınacaktır. *Bkz. Üçüncü Bölüm, IV, A.*

¹⁰⁵ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 883; **Roxin**, Abgrenzung, s. 982; **Valerius**, JA 2010, s. 114.

duruma örnek olarak verilebilir¹⁰⁶. Bununla birlikte, bu şekilde bir ters cezalandırılabilirlik hatası (*umgekehrter reiner Strafbarkeitsirrtum*), özellikle failin kendi lehine sonuç doğuran bir şahsi cezasızlık sebebini önceden bilmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷. Şahsi cezasızlık sebeplerinin fiilin tipe uygunluğuna, hukuka aykırılığına ve kusurluluğuna bir etkisi yoktur. Şahsi cezasızlık sebepleri, sadece failin cezalandırılmasına engel teşkil eder. Böyle bir engel kanundan kaynaklanıyorsa, hangi sebeplerin bu kapsamda kabul edileceği kanunkoyucunun takdirine bırakılmış olmaktadır¹⁰⁸. Bu serbesti, kusursuz bir kişinin cezalandırılmasına ilişkin düzenleme yapamayacak (*nulla poena sine culpa*) olan kanunkoyucunun, her kusurlu kişiyi de mutlaka cezalandırma yönünde bir zorunluluğunun bulunmaması ile gerekçelendirilmektedir¹⁰⁹.

Alman Ceza Kanunu açısından, babası lehine yalan tanıklıkta bulunup mahkemeyi yanıltarak hüküm verilmesini engelleyen evladın söz konusu fiili nedeniyle cezalandırılacağını düşünmesi mefruz suçun bu görünümüne örnek olarak verilebilir. Zira, Alman Ceza Kanunu'nun 258. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, bir akrabası lehine bu fiili işleyen kişi cezadan muaftır¹¹⁰. Türk Ceza Kanunu açısından ise, aynı evi paylaştığı ağabeyinin, gizlice odasına girerek çekmecesinde bulunan birikmiş parasını alan ve cezalandırılacağını düşünen kardeşin durumu, mefruz suç teşkil eden bu duruma örnektir. Benzer şekilde TCK m. 167/1-c, hırsızlık suçunun aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmayacağını düzenlemektedir.

¹⁰⁶ **Roxin**, Abgrenzung, s. 982.

¹⁰⁷ **Valerius**, JA 2010, s. 114.

¹⁰⁸ **Önder**, s. 386; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 176.

¹⁰⁹ **Önder**, s. 386.

¹¹⁰ **Valerius**, JA 2010, s. 114. Alman ceza hukukunda konuya ilişkin verilen bir diğer örnek ise, Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesinin 3. fıkrasındaki koşulları taşıyan kişinin, hukuki bilgisizliği nedeniyle akrabalar arasındaki cinsel ilişki suçundan cezalandırılacağını düşünmesidir. Alm. CK. m. 173/3'e göre, fiil sırasında henüz on sekiz yaşını doldurmamış hısımlar ve kardeşler, bu hüküm uyarınca cezalandırılmayacaktır (**Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 883).

3. Ceza Normunun Önalanda Yanlış Tasavvurlar

a. Genel Olarak

Görünüm şekillerini ayrıntılı olarak ele almış olduğumuz mefruz suç ile çalışma konumuzu oluşturan elverişsiz teşebbüsün ayırımı ilk bakışta kolay gözükmele birlikte, failin hatası ceza normunun önalanda (*Vorfeld*) ilişkin olduğunda, bu ayırımın yapılması zorlaşmaktadır.

Ceza normunun önalanda hata, “ceza normunun önalanda yanlış tasavvurlar” (*Fehlvorstellungen im Vorfeld strafrechtlicher Normen*) ve “failin ceza normunun önalanda kendi aleyhine hataları” (*selbstbelastende Irrtümer im Vorfeld des Tatbestandes*) şeklinde farklı başlıklarla ele alınmaktadır.

Kastedilen durum, kural olarak suçun normatif unsurlarıyla bağlantılı (önalanda ilişkin) olarak ortaya çıkmaktadır. Burada failin hatası, ceza normunun önalanda oluşturan başka bir norm üzerindedir. Ancak ceza normunun önalanda oluşturan norm, ceza normunun içeriğini de dolaylı olarak belirlediği için, failin bu hatasına bağlanacak sonucun ne olacağı hususunda problemler ortaya çıkmaktadır.

Örneğin, Medeni Kanun’un vasiyetnameden doğan hakları düzenleyen hükmünün fail tarafından yanlış yorumlanması durumunda; Medeni Kanun’un ilgili hükmü, güveni kötüye kullanma suçunun “*başkasına ait olma*” unsurunun içeriğini de dolaylı olarak belirlediği için, failin hatasının suçun unsurlarını oluşturan bir duruma mı veya sadece ceza normunun kapsamına mı ilişkin olduğu noktada belirsizlikler ortaya çıkmaktadır¹¹¹. Bu belirsizlik, Alman ceza hukuku öğretisinde söz konusu durumların elverişsiz teşebbüs mü mefruz suç mu teşkil ettiği noktada tartışmalara neden olmuş ve konuya ilişkin farklı çözümler sunulmuştur.

¹¹¹ Hotz, s. 222.

Bu başlık altında, öncelikle ceza normunun önalanda failin kendi aleyhine hatasının ne anlama geldiğinin daha iyi anlaşılması için, sıklıkla karşılaşılan birkaç olay örneği verilecek, ardından konuya ilişkin Alman ceza hukuku doktrininde sunulan çözümler ele alınacaktır:

➤ ***Başkasına ait olma***

Kişi, daha önceden satmış ancak henüz alıcısına teslim etmemiş olduğu eşyayı, ikinci alıcının daha yüksek fiyat teklifi nedeniyle ona satar ve eşyanın mülkiyetini de ikinci alıcıya devreder. İlk satım sözleşmesinin yapılması ile eşyanın mülkiyetinin birinci alıcıya geçtiği şeklinde yanlış hukuki değerlendirmede bulunan satıcı, “*güveni kötüye kullanma suçu*” işlediğini zannetmektedir. Oysa, iki kez satım sözleşmesine konu olan şey, “*başkasına ait olma*” kavramına dâhil değildir. Hatta, tasarruf işlemi olan teslimin gerçekleşmemiş olması nedeniyle, satıcı hâlâ mülkiyeti üzerinde bulundurmaktadır. Dolayısıyla, bu durum güveni kötüye kullanmadan ayrılmaktadır. Fakat satıcı (fail), yanlış hukuki değerlendirmesi nedeniyle, söz konusu malın, “*başkasına ait olduğunu*” zannetmektedir. Bu durum, güveni kötüye kullanma suçuna elverişsiz bir teşebbüs mü, yoksa bir mefruz suç mu teşkil etmektedir? Burada fail, “*başkasına ait olma*” kavramını yanlış veya geniş tanımlamış değildir. Fail, bir eşyanın başka birinin mülkiyetinde veya ortak mülkiyetinde olduğu zaman, başkasına ait olduğunu bilmektedir. Sadece, mülkiyetin hukuki geçiş koşullarında hataya düşmüştür. Yani, ceza normunun ön alanındaki hukuki kurallarda yanılmaktadır¹¹².

➤ ***Maddi zararlar***

Önalanda hatası şeklindeki hatalar, dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak da gerçekleşebilir. Kişi, noterde düzenlenen bir gayrimenkul satım sözleşmesinde, harçtan tasarruf etmek amacıyla düşük bedel gösterir. Bunu yaparken, noter harcının yüksek satış bedeli üzerinden belirlendiği noktada hatalıdır. Noter harcı, rayiç bedele göre düzenlenmektedir. Bu nedenle, gerçek durumda herhangi bir zarar ortaya çıkmış değildir, dolayısıyla dolandırıcılık da gerçekleşmemiştir. Bununla birlikte, bu durumun dolandırıcılığa elverişsiz bir teşebbüs mü, yoksa sadece mefruz bir suç mu

¹¹² **Roxin**, Abgrenzung, s. 982-983.

oluşturduğu problemi ortaya çıkmaktadır. Fail, “*maddi zarar*” kavramını baştan sona doğru tanımlamış olmasına rağmen, böyle bir zararın harçlarda ortaya çıkışına ilişkin hukuki koşullarda hatalıdır. Ayrıca burada fail, tipin önalana ilişkin yanlış hukuki değerlendirmesi nedeniyle cezalandırılacağını varsaymaktadır¹¹³.

➤ *Vergi yükümlülüğü*

Vergi yükümlülüklerinin çok sayıda ve karmaşık olmasından ötürü, ispatlanması zor olmakla beraber, aleyhte hukuki hatalar vergi hukuku alanında kolaylıkla yapılabilir. Bunun sonucu olarak da gerçek durumda mevcut olmayan bir vergi yükümlülüğü, var zannedilebilir. Örnek olarak; eşinden bir miktar para miras kalan kişi, esasen vergilendirme sınırının altında olan bu bedelin hatalı bir şekilde vergilendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Buna rağmen, vergi idaresi kendisinden bilgi sorduğunda; kasıtlı bir şekilde, sadece borçların var olduğu yönünde yanlış beyanda bulunmuştur. Bu durum, Alman Vergi Kanunu’nun (*Abgabenordnung*) 370. maddesi anlamında¹¹⁴ vergi kaçakçılığı suçuna (*Steuerhinterziehung*) elverişsiz bir teşebbüs mü, yoksa bir mefruz suç mu teşkil etmektedir? Fail, vergide kusur kavramında veya Vergi Kanunu’nun ilgili maddesi anlamında vergileme ilgili önemli konularda hata yapmamıştır, aksine vergi ödevinin oluşumunun hukuki koşullarında hatalıdır¹¹⁵.

➤ *Yetkililik*

Bu tür hatalardan bir diğeri de özellikle Alman Ceza Kanunu’nun 154. maddesinde düzenlenen “*yalan yere yemin suçu*”nda yetkililiğe (*Zuständigkeit*)

¹¹³ **Roxin**, Abgrenzung, s. 983.

¹¹⁴ **Alman Vergi Kanunu- m. 370/ 1, 2-**

“(1) Her kim,

1. Vergileme ile ilgili önemli konularda vergi idaresi veya diğer idarelere yanlış ya da eksik beyanda bulunmak,

2. Vergileme ile ilgili verilmesi zorunlu tutulan bilgileri saklamak veya

3. Kullanılması zorunlu olan damga pulu veya makinesini kullanmamak

suretiyle kendisine veya bir başkasına vergi avantajı sağlar ise, beş yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.” (Alman Vergi Kanunu’nun tam metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/AO.pdf).

¹¹⁵ **Roxin**, Abgrenzung, s. 983.

ilişkin olarak¹¹⁶, yargı kararlarında sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Kişi, yemin ettirmeye yetkili addettiği, ancak gerçek durumda yemin ettirme yetkisi bulunmayan bir makam önünde, yemin ederek yanlış beyanda bulunmaktadır. Bu durum, bir elverişsiz teşebbüs mü, yoksa mefruz bir suç mudur? Burada fail, “yetkililik” kavramı üzerinde hatalı değildir ve yemin ettirmeye yetkili makam ile neyin kastedildiğini de bilmektedir. Failin cezalandırılacağını zannetmesine neden olan hatası, yemin ettirme yetkisinin bölüştürüldüğü yetki normlarına ilişkindir. Bu nedenle, burada da bir aleyhte hukuki önalın hatası vardır¹¹⁷.

➤ *Suçluyu kayırma suçunda öncül suç*

Yanlış hukuki değerlendirmesi nedeniyle, birisinin aslında idari kabahat teşkil eden bir eylemini Alman Ceza Kanunu’nun 258. maddesi anlamında, “öncül suç (*Vortat*)” olarak değerlendiren fail, polise yanlış ifade vermiştir ve bu nedenle “suçluyu kayırma suçu (*Strafvereitelung*)” işlediğini ve cezalandırılacağını düşünmektedir. Fail, burada ön şartlarda hatalıdır. Aslında söz konusu hukuka aykırı fiil, Alman Ceza Kanunu’nun 258. maddesinde düzenlenen suçluyu kayırma suçu anlamında, “öncül suç” teşkil etmemektedir¹¹⁸. Failin burada cezalandırılacağını varsayması da aleyhindeki önalın hatasından ileri gelmektedir.

Yukarıdaki durum, karara da konu olmuştur¹¹⁹. Burada mahkeme, eylemin mefruz suç olduğuna ve cezalandırılmayacağına karar vermiştir. Kararı değerlendiren *Burkhardt*, mahkemenin bu değerlendirmesini doğru bulmaktadır. *Burkhardt*’a göre, failin eksik hukuki bilgisi nedeniyle yasak ve cezalandırılabilir olarak değerlendirdiği; ancak objektif tipi sağlamayan bir davranış (*ein objektiv tatbestandsloses Verhalten*), teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz. Ters hukuki hata, hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın teşebbüse sebebiyet vermez, aksine cezasız mefruz suça yol açar¹²⁰.

¹¹⁶ **Alm. CK. m. 154- Yalan yere yemin (5237 sayılı TCK m. 275)-** “(1) Her kim, mahkeme huzurunda yemin veya yemin ettirmeye kanunen yetkili kılınmış bir merci önünde yemin altında yalan söylerse, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.
(2) Hafif hâllerde, hapis cezası altı aydan beş yıla kadardır.” (Yenisey/Plagemann, s. 255).

¹¹⁷ **Roxin**, Abgrenzung, s. 983; **Rengier**, § 35, kn. 20.

¹¹⁸ **Burkhardt** Björn, “Rechtsirrtum und Wahndelikt- Zugleich Anmerkung zum Beschluß des BayObLG v. 15.10.1980, JZ 1981, 715”, Juristen Zeitung, 36. Jahrg., Nr. 20, (16 Oktober 1981), s. 681; **Roxin**, Abgrenzung, s. 983.

¹¹⁹ Besch. des Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG), v. 15.10.1980.

¹²⁰ **Burkhardt**, Rechtsirrtum, s. 681. Bu konuda bkz. Birinci Bölüm, III, C, 3, b, (3).

b. Önalın Hatalarına İlişkin Ortaya Konan Çözüm Yolları

(1) Suçun Normatif ve Çerçeve Unsurları Temelinde Ayrım Yapan Teori

i. Teorinin Esası

Bu teori, önalın hatalarına ilişkin çözümünü *suçun normatif unsurları (normative Tatunständige)* ile *çerçeve unsurları (Blankettmerkmal)* arasındaki ayrıma dayandırmaktadır¹²¹.

Ceza kanunlarındaki bazı normlar, içeriğinin doldurulmasını genel olarak ceza kanunu dışında yer alan bir mevzuata bırakabilirler. Burada söz konusu unsur açısından, “*çerçeve unsur (Blankettmerkmal)*” terimi kullanılmaktadır. Bu doğrultuda, bir suç tipinde başka yerde düzenlenen yükümlülöklere açık bir göndermede bulunulduğu durumlarda, çerçeve unsurdan söz edilecektir. Çerçeve unsur içeren bir ceza normunun anlamına tam olarak ulaşılabilmesi, söz konusu ceza normunun göndermede bulunulan norm ile bir bütün olarak değerlendirilmesine bağılıdır. Başka bir ifadeyle, bu durumda ceza normu içerdiği çerçeve unsur dışında, onun içeriğini dolduran bir unsura daha sahip bulunmaktadır. Çerçeve unsurlar bu şekilde ifade edilince, tam ve doğru olarak anlaşılabilmesi ve yorumlanması için, suç tipinin dışında kalan hukuk kaynaklarının dikkate alınmasına ihtiyaç duyan suçun normatif unsurlarıyla gösterdiği paralellik de ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, çerçeve unsurlar ile normatif unsurlar arasında bir nitelik farkı bulunduğu kabul edilmektedir. Çerçeve unsurların göndermede bulunduğu hukuk kaynakları, haksızlığın konusunu oluşturan eylemi, yalnızca şekli koşulları ile değil maddi içeriği ile de tanımlamaktadır. Normatif unsurlarda ise, paralel değerlendirme ölçütünden (*Parallelwertung in der Laiensphäre*) hareket edilmesi ve failin söz konusu unsurun sosyal anlam bilgisine (*soziale Bedeutungskenttnis*) sahip olması yeterli görülecektir. Bu anlamda, aslında normatif unsurların doğru yorumlanması için göz önünde

¹²¹ Hotz, s. 223.

bulundurulması gereken ön normun koşulları, şekli bir belirlemede bulunmaktan öteye gitmemektedir¹²².

Özetle, sadece çerçeve unsur içeren normlarda, tipik haksızlığın gerçekleştirilmesine ön normun koşulları dâhildir ve de sadece bunlarda her ön normun maddi vakıa bilgisi kastın varlığı için gereklidir. Buna karşılık, suçun normatif unsurlarında, failin söz konusu unsurun sosyal anlamını doğru tasavvur etmesi yeterlidir; fail burada da maddi vakıa üzerinde hatalı olduğu zamandaki gibi aynı şekilde itirazda bulunabilir. Ancak normatif unsurlarda ön normun koşulları ile tipik eylemi oluşturacak bir belirlemede bulunulmadığı için buradaki yanlış tasavvurlar, elverişsiz teşebbüs olasılığını etkilemez¹²³. Bu teorinin ulaştığı sonuç uyarınca, önalana ilişkin yanlış tasavvur, normatif suç unsurlarında elverişsiz teşebbüsle sonuçlanacakken, çerçeve unsurlarda mefruz suça yol açacaktır.

ii. Teorinin Eleştirisi

Teori, üzerine kurulu olduğu, suçun normatif unsurları ile çerçeve unsurları arasında yaptığı ayrıma ilişkin olarak eleştirilmiştir. Söz konusu unsurları ayırmaya yönelik bugüne kadarki tüm denemelerin genel kabul edilebilirlikten uzak kalması ve belirli suç unsurlarının hangi kategoriye dâhil olduğu üzerine tartışmaların hâlen güncelliğini koruyor olması, teorinin esas problemin çözümüne yardımcı olamayacağına kanıt olarak gösterilmektedir. Bu nedenle, teorinin, kastın kapsamına dâhil olması gerekenlerin belirlenmesi problemini başka bir alana taşımaktan öteye gidemeyeceği ifade edilmiştir¹²⁴.

¹²² Suçun normatif unsurları ile çerçeve unsurları arasındaki ayrıma ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Erman**, s. 69-70.

¹²³ **Hotz**, s. 223.

¹²⁴ **Hotz**, s. 223.

(2) Önalın Hatalarının Elverişsiz Teşebbüse Yol Açığını Kabul Eden Teori

i. Teorinin Esası

Failin, suç tipinin önalınında hukuki bir hata yapması ve bu hatası nedeniyle doğru anladığını düşündüğü suç unsurunun ilgili suç tipini gerçekleştireceğini düşünmesi durumunda, bir teşebbüsün bulunduğu görüşü ilk olarak *Blei* tarafından savunulmuştur. Bu görüş, *Herzberg* tarafından oldukça güçlü bir teori olarak bugüne kadar getirilmiřtir¹²⁵.

Hukuki hataya ilişkin olarak, “suçun kapsamında hukuki hata (*Rechtsirrtum über die Reichweite des Tatbestandes*)” ve “suçun önalınında hukuki hata (*Rechtsirrtum im Vorfeld des Tatbestandes*)” şeklinde bir ayrımı benimseyen *Blei*'e göre, suçun kapsamında hukuki bir hata, yasak hatası, yani mefruz suç teşkil ederken; suçun önalınına ilişkin hukuki hata, kastın varlığına ve dolayısıyla (elverişsiz) teşebbüse sebebiyet vermektedir¹²⁶.

Normatif alanda hata sınıflandırılması ile ilgili olarak bir fikir birliği bulunmadığı düşüncesinde olan *Herzberg*, hukuki hataya ilişkin olarak, *Blei* tarafından yapılan ayrım doğrultusunda hareket edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu doğrultuda benzer bir ayrımı benimseyen *Herzberg*, görüşünü açıklarken “atıf unsur (*Verweisungsbegriff*)” olarak ifade ettiği suç unsurlarından yola çıkmaktadır. Atıf (gönderme) unsur, tip dışı normlara dayanan ve bu nedenle ceza hukuku harici hukuki bir değerlendirmeyi gerektiren unsur olarak tanımlanmaktadır. Ceza kanunlarında, atıf unsur olarak belirlenmiş çok sayıda suç unsuru bulunur¹²⁷. Atıf unsurlara örneğ olarak, “başkasına ait olma (*Alm. CK. m. 242, 246*)” ve “hukuka aykırı fiil (*Alm. CK. m. 258*)” gibi unsurlar verilebilir. Hırsızlık suçunun “başkasına ait olma” unsuru ačíısından, suç tipinde sadece suç konusunun bir başkasının mülkiyetinde olması gereğini ifade eden kanunkoyucu, bu durumun tespitini mülkiyetin devrine ilişkin kuralları düzenleyen medeni hukuka bırakmaktadır. Yine

¹²⁵ **Roxin**, *Abgrenzung*, s. 983; **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 46.

¹²⁶ **Blei** Hermann, JA 1973, StR, S. 148, s. 604; **Burkhardt**, *Rechtsirrtum*, s. 686; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 86/87.

¹²⁷ **Herzberg**, s. 472.

Alman Ceza Kanunu'nun suçluyu kayırma suçunu düzenleyen 258. maddesindeki “*hukuka aykırı fiil (rechtswidrige Tat)*” ibaresi, ceza kanununca düzenlenmiş tüm suç tiplerine göndermede bulunmaktadır¹²⁸. Suç tipindeki unsurun göndermede bulunduğu alan ise, “*atıf alanı*” veya “*hukuki önalana*” olarak ifade edilmektedir.

Herzberg yukarıda ifade edilenler doğrultusunda, bağımsız bir ölçüt olarak, “*cezai önalanda hukuki hata*” ve “*cezai iradede hata*” arasındaki farkı, elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç ayırımına ilişkin tartışmaya dâhil etmiştir¹²⁹.

Teori uyarınca, failin atıf alanına, yani hukuki önalana ilişkin aleyhine hatası, kastını ortaya koyar ve elverişsiz teşebbüse sebebiyet verir. Buna karşın, failin hukuki anlayış olarak, kanunkoyucuyu unsuru düzenlenmeye iten iradesinde (temel düşüncesinde) hataya düşmesi, mefruz suç teşkil eder¹³⁰. Şöyle ki, bir başkasının malını kendine mal etmek veya suçluyu kayırmak isteyen biri, kendi aleyhine hukuki hata içinde olsa bile, kanunkoyuncunun temel düşüncesine karşı geldiği için onun bu davranışı teşebbüsle cezalandırılmaya değerdir. Buna karşın, birisi kendi mülkiyetinde olan ve öyle de değerlendirdiği eşyayı ikinci bir satış işlemine konu ettiğinde veya kabahat teşkil ettiğini bildiği bir eylemi Alman Ceza Kanunu'nun 258. maddesi anlamında hukuka aykırı fiil (*rechtswidrige Tat*) zannettiğinde, sadece kanunkoyuncunun “*başkasına ait bir malı kendine mal etme*” veya “*bir suçluyu kayırmayı engelleme*” temel düşüncesinde hatalı olduğu için, bu davranışı cezasız mefruz suç teşkil eder¹³¹.

Teoriye göre, atıf alanındaki hukuki değişikliklerin suç tipini etkilememesinden, hangi unsurların atıf alanına, yani hukuki önalana dâhil olduğu tespit edilebilir. Mülkiyet geçiş kurallarındaki veya vergi yükümlülüğündeki değişiklikler, ilgili suç tipinin kapsamını değiştirmekle birlikte, içeriği ve anlamı üzerinde hiçbir etkide bulunmadıkları için önalana ilişkindirler. Dolayısıyla bu teoriden hareket edildiğinde, başlangıçta verilen tüm örneklerde, (cezalandırılabilir) elverişsiz bir teşebbüsün varlığından söz etmek gerekir¹³².

¹²⁸ **Roxin**, Abgrenzung, s. 983.

¹²⁹ **Schmitz**, s. 596.

¹³⁰ **Herzberg**, Wahndelikt, s. 473; **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 46; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 86/87.

¹³¹ **Herzberg**, Wahndelikt, s. 473.

¹³² **Roxin**, Abgrenzung, s. 983.

ii. Teorinin Eleştirisi

Atıf alanındaki, yani suç tipinin önalanıdaki hukuki hataların tümünü kast ve elverişsiz teşebbüsle temellendiren bu görüş, öncelikle cezalandırılabilirliğin aşırı ve ceza politikasınca makul görülemeyecek derecede genişlemesine sebebiyet verecek olmasıyla eleştirilmiştir¹³³. Teori uyarınca, atıf alanında düzenlenen bir konu karmaşık ve belirsiz olsa da hukuki bilgisi olmayan kişi için teşebbüs olarak değerlendirilecektir. Örneğin, vergi hukukuna ilişkin hükmü yanlış değerlendiren ve bu nedenle “*vergiyle ilgili önemli bir olgu*”yu gizlediğini zanneden kişinin, vergi kaçakçılığına teşebbüsten cezalandırılması gerekecektir¹³⁴. Nitekim vergi yükümlülüğünde hataya ilişkin bir olayda Alman İmparatorluk Mahkemesi, “*hukuki bilgisizliği nedeniyle gerçekte bulunmayan bir vergi yükümüne sahip olduğunu zanneden her kişinin, vergi hukuku açısından önem taşımayan davranışından sorumlu tutulmasının, karmaşık Vergi Kanunu düzenlemeleri karşısında kabul edilemez sonuçlara yol açacağını*” ifade etmiştir¹³⁵.

Teoriye yöneltilen bir diğer eleştiri ise, bir şeyin suç tipinin önalnında mı yoksa bizzat suç tipinde mi düzenlendiğinin çoğunlukla sadece kanun tekniğiyle ilgili bir sorun olmasıdır¹³⁶. Çünkü teori, cezalandırılabilirliğin sınırını ceza kanununun atıf tekniğine bağlı hâle getirmektedir¹³⁷. Örneğin, kanunkoyucu sadece belirli, özellikle daha ağır ceza öngörülmüş suçlara ilişkin olarak suçluyu kayırmayı cezalandırıp söz konusu suç tiplerini madde içinde belirtebilirdi. Bu durumda madde içinde sayılmamış bir suçun suçlusunu kayırıp, eyleminin Alman Ceza Kanunu’nun 258. maddesi uyarınca cezalandırılabilir olduğunu düşünen kişi, suç tipini genişletmiş olacak ve eylemi mutlak biçimde cezasız kalacaktı. Buna karşılık, düzenlemenin mevcut hâli karşısında, hukuki hatası nedeniyle aslında kabahat teşkil eden eylemini, ceza kanunu uyarınca cezalandırılabilir bir fiil zanneden kişinin neden cezalandırılması gerektiği sorusu cevapsız kalmaktadır. Aynı şekilde yalan yere yemin suçu açısından, yemin verdimeye yetkili makamlar sadece birkaç tane ise,

¹³³ **Burkhardt**, Rechtsirrtum, s. 687; **Roxin**, Abgrenzung, s. 983; **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 396; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 86/87.

¹³⁴ **Burkhardt**, Rechtsirrtum, s. 687.

¹³⁵ RGSt 65, 165 (172).

¹³⁶ **Roxin**, Abgrenzung, s. 984; **Burkhardt**, Rechtsirrtum, s. 687; **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 397.

¹³⁷ **Burkhardt**, Rechtsirrtum, s. 687.

tümünün suç tipinde sayılması, netlik sağlayacağı için kanun tekniği açısından daha anlamlı bile görülebilir. Kanunkoyucu söz konusu suç açısından böyle açık bir düzenlemeyi tercih etmiş olsaydı, kanunda yemin verdirmeye yetkili olarak sayılmamış bir makam önünde yemin eden failin yalan yere yemin suçu işlediğini zannetmesi durumu, failin tasavvuru tipik olmadığı için mefruz suç teşkil edecekti. Bununla birlikte, her suç tipinin kapsamının açık kanun tekniği ile belirlenebilmesi çok kolay değildir¹³⁸.

(3) Aleyhte Tüm Hukuki Hataların Cezasızlığı Teorisi

i. Teorinin Esası

*Kriegsmann*¹³⁹ tarafından ortaya atılan tüm önalın hatalarının mefruz suça yol açtığı karşı tezi, *Burkhardt* tarafından derinlemesine gerekçelendirilerek geliştirilmiştir¹⁴⁰. Teoriye göre; ters hukuki hata, hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın teşebbüse sebebiyet vermez, cezalandırılmayan mefruz suça yol açar. Başka bir ifadeyle, normatif suç unsurlarına ilişkin her tersine hukuki hata, suçun önalında yer alıp almadığı önemli olmaksızın, cezasız mefruz suça yol açmaktadır¹⁴¹.

Teori, hukuk kuralının yanlış değerlendirilmesinden kaynaklanan her ters anlam hatasının, ceza normunun koruma alanının fazla genişletilmesine neden olduğu tezine dayanmaktadır¹⁴². Teorinin en önemli savunucusu olan *Burkhardt*'a göre; normatif suç unsurları, göndermede bulunduğu cezai olmayan normların anlamıyla karakterize edilmektedir. Dolayısıyla bu atıf nedeniyle, suçun kapsam ve uygulama alanıyla ilgili olan bu normlar, normatif suç unsuru açısından *kurucu etki* göstermektedir¹⁴³. Herhangi bir hukuki hatadan farksız olan normatif unsurun

¹³⁸ **Roxin**, Abgrenzung, s. 984; **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 397.

¹³⁹ **Kriegsmann** Nikolaus Hermann, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch: über die Begriffe und deren Unterscheidung, Breslau 1904.

¹⁴⁰ **Roxin**, Abgrenzung, s. 984; **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 45; **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 398.

¹⁴¹ **Burkhardt**, Rechtsirrtum, s. 683; **Burkhardt**, Wahndelikt, s. 346; **Roxin**, Abgrenzung, s. 984; **Hotz**, s. 223; **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 398; **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 45; **Rengier**, § 35, kn. 23; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 89.

¹⁴² **Roxin**, Abgrenzung, s. 984; **Hotz**, s. 223.

¹⁴³ **Burkhardt**, Rechtsirrtum, s. 683; **Roxin**, Abgrenzung, s. 984; **Hotz**, s. 223

önelanına ilişkin hukuki hata¹⁴⁴, normatif suç unsurlarıyla birlikte otomatik olarak ilgili suçun uygulama alanının da genişlemesine neden olmaktadır¹⁴⁵. Yani fail, normatif bir suç unsurunun objektif olarak kapsamadığı bir şeyi, normatif suç unsurunun içinde yorumlamaktadır¹⁴⁶.

Teori uyarınca, normatif suç unsurları, önelanındaki kurucu hukuk normlarına (*konstitutive Rechtsnormen*) bağlı olduğu için, önelanda bir hukuki hata durumunda, normatif suç unsurları açısından gerekli olan “*uzman olmayan kişiler alanındaki paralel değerlendirme*” de gerçekleşmiş değildir. Ancak failin, gerekli hukuki anlam bilgisine sahip olması ve bu anlamı yüklediği bir maddi vakıyı tasavvur etmesi koşuluyla, normatif suç unsurlarına ilişkin yeterli bir paralel değerlendirmesinden söz edilebilir¹⁴⁷. Bu bağlamda, kişinin hatalı hukuki yorumu nedeniyle başkasına ait zannettiği bir malı kendisine mal edinmesi örneğinde, onun “*başkasına ait olma*” unsuru üzerinde hatalı olmadığını, aksine sadece bu unsurun önelanındaki mülkiyeti geçiş kurallarında hatalı olduğunu söylemek ve bunu (elverişsiz) teşebbüsle gerekçelendirmek yanlış olacaktır. Çünkü kişi, yanlış hukuki değerlendirmesi nedeniyle “*başkasına ait olma*” unsurunu onayladığında, söz konusu unsur altında, gerçekte kanunkoyucudan farklı bir şey anlamış olmaktadır¹⁴⁸. Burada failin tasavvuruna sadece malın bir başkasına ait olması değil, bu niteliği (özelliği) taşıyan maddi vakıanın da dâhil olması gerekir¹⁴⁹. Bu nedenle teori uyarınca, elverişsiz teşebbüs sadece uygun bir maddi vakıa esasını tasavvur eden ve normatif suç unsurlarının sosyal anlamını doğru değerlendiren kişiler tarafından gerçekleştirilebilir¹⁵⁰.

Teoriye göre, *Herzberg*'in “*atıf unsur*” olarak adlandırdığı şey, kanunkoyucunun unsuru doldurabilecek tüm durumları özetlemesinden başka bir şey değildir. Söz konusu durumlar, kolaylık açısından her suç tipinde tek tek sayılmamıştır. Ancak, kanunkoyucu, suç tipinin içeriğini değiştirmeksizin bunu yapabilir (“*ikame edilebilirlik argümanı*” = “*das Argument der prinzipiellen*”).

¹⁴⁴ **Tofahrn** Sabine, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, 4., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2017, s. 11.

¹⁴⁵ **Burkhardt**, *Rechtsirrtum*, s. 686; **Schmitz**, s. 596; **Roxin**, *Abgrenzung*, s. 984.

¹⁴⁶ **Schmitz**, s. 596; **Tofahrn**, *AT II*, s. 11.

¹⁴⁷ **Schmitz**, s. 596.

¹⁴⁸ **Roxin**, *Abgrenzung*, s. 984; **Roxin**, *AT II*, § 29 V, kn. 399.

¹⁴⁹ **Schmitz**, s. 596.

¹⁵⁰ **Burkhardt** Björn, “*Nachschlag zum Wahndelikt*”, *GA* 2013, s. 346; **Hotz**, s. 223.

Substituierbarkeit”). Yani, *Herzberg* tarafından “*atıf unsur*” olarak nitelendirilen suç unsurlarının ikame edilmesi, böylelikle ceza hukukunun koruma alanında değişiklik olmaksızın, tip dışı bir kuralın tipe dâhil hâle getirilmesi kural olarak mümkündür.

Örneğin, Alman Ceza Kanunu’nun kaçak avlanma suçuna ilişkin 292. maddesindeki “*av hukukuna tabi olma*” unsurunun yerine, Av Kanunu’nun 2. maddesinde belirtilmiş olan hayvan türlerinin bir listesi kolaylıkla geçebilir. Yine yalan yere yemin suçundaki “*yemin verdirmeye kanunen yetkili kılınmış merci*” unsuru, hangi muhakeme usulünde hangi mercilerin yetkili olduğunun tek tek listelenmesi ile değiştirilebilir. Bu ikame ile, suç tipinin uygulama alanında objektif görülür şekilde hiçbir şey değişmeyecektir. Teoriye göre, bu da atıf unsurun hukuki içeriğinde bir hatanın aslında ceza normunun kapsamında bir hata olarak değerlendirilmesi ve cezasız mefruz suça sebebiyet vermesi gerektiğini ortaya koymaktadır¹⁵¹.

ii. Teorinin Eleştirisi

Öncelikle teori, normatif suç unsurlarındaki paralel değerlendirme ölçütünü kapsam olarak genişletmesiyle eleştirilmiştir. Bu bağlamda, *Burkhardt*’ın “*normatif unsurlarda gerekli hukuki anlam bilgisine sahip fail tarafından, bu değerlendirmesini somut olarak taşıyan maddi vakıanın (olgunun) tasavvur edilmemiş olması durumunda da -uzman olmayan kişiler alanındaki paralel değerlendirmede- bulunulamamış olacağı*” yönündeki görüşünün doğru olmadığı ifade edilmiştir. Sübjektif tipiklik, teşebbüs aşamasında kalan suçlar ve tamamlanmış suçlarda ortak olduğu için; bu, tamamlanmış suçlarda da genel olarak kabul gören görüştür. Kural olarak failin unsurun iç anlamını (*Intension-Bedeutung*) doğru bir şekilde kavraması yeterlidir, üst anlamın (*Extension*) normatif esaslarının da fail tarafından bilinmesi gerekli değildir. Bununla birlikte buradan şu sonuca ulaşılır: Eğer, üst anlamın normatif esasları kast için önemsiz ise, buna ilişkin hatalı bir tasavvur, fail, unsurun iç anlamını doğru bir şekilde anlamış olduğu sürece kastı kaldıramayacaktır. Örneğin, hırsızlık suçunda “başkasına ait olma” unsuruna ilişkin olarak, her durumda hırsızın sadece malın kendisinden bir başkasına ait olduğunu

¹⁵¹ **Burkhardt**, Rechtsirrtum, s. 687.

tasavvur etmesi gerekir. Buna karşın bir başkasının mülkiyetinin hangi koşullarda gerçekleştiğinin, fail tarafından ne bilinmesi ne de tasavvur edilmesi gereklidir. Bu sebeple, failin mülkiyet edinimine ilişkin yanlış tasavvurlarda bulunması, kastı için önem taşımaz¹⁵².

Diğer yandan “*ikame edilebilirlik tezi*” de ilk bakışta yerinde gibi gözükse de öyle değildir. Çünkü bu sadece objektif tipikliğe ilişkin olarak doğrudur, kast açısından değildir. Bu durum, kolaylıkla “*başkasına ait olma (Fremdheit)*” unsurunda görülebilir:

Münferit suç tipinde, başkasına ait bir maldan söz edilip edilmediği veya mal üzerinde failden bir başkasının mülkiyet sahibi olabileceği tüm durumların belirtilip belirtilmediği objektif olarak önemli değildir. Fakat subjektif olarak, kastın ilişkin olduğu konu farklılaşır. Suç tipi “*başkasına ait olma*” şeklinde bir göndermede bulunduğu anda, fail bunun ne anlama geldiğini bilmek zorundadır. Yani, normatif unsurun kurucu etkisini (mal üzerinde bir başkasının mülkiyet edinmiş olduğunu) bilmesi gerekir. Ancak maddede başkasına ait olma unsuru yerine, mülkiyet edinim durumları teker teker sayılmış olsaydı, failin bu durumlardan birini tasavvur etmiş olması yeterli olacak, bunun hukuki anlamını (Alman Medeni Kanunu’nun 903. maddesi anlamında tasarruf yetkisinin sebebinin) kavraması gerekli olmayacaktı. Bununla birlikte, failin haksızlığını oluşturan öz, bu tasarruf olanağının engellenmesi, sekteye uğratılmasıdır. O hâlde, kastın konusu, objektif tipin nasıl formüle edildiğine bağlı olarak değişmektedir¹⁵³.

(4) Aksi ile Kanıt (Tersine Sonuç Çıkarma) Yolu Teorisi

i. Teorinin Esası

Bütün eleştirilere rağmen, bugün Alman yargı kararlarında ve literatüründe¹⁵⁴ hâlen geçerliliğini sürdüren teori, mefruz suçu elverişsiz teşebbüsten “*aksi ile kanıt (tersine sonuç çıkarma) yolu*” yardımıyla ayırmaktadır¹⁵⁵.

¹⁵² Schmitz, s. 597.

¹⁵³ Schmitz, s. 597.

¹⁵⁴ Jescheck/Weigend, § 50 II, s. 532-533; Wessels/Beulke/Satzger, § 17, kn. 882; S/S-Eser/Bosch, § 22, kn. 70, 78; LK-Hillenkamp, § 22, kn. 180; Jäger, § 7, kn. 290; Ebert, s. 153; Hotz, s. 222; Hilgendorf/Valerius, § 10, kn. 24, 27.

Aksi ile kanıt öğretisine (*die Lehre vom Umkehrschluß*) göre, elverişsiz teşebbüs ile mefruz suç arasındaki ayırım esas itibariyle, “*tipiklik hatası*” “*Tatbestandsirrtum/Tatumstandsirrtum*” ile “*yasak hatası*” “*Verbotsirrtum*” arasındaki ayırma dayanmaktadır. Hata kurumuna ilişkin ilkeler, *tersine sonuç çıkarma (aksi ile ispat) yolu* ile buraya aktarılacaktır¹⁵⁶.

Teori uyarınca, elverişsiz teşebbüs tipiklik hatasının ters yönünü oluştururken (*umgekehrter Tatbestandsirrtum*), mefruz suçun ise bir ters niteleme (*altlama*) (*umgekehrter Subsumtionsirrtum*) veya ters yasak hatası (*umgekehrter Verbotsirrtum*) olması gerekir¹⁵⁷. Ayırımın yapılmasında olduğu gibi, daha sonrasında hukuka yabancı bir kişi olarak failin, normu veya suçun unsurlarını doğru bir şekilde anlamış olup olmadığı araştırılacaktır. Bu anlayışın varlığı durumunda, elverişsiz teşebbüsün bulunduğu sonucuna varılacaktır¹⁵⁸.

Teorinin ulaştığı sonuçlar, **şematik olarak** şu şekilde gösterilebilir:

<i>Hata (Irrtum)</i>	<i>Ters Hata (umgekehrter Irrtum)</i>
(1) Kastı kaldırır, fail kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli sorumluluk hâli saklıdır. (tipiklik hatası = Tatumstandsirrtum) (Alm. CK. m. 16/1- TCK. m. 30/1)	(3) Kasta sebebiyet verir, elverişsiz teşebbüse yol açar. (ters tipiklik hatası = umgekehrter Tatumstandsirrtum) (Alm. CK. m. 22 ve 23 /3’e göre cezalandırılabilir)
(2) Haksızlık bilinci (<i>Unrechtsbewusstsein</i>) bulunmamaktadır. Sadece kaçınılamaz yasak hatasında (<i>unvermeidbar Verbotsirrtum</i>) cezalandırılabilirlik söz konusu değildir. (yasak hatası/niteleme hatası = Verbotsirrtum / Subsumtionsirrtum) (Alm. CK. m. 17- TCK. m. 30/4)	(4) cezasız mefruz suç (strafloses Wahndelikt) (ters yasak hatası/ ters niteleme hatası = umgekehrter Verbotsirrtum/ Subsumtionsirrtum)

Şema-1¹⁵⁹

¹⁵⁵ **Roxin**, Abgrenzung, s. 984.

¹⁵⁶ **Tofahrn**, AT II, s. 11.

¹⁵⁷ **Roxin**, Abgrenzung, s. 984; **Fischer**, § 22, kn. 43, 50; **Tofahrn**, AT II, s. 11.

¹⁵⁸ **Tofahrn**, AT II, s. 11.

¹⁵⁹ *Şemanın yapımında yararlanılan eser için bkz. Schmitz*, s. 595.

Korkuluğu insan zanneden ve öldürme amacıyla üzerine ateş eden kişi, suçun maddi unsuruna ilişkin bir durum (*Tatumstand*) üzerinde hatalıdır. Bu, bir “ters tipiklik hatası” oluşturur. Tıpkı suçun maddi unsurlarına ilişkin bir durum üzerinde hatanın (*avcının, bir insanı korkuluk zannetmesi veya kendi kabanı olduğu düşüncesiyle vestiyerden başkasının kabanını alma*) kastı kaldırmasında olduğu gibi, ters hata (*avcının bir korkuluğu insan zannetmesi veya başkasının paltosu zannederek vestiyerden kendi paltosunu alma*) da kasta sebebiyet verir ve elverişsiz teşebbüse yol açar¹⁶⁰.

Kullanma hırsızlığını (*furtum usus*¹⁶¹), genel olarak cezalandırılabilir zanneden kişi, “ters yasak hatası” içindedir. Bir yasak hatası durumunda (örneğin, Alman Ceza Kanunu’nun 248b maddesinde aksinin düzenlenmesine karşın başkasına ait olan bir bisikletin kullanılmasının yasak olmadığı zannedilmesi), failin kolaylıkla kusurlu hareket etmediği sonucuna ulaşamıyorsa; ters yasak hatası (örneğin, başkasına ait bir bahçe aletinin zorla ödünç alınmasının cezalandırılabilir zannedilmesi) da isnat edilemez ve mefruz suça yol açmak durumundadır¹⁶².

Aksi ile kanıt yolu, Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında yer almış¹⁶³ ve hatta Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından da birçok kez kullanılmıştır¹⁶⁴.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi (Ceza Dairesi)’nin 15, 345 sayılı kararı, mal beyanını gerçeğe aykırı surette yapan sanığın, bilgilendirme ve yemin yükümlülüğü altında olmamasına rağmen yalan yere yemin suçunu işlediğini zannetmesine ilişkindir. Mahkeme, bunu mefruz suç olarak değerlendirmiş ve tipiklik hatası ile yasak hatası arasındaki farkı şöyle açıklamıştır:

¹⁶⁰ **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 401; **Roxin**, Abgrenzung, s. 984.

¹⁶¹ Alman Ceza Kanunu’nda da hırsızlık (§ 242), Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi (m. 142) özel kastla işlenebilen bir suç olarak düzenlenmektedir. Bununla birlikte iki ceza kanununda hırsızlık suçu için öngörölmüş özel kast farklılık arz etmektedir. Türk Ceza Kanunu’nda “*yarar sağlama maksadı*” ile yetinilirken; Alman Ceza Kanunu’nda “*mal edinmek maksadı (Zueignungsabsicht)*” aranmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nun hırsızlığa ilişkin bu hükmü ve kullanma hırsızlığını genel olarak cezalandırılabilir şekilde ayrı bir suç tipi şeklinde düzenlememesi karşısında iade amacıyla yapılan hırsızlık olarak tanımlanabilecek kullanma hırsızlığı, kural olarak cezasız kalmaktadır. Bununla birlikte Alman Ceza Kanunu’nda iki durum açısından kullanma hırsızlığı suç sayılmış bulunmaktadır: Bunlardan ilki motorlu araç ve bisiklet açısından düzenleme getiren 248b. maddesi; diğeri de rehinli mala ilişkin 290. maddesidir.

¹⁶² **Roxin**, mefruz suç mutlak anlamda cezasızken, yasaklılık hatası kural olarak ceza indirimine ve sadece kaçınılmazlık durumunda cezasızlığa sebebiyet vereceği için, varılan bu sonucun tam anlamıyla doğru olmadığını ifade etmektedir (**Roxin**, Abgrenzung, s. 985).

¹⁶³ RGSt 42,94; 66,126; 72, 112.

¹⁶⁴ **Roxin**, Abgrenzung, s. 985.

“Bu durumun, elverişsiz teşebbüs mü mefruz suç mu teşkil ettiği sorusu burada önemlidir. Mefruz suç, failin fiilini yasak zannetmesi ve fiilinin suç teşkil ettiğini yanlış bir şekilde varsayması iken; elverişsiz teşebbüs, failin mevcut olmayan bir suç unsurunu oluşturan durumu hatalı olarak varsayması şeklinde ifade edilir. Fail, hukuki olarak doğru olan yeminsiz beyanda bulunması olmasına rağmen, yemin altında beyanda bulunmamasının bir yanlışlık sonucu gerçekleştiğini ve aslında yemin altında beyanda bulunması gerektiğini düşünmektedir. Bu yüzden fail, normun kapsamında yanılmakta, yani bir yasak hatası (haksızlık yanılması) içinde bulunmaktadır¹⁶⁵.”

ii. Teorinin Eleştirisi

Tersine sonuç çıkarma yolu, özellikle Alman Ceza Kanunu’nda konuya ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini gerekçelendirmede Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından göz önünde bulundurulmasıyla eleştirilmiştir. Öyle ki o dönemlerde *Binding*, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilir bir davranış olduğunun kanundan nasıl çıkarılabildiğine ilişkin olarak, “*ters tipiklik hatasının, suç yaratan sihirli bir güç olduğu*” şeklinde alaycı eleştirilerde bulunmuştur. Günümüzde ise Alman kanunkoyucusunun, Alman Ceza Kanunu’nun 22. ila 23. maddesinin 3. fıkrasında dolaylı bir şekilde elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini açıklamasıyla, eleştiriye konu olan bu durum doğal olarak değişmiştir¹⁶⁶.

Bununla birlikte *Spendel*’in tersine sonuç çıkarma yoluna ilişkin eleştirisinden bu yana, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının ancak mantık kurallarının ihlali ile temellendirilebileceğinin açıklığa kavuştuğu belirtilmektedir. Buna göre, suça ilişkin maddi unsurların (koşulların) bilinmemesinin, kasıtlı bir fiil nedeniyle cezasızlık için gerekli bir şart olması, bu durumun tersinin cezalandırılabilir bir (elverişsiz) teşebbüsün kabulü için yeterli koşulu sağladığı anlamına gelmeyecektir¹⁶⁷. *Spendel*, vardığı sonucu daha açık bir şekilde şöyle ifade etmektedir: Klasik suç sistemi uyarınca kast sorunu, sadece objektif tipikliğin ve

¹⁶⁵ **Roxin**, Abgrenzung, s. 985.

¹⁶⁶ **Schmitz**, s. 595.

¹⁶⁷ **Schmitz**, s. 595.

haksızlığın gerçekleşmesi durumunda incelenir. Bu çerçevede, cezalandırılabilir bir fiilin isnat edilememesi için, tipiklikte eksiklik bulunması her zaman yeterli bir koşuldur. Tek başına yeterli olan ikinci koşul ise, hukuka aykırılığın bulunmamasıdır. Failin suçun unsurlarına ilişkin hatalı olup olmadığı ise daha az derecede olmakla birlikte belirleyici olabilir. Teşebbüste de öncelikle tamamlanmamış hareketin, teşebbüs tipikliğini sağlayıp sağlamadığının ve hukuka aykırı olup olmadığının sorgulanması gerekir. Dolayısıyla burada belirleyici olan hataya ilişkin hüküm değildir, hatta sadece teşebbüs düzenlemesidir¹⁶⁸.

Yukarıda belirtilen tersine sonuç çıkarma yoluna ilişkin getirilen eleştiri, esas itibariyle elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç ayrımının tersine sonuç çıkarma yolu yardımıyla yapılmasına ilişkin değildir. Bu bağlamda olan diğer eleştiri ise şudur: Tersine sonuç çıkarma yolu, (failin hatasının yeterli bir kast mı oluşturduğunun yoksa sadece hatalı -ve bu yüzden bir sonuca yol açmayan- bir değerlendirmeden mi ibaret olduğunun belirsiz olduğu) sorunlu durumlara ilişkin olarak hiçbir açıklamada bulunmaz¹⁶⁹. Bu yüzden tersine sonuç çıkarma yolu, cezalandırılabilir ve cezasız hareketler arasındaki ayrımı temellendirmek için kullanılamaz, hatta sadece basit bir kural olarak, bağımsız kriterlere göre ulaşılan bir sonucun doğrulanmasını sağlayabilir¹⁷⁰.

Alman ceza hukuku doktrinde, tersine sonuç çıkarma yolunu eleştiren isimlerden bir diğeri de *Roxin*'dir. *Roxin*'e göre, sadece basit anlamda, tipiklik hatasında eksik olan amaçlanan suçun unsurlarını gerçekleştirmeye yönelik kastın elverişsiz teşebbüs için gerekli olduğu ve yasak hatasında tipikliğin sübjektif yanı olan kast (*Tatbestandsvorsatz*) korunurken, mefruz suçta bunun bulunmadığı doğrudur. Bununla birlikte *Roxin*, tersine sonuç çıkarma yolunu teşebbüs ve mefruz suç ayrımında uygun bir araç olarak görmez. Çünkü *Roxin*'e göre, bu basit değerlendirme ile ters tipiklik hatasının (elverişsiz) teşebbüse veya teşebbüsün cezalandırılabilirliğine sebebiyet verdiği şeklinde bir sonuca ulaşılamaz¹⁷¹.

¹⁶⁸ **Spendel** Günter, "Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie", ZStW, Jahrg. 7, 1957, s. 458-459.

¹⁶⁹ **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 40, kn. 5; **Schmitz**, s. 596.

¹⁷⁰ **Schmitz**, s. 596.

¹⁷¹ **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 404; **Roxin**, Abgrenzung, s. 985.

Roxin, elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç ayırımının yapılmasında, tersine sonuç çıkarma (aksi ile kanıt) yolunun yardımcı olamayacağına yönelik görüşünü desteklemek adına şu örnekleri vermektedir:

➤ *Suçun unsurlarında ters fiili hata durumunda:*

Roxin'e göre, tersine sonuç çıkarma yolunun işlevsizliği, suçun unsurlarını oluşturan durumlarda fiili hata (suçun unsurlarına ilişkin maddi koşullarda hata) hâli için dahi çok açık bir şekilde görülmektedir. Buna göre, tipiklik hatası nedeniyle, Alman Ceza Kanunu'nun 16. maddenin 1. fıkrası uyarınca kastın ortadan kalkması doğrultusunda, ters tipiklik hatasının da teşebbüse yol açması gerektiği, asla mantık kuralları uyarınca varılabilecek bir sonuç değildir. Bununla anlatılmak istenen, bir insanı öldürmek maksadıyla, korkuluğa ateş eden kişinin, sadece kanunkoyucu böyle bir davranışı elverişsiz teşebbüs olarak cezalandırdığında, bu ters hatasıyla teşebbüse yol açacağı elbette değildir. Yani burada mantık kurallarının bir teşebbüsün kabulünü zorladığı, ancak bunu cezalandırmanın veya cezasız bırakmanın kanunkoyucunun inisiyatifinde olduğu da söylenemez. Çünkü teşebbüsün cezalandırılma sebebi failin davranışının tehlikeliliği olarak görüldüğünde, başlangıçtan itibaren suç tipindeki neticeyi meydana getirmeye uygun (elverişli) olmayan bir davranış, cezalandırma sebebinin yokluğu nedeniyle hukuki anlamda bir teşebbüs de teşkil etmez. Dolayısıyla, teşebbüsün ne olduğu noktasında, mantıksal değil, teleolojik (amaçsal) bakış açıları belirleyici olmaktadır¹⁷².

Roxin, Alman ceza hukukunda kural olarak elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğinden hareket edilse dahi, ters bir hatanın teşebbüse neden olmasının asla mutlak bir durum olmadığı kanaatindedir. Fiili bir hatası nedeniyle gerçekte dâhil olmadığı bir statüye (*kamu görevlisi, asker, doktor gibi*) kendisini dâhil gören kişinin durumunu buna örnek vermektedir. *Roxin*, normal durumda statüyü oluşturan hâl ve durumun bilinmemesinin kastı kaldıracağını ifade etmekle birlikte; tersi durumda (statüsel yükümlülüklerle hataya dayalı tahayyül ile erişilemeyeceği için), failin bu yanlış varsayımının suça teşebbüse sebebiyet

¹⁷² **Roxin**, Abgrenzung, s. 985.

vermeyeceği düşüncesindedir. Bu bağlamda da mantıksal değil, hukuki argümanların belirleyici olduğunu savunmaktadır¹⁷³.

➤ *Ters hukuki hata durumunda:*

Roxin, tersine sonuç çıkarma yolunun, ters hukuki hatada mefruz suçu elverişsiz teşebbüsten ayırmaya evleviyetle yardımcı olmayacağını savunmaktadır. Bu duruma örnek olarak, hukuki bilgisizliğe dayalı olarak olmayan bir vergi borcunun var zannedilmesini vermektedir. Bu durum, normalde Alman Vergi Kanunu'nun 370. maddesi anlamında bir ters tipiklik hatası olarak değerlendirilmektedir. Çünkü böyle bir fail, objektif olarak vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesinin sosyal anlamını idrak etmiş değildir. Ancak *Roxin*'e göre bu, hatalı hukuki düşüncesi nedeniyle bulunmayan bir vergi borcunu var zannedip bunu beyan etmeyen kişinin, (cezalandırılabilir) vergi kaçakçılığı suçuna teşebbüs etmiş olması gerektiğini sonuçlamayacaktır. Çünkü vergi ödevinin bilinmemesi kastı kaldırırken, sadece var zannedilmesi kastın varlığının kabulü için gerekli, ancak doğrudan doğruya tek başına yeterli bir koşul değildir. Bu hata, sadece gerçekte mevcut olan vergi ödevlerini düzenleyen Alman Vergi Kanunu'nun 370. maddesinin kapsamı dışındadır. Bu nedenle, normun kapsamı dışında olan söz konusu örnekteki durum, suç tipinin fazla genişletilmesi olarak değerlendirilecek ve mefruz suça sebebiyet verecektir¹⁷⁴.

(5) Önalın Normlarına Atıf Yapan Unsurların Mahiyetine Göre Ayrım Yapan Teori

Roxin'e göre, önalın hatalarında *Herzberg* ve *Burkhardt*'ın zıt görüşleri arasında bir yol bulan ve önalına atıfta bulunan unsurlar arasında ayrım yapan bir çözüm yolunun tercih edilmesi gerekmektedir. Bu, önalın normlarına atıfta bulunan unsurların, farklı mahiyette olmasından kaynaklanmaktadır¹⁷⁵. Soruna ilişkin olarak

¹⁷³ **Roxin**, Abgrenzung, s. 985. *Aksi yönde bkz. Bruns* Hans-Jürgen, Der untaugliche Täter im Strafrecht, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 8 Juli 1955, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1955, s. 18. *Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, II, E.*

¹⁷⁴ **Roxin**, Abgrenzung, s. 985.

¹⁷⁵ **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 409; **Roxin**, Abgrenzung, s. 986.

getirdiği bu yeni yaklaşımla *Roxin*, üst-kolektif kavramlara (“*Sammelbegriffe*”) ilişkin önalın hataları ile tek-münferit kavramlara (“*Einzelbegriffe*”) ilişkin önalın hatalarını birbirinden ayırmaktadır¹⁷⁶.

Bu görüşe göre, önalın normlarına göndermede bulunan unsurların bir kısmı, çok sayıda iddia, suç ve yetkiyi kapsayan *üst-kolektif kavramlardır* (“*Sammelbegriffe*”). Alman Ceza Kanunu’nun 258. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*rechtswidrige Tat (hukuka aykırı-haksız fiil)*” terimi, aslında konusu hükme dâhil olan, fakat kanun yapma tekniği nedeniyle cezai hükümde tamamının listelenmesinin mümkün olmadığı tüm suç tipleri için bir kısaltmadır. Aynı şekilde, Alman Ceza Kanunu’nun 154. maddesindeki “*yetkili makam (zuständige Stelle)*” terimi, yemin verdirmeye yetkili makamların tamamını kapsayan bir nitelemedir. Bu suretle, özel durumların toplandığı üst terimler söz konusuysa, bunlar da ceza normunun kapsamına dâhil olmaktadır. Bu, aleyhte hukuki hatanın mefruz suça neden olduğu anlamına gelmektedir¹⁷⁷. Çünkü bu şekilde aleyhte hukuki bir hata, hiçbir suçun kapsamına girmeyen bir durum oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu konuda *Burkhardt*’ın teorisi doğrulanmış olmaktadır¹⁷⁸.

Önalın normlarına atıf yapılan unsurlardan bazıları ise başka mahiyettedir (“*Einzelbegriffe*”). *Münferit-tek kavramlara* ise, Alman Ceza Kanunu’nun hırsızlığa ilişkin 242. maddesindeki “*fremdheit (başkasına ait olma)*” kavramını örnek olarak vermektedir. “*Başkasına ait olma*” kavramı, sadece bir başkasının müstakil mülkiyetine veya birlikte mülkiyetine göndermede bulunmaktadır. Kişi, başkasının mülkiyeti terimini doğru yorumlaması durumunda, mülkiyeti ihlal kastına sahiptir. Mülkiyet kurallarını oluşturan geniş kapsamlı karmaşık kurallar, ilgili mülkiyet suçunun kapsamına dâhil değildir. “*Mülkiyet*” teriminin doğru kavranması durumunda, söz konusu kuralların yanlış değerlendirilmesi, teşebbüsün mevcudiyetini değiştirmeyecektir. Kişi, başka bir kişinin mülkiyetinde olan bir eşyayı kendisine mal edinmek istediğinde, Alman Medeni Kanunu’nun 903. maddesi anlamında mülkiyet terimini doğru anlamışsa; mülkiyetin devri kurallarında hatalı olsa da güveni kötüye kullanma kastına sahiptir. Yani fail, atfin asıl konusunu (mülkiyet) doğru tanımladığında, tipe dâhil olmayan mülkiyet hakkının hukuki

¹⁷⁶ **Jäger**, § 7, kn. 291; **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 46; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 89.

¹⁷⁷ **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 410; **Roxin**, Abgrenzung, s. 986; **Jäger**, § 7, kn. 291.

¹⁷⁸ **Roxin**, Abgrenzung, s. 986.

oluşum koşullarını yanlış değerlendirmesi teşebbüsü engellemez¹⁷⁹. Dolayısıyla görüşe göre, münferit kavramlara ilişkin bir önalın hatası durumu, elverişsiz teşebbüs olarak kabul edilecektir¹⁸⁰.

D. Ağır Bilgi ve Anlama Eksikliğine Dayalı Elverişsiz Teşebbüs ve Elverişsiz Teşebbüs

Genel olarak her elverişsiz teşebbüs, cezai yaptırıma ihtiyaç göstermez. Bu, fail olmaya özenen kişinin hareketinin, onun alay konusu olmasına ya da acınacak hâle düşmesine sebebiyet verecek derecede ilgili suç tipini meydana getirmek için elverişsiz olduğu durumlarda düşünülebilir¹⁸¹. Alman ceza hukuku doktrininde, failin hareketinin netice için böyle açık bir şekilde elverişsiz olduğu durumlarda, cezalandırılmaya değerliğinin de bulunmadığı genel olarak ifade edilmektedir¹⁸².

Ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüse (*grob unverständiger Versuch*) ilişkin düzenleme, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Bu hükmün dayanağını oluşturan 1962 Alman Ceza Kanunu Tasarısı'nda ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı teşebbüs, "akıl zayıflığından kaynaklanması gerekmeyen, genel olarak bilinen bir nedensellik bağlantısının tamamen yanlış tasavvur edilmesi" şeklinde tanımlanmaktadır¹⁸³. Bu bağlamda, failin ağır bilgi ve anlama eksikliği içinde olduğunun kabul edilmesi için, onun genellikle bilinen nedensellik bağlantısına ilişkin olarak tamamen yanlış bir tasavvura sahip olması ve bu nedenle de elverişsiz araçlara rağmen suç neticesinin mümkün olduğunu düşünerek, eylemini gerçekleştirmiş olması gereklidir. Ayrıca failin bu hatası, sadece uzman kişiler için değil, ortalama tecrübeye sahip her kişi için açık ve elle tutulabilir olmalıdır¹⁸⁴. Durum, mecazi bir söylemle şu şekilde ifade

¹⁷⁹ **Roxin**, Abgrenzung, s. 986; **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 411.

¹⁸⁰ **Jäger**, § 7, kn. 291.

¹⁸¹ **Valerius**, JA 2010, s. 116.

¹⁸² **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 369; **Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 531-532; **Valerius**, JA 2010, s. 116.

¹⁸³ Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962 = BT-Drucksache V/4095, s. 12; **LK-Hillenkamp**, § 22, kn. 188, s. 1579; **Krey Volker/ Esser Robert**, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5., neu bearbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2012, § 43, kn. 1255.

¹⁸⁴ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 881; **Valerius**, JA 2010, s. 116; **Hilgendorf/Valerius**, § 10, kn. 25; **Beckemper**, § 23, kn. 11; **Satzger Helmut**, "Der irrealer Versuch-über die Schwierigkeiten der Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden", Jura 2013 (10), s. 1020; **Ellbogen Klaus**, "Untauglicher Versuch- grob unverständiger Versuch-

edilebilir: Makul üçüncü kişi, hayretle başına vurarak, “böyle bir şey nasıl mümkün olabilir?” demelidir¹⁸⁵. Bu çerçevede, ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs durumlarının, fail tarafından suçun konusu için somut ve hatta soyut bir tehlikeye sebebiyet vermeyen durumları kapsadığı açıktır¹⁸⁶.

Bu doğrultuda, ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüsün *objektif* ve *sübjektif* olmak üzere iki koşulu olduğu ifade edilebilir. Objektif koşul, “suç neticesinin meydana gelmesinin objektif olarak elverişsiz olması”dır. Bu objektif koşulun ise, failin herkesçe bilinen nedensellik bağlantılarına ilişkin olarak “açık bir yanlışlık içinde olması” sübjektif koşulu ile birleşmesi gerekir. Ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı teşebbüse örnek olarak, yüksekte uçan bir uçağa havalı tüfekte ateş edilmesi veya tamamen zararsız olduğu bilinen bir maddenin (*örneğin, papatya çayı*) öldürücü zehir olarak kullanılması verilebilir¹⁸⁷. Örneklerden de anlaşıldığı gibi, uygulamada bu derece saçma yanlış anlamalar neredeyse hiç ortaya çıkmayacaktır¹⁸⁸.

“Ağır bilgi ve anlama eksikliği”, *nomolojik hatalar* (tabiat kanunlarına ilişkin hatalar) ile sınırlandırılmak zorundadır, *ontolojik hatalara* (maddi vakiyaya ilişkin hatalar) genişletilemez¹⁸⁹. Yani, insan öldürmeye teşebbüs durumunda failin oyuncak tabancayı silah zannetmesi veya benzer şekilde uyuduğunu zannettiği mağdurun gerçekte ölü olması, ağır bilgi ve anlama eksikliği değildir. Failin tasavvurunun absürtlük (saçmalık) derecesinin artması nedeniyle, ontolojik bir hata nomolojik bir hataya dönüştüğünde, ağır bilgi ve anlama eksikliğinin varlığı kabul edilebilir.

abergläubischer Versuch”, Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg, 2015, s. 127; BGHSt 41, 94 (95)- Urteil vom 14.03.1995 – 1 StR 846/94 (LG Karlsruhe) (Karar için bkz. NJW 1995, 2176).

¹⁸⁵ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 364.

¹⁸⁶ **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 15; E 1962 = BT-Drucksache V/4095, s. 12; BGHSt 41, 94 (95).

¹⁸⁷ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 364; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 48; **Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 532; **Gropp** Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Berlin 2015, § 9, kn. 35; **Valerius**, JA 2010, s. 116; **Seier/Gaude**, s. 459; **NK-Zaczyk**, § 23, kn. 20; **Ebert**, s. 126. Evinin üzerinden geçen uçakların gürültüsüne sinirlenen kişinin, uçaklardan birini düşürmek için sapanla atışta bulunması veya gebe kadının kabartma tozu ile istemediği gebeliğini sonlandırmak istemesi de ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüse verilen benzer örneklerdir (**Satzger**, s. 1020). Mağduru uyku ilacıyla öldürmek isteyen, ancak bunun için yeterli doz kullanmayan failin hareketi, objektif olarak elverişsiz olmasına karşın, ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz bir teşebbüs oluşturmamaktadır. Bu örneğin, yanlış bir biçimde, Alman kanunkoyucusu tarafından ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüse örnek olarak verildiği (BT-Drucksache V/4095, s. 12) yönünde bkz. **Heinrich** Bernd, “Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständigem und abergläubischem Versuch”, Jura, August 1998, Heft 8, s. 396, dn. 45.

¹⁸⁸ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 364.

¹⁸⁹ **Heinrich**, Jura 1998, s. 393, 396; **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 365.

Silahın oyuncak olduğunu bilmesine rağmen, onunla ateş edebileceğine inanan veya çürüme belirtileri gösteren bir bedenin hâlâ yaşayabileceğini düşünen bir kişi, nomolojik bir hata içindedir. Yani, nomolojik ve ontolojik hatalar, her zaman çok net bir şekilde ayrılamaz¹⁹⁰.

Ağır bilgi ve anlama eksikliği ile neyin kastedildiği bu şekilde ifade edildikten sonra, Alman Ceza Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemesine bakıldığında (Alm. CK. m. 23/3), ağır bilgi ve anlama eksikliği içinde olan failin, fiilinin suçu tamamlanmaya elverişli olduğunu zannetmesi durumunda dahi, kanunkoyucunun açık bir şekilde cezalandırılabilirliği kabul etmiş olduğu görülmektedir¹⁹¹.

Alman Ceza Kanunu'nun ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs hükmünün dogmatik bir temelini olup olmadığının şüpheli olduğunu ifade eden kimi yazarlar, buna rağmen bu konu üzerinde doktrinde yeterince yoğunlaşılma olmamasını eleştirmişlerdir. Bu görüş uyarınca, sorunun kavranmasına faydalı olmaktan ziyade engel olan, çoğunlukla standart bir şekilde kullanılan örneklerin (havalı tüfekte veya kuru sıkı tabancayla yüksekte uçan bir uçağa ateş edilmesi) verilmesi de bu noktadaki problemin farkındalığına yönelik eksikliği açıkça ortaya koymaktadır¹⁹².

Yukarıda ifade edilen görüş uyarınca; Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasının tam olarak işletilmesi, failin, ağır bilgi ve anlama eksikliğine rağmen, kasıtlı hareket edebilmesini gerekli kılmaktadır. Ancak bu durum, kabul edilebilir değildir. Ayrıca, makul bir kanunkoyucudan, sadece neticeyi meydana getirmeye elverişli hareketleri cezalandırmasının beklenebileceğini belirten görüşe göre; örneğin, dua etmek, söz konusu elverişliliğe sahip olmadığı için, ilgili madde açısından bir öldürme hareketi olarak kabul edilmez. Aynı şekilde, diğer tüm elverişsiz hareketler de (*papatya çayı veya köpek mamasıyla zehirlenme*) maddeye dâhil görülmez. Yani, soyutlaştırılmış “öldürme” unsuru, sadece ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli hareketleri kapsamaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 212.

¹⁹⁰ Roxin, AT II, § 29 II, kn. 365.

¹⁹¹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 22, kn. 48. *İsviçre Ceza Kanunu*'nun teşebbüs ve cezalandırılabilirliğine ilişkin düzenlemesinin 22. maddesinin 2. fıkrasında, ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs cezasız bırakılmış durumdadır (<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/201903010000/311.0.pdf>, Erişim Tarihi: 06.02.2018).

¹⁹² Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 22, kn. 48.

maddesine ilişkin bu durumun, kanunkoyucu için de geçerli olması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, ağır bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle, elverişsiz hareketinin ölüm neticesini meydana getirebileceğini zanneden fail, tipe uygun bir öldürme hareketi tasavvur etmiş olmayacaktır. Dolayısıyla, kasten hareket etmiş olmayan fail, tipe uygun bir teşebbüs de gerçekleştirmiş olmayacaktır. “*Kast*” ve “*ağır bilgi ve anlama eksikliğinin*” birbiriyle bağdaşmayacağından yola çıkan görüş uyarınca, Alman Ceza Kanunu’nun 23. maddesinin 3. fıkrası, kabul edilebilir dogmatik bir temele sahip değildir¹⁹³.

Alman Ceza Kanunu’nun ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs düzenlemesinin (Alm. CK. m. 23/3), kanunun teşebbüse ilişkin mevcut yaklaşımının bir sonucu olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Teşebbüse ilişkin subjektif ağırlıklı bir anlayışı benimsediği söylenebilecek Alman Ceza Kanunu, bu durumda artık aptallık derecesine varır bir yanılğı içinde olan failin kötülüğünün de bulunmadığı noktasından yola çıkmakta ve cezalandırılabilirliğin aşırı şekilde genişlemesini önlemek için böyle bir düzenlemeye gitmektedir. Söz konusu durumlarda, fail tarafından suçun konusu için somut ve hatta soyut olarak hiçbir tehlikeye sebebiyet verilmemesi, failin aptallık derecesinde olan yanılığısıyla da birleşince, failin cezalandırılabilirliği konusunda mahkemeye takdir alanı bırakılmak istenmiştir.

Bu doğrultuda Alman kanunkoyucusu, Alman Ceza Kanunu’nun 23. maddesinin 3. fıkrası ile mahkemeye, failin ağır bilgi ve anlama eksikliği içinde olduğu durumlar için “*ceza vermekten vazgeçme*” veya Alman Ceza Kanunu’nun 49. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*cezayı indirme imkânı*” vermektedir. Eğer mahkeme ceza indirimini yolunu seçmişse, failin cezasını kanunda yazılı cezanın alt sınırına kadar indirebilecek veya hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedebilecektir. Bu karar takdiridir, yani söz konusu düzenleme ile mahkeme açısından ceza vermekten vazgeçmeye veya ceza indirimine ilişkin bir zorunluluk getirilmemiştir¹⁹⁴. Bununla birlikte *Özel Komisyon*, kanunkoyucunun burada, ceza vermekten vazgeçilmesinin kural olmasından hareket ettiğini, bunun da Alman Ceza Kanunu

¹⁹³ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 48.

¹⁹⁴ **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 41, kn. 192; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 18; **Valerius**, JA 2010, s. 116; **Ebert**, s. 125.

açısından alışılmamış olan bir şekilde¹⁹⁵ ilgili maddede ceza vermekten vazgeçmenin öncelikle belirtilmek suretiyle açıklığa kavuşturulmuş olduğunu ifade etmektedir¹⁹⁶.

Elverişsiz teşebbüs ile ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs arasındaki fark, Almanya Federal Yüksek Mahkemesi'nin “*öldürme aracının elverişsizliğine*” ilişkin verdiği kararda¹⁹⁷ net bir şekilde görülebilir. Karara konu olan olayda sanık, kocasını öldürmek için böcek öldürmede kullanılan bir zehir, sandviç ekmeğine püskürtür. Her biri yaklaşık birer saniye süren bu işlemi, iki defa gerçekleştirir. Fakat, kocası ekmekten aldığı ilk ısırığı keskin tadı nedeniyle tükürür ve ekmeği yemekten vazgeçer. Kullanılan zehir dozunun öldürme için elverişliliğinin tespiti için mahkemece başvuru bilirkşi, 500 ml'lik bir sprey kutusunun muhtevasında 0,85 ml (yaklaşık 1 gram) etken madde (*Fenitrothion*) olduğunu ve 70 kilogram vücut ağırlığına sahip bir insan için, bu zehrin ölümcül dozunun 40 gram olduğunu saptar. Yerel mahkeme, olayda Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasını uygular, sanığa kasten insan öldürmeye teşebbüsten verilen cezada indirime gider.

Savcılık makamının esas itirazına dayalı temyizi üzerine, Almanya Federal Yüksek Mahkemesi olaya ilişkin görüşünü şu şekilde açıklamaktadır: “*Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası, failin ağır bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle, fiili işlemekte kullandığı araçların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememesini gerektirmektedir. Kanuni düzenlemenin bu şekilde formüle edilmesi karşısında, öncelikle söz konusu düzenlemenin sadece, eylemin mağdur için somut ve hatta soyut bir tehlike oluşturmadığı durumlarda uygulanabilir olduğunun ifade edilmesi gereklidir. Bunun devamında ise, teşebbüsün bu objektif elverişsizliğinin “failin ağır bilgi ve anlama eksikliği içinde olması” subjektif unsuru ile birlikte görülmesi gerekir. Ağır bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle fail, eyleminin icrasında genellikle bilinen bir nedensellik bağına ilişkin olarak tamamen yanlış bir tasavvurla yola çıktığı için, elverişsiz araçlara rağmen eyleminin neticesinin mümkün olduğunu*

¹⁹⁵ Öncelikle cezada indirim, ardından ceza vermekten vazgeçme imkânının düzenlendiği örnek Alman Ceza Kanunu hükümleri için bkz. § § 113 IV, 129 VI, 157 II, 158 I, 236 V, 306e I.

¹⁹⁶ BT-Drucksache V/4095, s. 12 (Roxin, AT II, § 29 II, kn. 370; Valerius, JA 2010, s. 116).

¹⁹⁷ BGHSt 41, 94 (95)- Urteil vom 14.03.1995 – 1 StR 846/94 (LG Karlsruhe) (Karar için bkz. NJW 1995, 2176; Radtke Henning, “An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuchs-BGH, NJW 1995, 2176”, JuS 1996, Heft 10, s. 878; Heinrich, Jura 1998, s. 396; Rengier, § 35, kn. 11; Murmann, § 28, kn. 55; Seier/Gaude, s. 459; NK-Zaczyk, § 23, kn. 20).

düşünerek hareket eder. Ayrıca nedensellik bağına ilişkin failin bu hatası, sadece uzman kişiler için değil, ortalama tecrübeye sahip her bir kişi için de açık, adeta elle tutulabilir olmalıdır. Böyle bir durum, olayda söz konusu değildir. Ortalama tecrübeye göre, böcek öldürmede kullanılan bir araç, zehirlidir ve bir insanı öldürmek için kural olarak elverişlidir. Olayda, neticenin meydana gelip gelmemesi, kullanılan aracın cinsine ve miktarına bağlıdır. Sanığın hatası, böcek zehrinin öldürme için elverişliliğine ilişkin değildir, sadece zehirli maddenin miktarını öldürme için yeterli değerlendirmesine ilişkindir. Herkesçe bilinen bir nedensellik bağlantısının yanlış anlaşılmasının söz konusu olmadığı böyle bir hata, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasının koşullarını sağlamaz. Bu nedenle, sanığın nitelikli insan öldürmeye (elverişsiz) teşebbüs teşkil eden eyleminde, Alman Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ceza indirimine gidilmesi de mümkün değildir.”

E. Gerçek Dışı (Batıl İnanca Dayalı) Teşebbüs ve Elverişsiz Teşebbüs

Alman ceza hukuku doktrininde, “*irrealer Versuch*” veya “*abergläubischer Versuch*” olarak nitelendirilen, gerçek dışı veya batıl inanca dayalı teşebbüs olarak ifade edebileceğimiz durumun da çalışma konumuz olan elverişsiz teşebbüs ile karşılaştırmasının yapılması gereklidir.

Batıl inanca dayalı teşebbüste; fail, gerçek dışı, insani hükmedilebilirlik ve tasarruf gücünden yoksun araçlarla neticeyi meydana getirmek istemektedir¹⁹⁸. Başka bir ifadeyle, *büyyü*, *sihir*, *dua*, *şeytan çağırma*, *üfürükçülük* gibi doğaüstü güçlere güvenerek hareket eden fail, elverişli olduğuna inandığı bu araçlar aracılığıyla, bir suç neticesi meydana getirebileceğini zannetmektedir¹⁹⁹. Burada fail, hiçbir zaman tipik neticeyi meydana getirebilecek nitelikte olmayan belirli bir davranış biçiminin, tipe uygun neticeyi gerçekleştirebileceği konusunda hataya düşmektedir²⁰⁰. Dini bir

¹⁹⁸ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 881; **Kindhäuser**, § 30, kn. 16; **Heinrich**, AT, § 21, kn. 680; **Valerius**, JA 2010, s. 116; **Hilgendorf/Valerius**, § 10, kn. 26; **Satzger**, s. 1018; **Ellbogen**, s. 127-128.

¹⁹⁹ **Heinrich**, AT, § 21, kn. 678.

²⁰⁰ **Heinrich**, Jura 1998, s. 397.

kitap yardımıyla kocasını öldürmesi için şeytan çağırarak isteyen eşin durumu, gerçek dışı teşebbüse örnek verilebilir²⁰¹.

Gerçek dışı teşebbüs, elverişsiz teşebbüsle tüm benzerliğine rağmen, şu özelliği onun elverişsiz teşebbüsten ayrımını kolaylaştırmaktadır: Hem elverişsiz teşebbüste hem de gerçek dışı (batıl inanca dayalı) teşebbüste, hiçbir koşulda suçun konusu için objektif olarak bir tehlike ortaya çıkmayacak olmasına rağmen, makul anlayışa sahip bir gözlemcinin her iki duruma verdiği tepki farklı olacaktır. Elverişsiz teşebbüs failinin hukuka düşman düşüncesini ifade eden fiili, üçüncü kişi açısından korkutucu olabilecekken; gerçek dışı teşebbüs faili, üçüncü kişiyi sadece gülümsetebilir²⁰².

Gerçek dışı yollarla suç tipindeki neticeyi gerçekleştirmek üzere harekete geçme durumunda, ceza hukuku anlamında bir teşebbüsün gerçekleşip gerçekleşmediği burada öncelikle irdelenmesi gereken konulardan biridir. 35. maddesinde teşebbüsü, “*failin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması*” olarak tanımlayan kanunumuz açısından bakıldığında, batıl inanca dayalı teşebbüste araç olarak kullanılan doğüstü güçlerin “*elverişli hareket*” kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Burada Türk Ceza Kanunu’na göre bir teşebbüsün gerçekleşmeyeceğinde bir tereddüt olmamasına karşın; Alman Ceza Kanunu’nun teşebbüse ilişkin düzenlemesi, konuyu Alman ceza hukuku doktrininde tartışmalı bir noktaya taşımıştır. Bugün Alman Ceza Kanunu’nun 23. maddesinin 3. fıkrasının bu durumları kapsayıp kapsamadığı, Alman ceza hukuku doktrini tarafından sorgulanmaktadır.

Alman Ceza Kanunu’nun gerçek dışı teşebbüsün cezalandırılabilirliğine yönelik tartışmalara neden olan düzenlemesi, “*fail ağır bir bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir*” şeklindedir. Bu düzenleme doğrultusunda, Alman kanunkoyucusunun tamamen elverişsiz, hatta aptalca ya da batıl inanca dayalı bir teşebbüsü cezalandırmayı gerekli bulduğu ifade edilebilir.

²⁰¹ RGSt 33, 321, 333 (Seier/Gaude, s. 459; Jescheck/Weigend, § 50 I, s. 532; Roxin, § 29 III, kn. 371; Ellbogen, s. 128, dn. 17).

²⁰² Satzger, s. 1019.

Burada ciddi bir suç işleme iradesinin açığa çıkmasından hareket eden kanunkoyucu, failin başarısızlığına daha sonra elverişli bir başka yol aramasından tereddüt etmektedir. Ancak failin bu kriminal eğilimine doğrudan doğruya ceza verilmesinin, fiil ceza hukuku anlayışında kabul edilebilir olmadığı ifade edilmektedir²⁰³.

Alman ceza hukuku doktrininde, gerçek dışı (batıl inanca dayalı) teşebbüsün bir teşebbüs teşkil etmediği veya en azından cezasız olduğu neredeyse ittifakla kabul edilmektedir²⁰⁴. Bununla birlikte, gerçek dışı teşebbüsün başlangıçtan itibaren teşebbüs alanının dışında kaldığının gerekçelendirilmeksizin ileri sürülmesi, yöntemsel olarak kabul edilebilir değildir. Bu açıklamalar, dogmatik olarak bir anlam taşımaz. Bir fiilin cezalandırılabilir bir teşebbüs olmadığı belirtiliyorsa, burada teşebbüsün hangi cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmediğinin de ortaya konması gerekir²⁰⁵. Dolayısıyla sorun, gerçek dışı teşebbüsün cezasızlığının dogmatik olarak nasıl gerekçelendirileceği noktasında ortaya çıkmaktadır.

Teşebbüs (ağır bilgi veya anlama eksikliğine dayalı teşebbüs de dâhil olmak üzere), failin nedensellik bağlantısını yanlış değerlendirmesinden kaynaklanmaktayken; *gerçek dışı teşebbüs*, failin gerçek dışı bir araç (*büyücü küresi*) veya gerçek dışı bir etkiden (*ölüm duası*) faydalanmak isteyip veya gerçek dışı bir suç konusuna (*çağrılmış bir ruh*) yönelip gerçeklik sınırını aştığı durumda söz konusu olmaktadır²⁰⁶. Elverişsiz teşebbüsün aksine, gerçek dışı teşebbüsün en azından hukuki barışı sarsıcı bir etki ortaya çıkarmadığı açıktır²⁰⁷. *Hauf*'a göre, bu durumda toplumsal bakımdan önemli bir hareket bulunmadığı için, şüphesiz teşebbüs

²⁰³ **Stratenwerth/Kühlen**, § 11, kn. 61.

²⁰⁴ **Gössel** Karl Heinz, in: **Maurach** Reinhart/ **Gössel** Karl Heinz/ **Zipf** Heinz/ **Dölling** Dieter/ **Laue** Christian/ **Renzikowski** Joachim, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 8., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2014, § 40, kn. 205; **Kühl/Heger**, § 22, kn. 14; **Rengier**, § 35, kn. 13; **Heinrich**, AT, § 21, kn. 680; **Heinrich**, Jura 1998, s. 397; **Beckemper**, § 23, kn. 9; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 881; **Stratenwerth/Kühlen**, § 11, kn. 62; **Krey/Esser**, § 43, kn. 1254; **Beckemper**, § 23, kn. 9; **Haft**, s. 234; **Valerius**, JA 2010, s. 116; **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 38; **Fischer**, § 24, kn. 9. *Tarihsel sebepler nedeniyle cezasız olduğu yönünde bkz. Jäger*, § 7, kn. 289; **Otto** Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6., neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin New York 2000, § 18, kn. 60; **Satzger**, s. 1021; **Seier/Gaude**, s. 459.

²⁰⁵ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 46.

²⁰⁶ **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 40 IV, kn. 142.

²⁰⁷ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 881; **Stratenwerth/Kühlen**, § 11, kn. 62; **Joecks** Wolfgang/ **Jäger** Christian, Studienkommentar StGB, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2018, § 23, kn. 7; **Satzger**, s. 1019; **Niepoth** Burkhard F., Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, 1994, s. 107-108.

de bulunmamaktadır²⁰⁸. Alman ceza hukuku doktrinde geniş bir kesim tarafından, burada teşebbüs için gerekli olan suç işleme kararı/kast²⁰⁹ veyahut suç neticesinin objektif isnat edilebilirliği²¹⁰ kabul edilmemektedir. Diğer görüş ise, burada ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı bir teşebbüs durumunun bulunduğunu, ancak Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası uyarınca cezadan vazgeçilmesinin bir zorunluluk getirdiğini ifade etmektedir. Bu görüş sahiplerine göre, gerçek dışı teşebbüs ile ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüsün arasında net bir ayırım yapılması mümkün olmamakla birlikte, var olan ve var olmayan güçlerin böyle açık bir şekilde yanlış değerlendirilmesinde bir ceza gereksinimi de bulunmamaktadır. Böyle bir davranış, genellikle ardında hukuk düzenini bozucu bir etki bırakmayacaktır²¹¹. Failin amaçlamış olduğu netice fiilen gerçekleşmiş olsa dahi, mevcut bulgulara göre, failin hareketi ile söz konusu netice arasında nedensellik bağlantısının kurulamayacak olması da cezasızlığın bir diğer sebebi olarak belirtilmektedir²¹².

Alman ceza hukuku doktrinde, gerçek dışı (batıl inanca dayalı) teşebbüs durumunda, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası uyarınca değerlendirilme yapılması gerektiğini savunanların sayısının da giderek arttığı ifade edilmektedir²¹³.

²⁰⁸ **Hauf**, s. 174. Aynı yönde bkz. **Haft**, s. 234.

²⁰⁹ **Jakobs**, kn. 25/22; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 47; **Kindhäuser**, § 30, kn. 16; **Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 532; **Frister**, kn. 23/22; **Ebert**, s. 125; **LK-Hillenkamp**, § 22, kn. 190; **Valerius**, JA 2010, s. 116; **Rath Jürgen**, "Grundfälle zum Unrecht des Versuchs", JuS 1998, Heft 12, s. 1113; **Seier/Gaude**, s. 460.

²¹⁰ Alman ceza hukuku doktrindeki bu görüş uyarınca, gerçek dışı teşebbüs, "izin verilen risk" olarak dışarıda bırakılmaktadır. Buna göre, gerçek dışı teşebbüsün, başlangıçtan itibaren tipik neticeyi gerçekleştirme riski yaratmadığı doğrudur. Ancak bu, gerçek dışı teşebbüsün Alm. CK. m. 23/3 uyarınca kural olarak cezalandırılabilir olduğu gerçeğini değiştirmez, sadece objektif isnadiyeti engelleyici bir durum ortaya çıkarır (**Herzberg Rolf Dietrich**, "Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs", GA 2001, s. 268. **Benzer yönde Roxin Claus**, "Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs", Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag, am 23. April 2007, s. 837).

²¹¹ **Kühl**, § 15, kn. 93; **S/S-Eser/Bosch**, § 23, kn. 13a; **Beckemper**, § 23, kn. 9; **Satzger**, s.1019.

²¹² **Heinrich**, AT, § 21, kn. 680.

²¹³ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 881. *Alm. CK. m. 23/3 çerçevesinde değerlendirme yapan görüşler için bkz. Fischer*, § 23, kn. 10; **Valerius**, JA 2010, s. 116; **Ellbogen**, s. 130; **Satzger**, s. 1024.

IV. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

A. Genel Olarak

Hukuk alanında anlam ifade eden her bir kurumun hukuki niteliğinin ve konumunun doğru bir şekilde belirlenmesi önemlidir. Bu durum, çalışma konumuzu oluşturan elverişsiz teşebbüs kurumu açısından da farklı değildir.

Elverişsiz teşebbüs kurumunun hukuki niteliğinin ve suç genel teorisi içindeki yerinin tespit edilmesi, öncelikle diğer ceza hukuku kurumları ile olan ilişkisinin belirlenebilmesi açısından yapısal önem taşımaktadır. Elverişsiz teşebbüse ilişkin yapılan bu tespit vasıtasıyla, kurumun teşebbüs ve hata kurumları ile ilişkisi ortaya konulmuş olacaktır, zira konu en çok bu iki kurum açısından tartışılmakta ve bu iki kurum kapsamında açıklanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca elverişsiz teşebbüsün hukuki niteliğinin belirlenmesi, kuruma ilişkin tartışmalı olan diğer konular açısından da oldukça önemlidir. Bunların başında, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirlik sorunu gelmektedir.

Elverişsiz teşebbüs kurumunun hukuki niteliğine yönelik doğru bir belirleme yapılması, hem Alman ceza hukuku gibi kurumun ceza kanunlarında kendine bir düzenleme alanı bulduğu hukuk sistemleri için, hem de Türk ceza hukuku gibi konuya ilişkin normatif bir düzenlemenin bulunmadığı sistemler için önem taşımaktadır. Örneğin, Alman ceza hukuku açısından cezalandırılabilir olan elverişsiz teşebbüsün hukuki niteliğinin doğru bir şekilde ortaya konulması, söz konusu kurumun tüm modern ceza hukuku sistemlerinde cezasız olan mefruz suç kavramından ayrılmasında işlev görür. Türk ceza hukuku açısından ise kurumun ceza hukuku yaptırımına tabi tutulup tutulmamasının gerekip gerekmediği konusunda geliştirilecek bir bakış açısı uyarınca, mevcut hukuki düzenlemelerde bir değişikliğe gidilmesi ihtiyacının bulunup bulunmadığı hususunda bir yol çizilebilecektir.

Elverişsiz teşebbüs kurumuna yaklaşımları farklılık arz eden ceza hukuku sistemlerinde, kurumun hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşlerin de farklılaştığı öncelikle ifade edilmelidir. Bu doğrultuda, elverişsiz teşebbüsün hukuki niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerin; *teşebbüsün olumsuz bir şekli olduğu,*

teşebbüsün özel bir görünüm şekli olduğu, kanuni unsurun olumsuz bir şekli olduğu, suçu ve cezalandırmayı ortadan kaldıran bir sebep olduğu, kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğu ve ters tipiklik hatası olduğu görüşü şeklinde sıralanması mümkündür.

B. Teşebbüsün Olumsuz Bir Şekli Olduğu Görüşü

Geleneksel anlayış olarak da ifade edilen²¹⁴ bu görüş uyarınca, elverişsiz teşebbüs, teşebbüsün olumsuz bir şekli olarak ele alınmaktadır²¹⁵. Elverişsiz teşebbüs konusunun teşebbüs ile olan yakın ilişkisini göz önünde bulunduran görüş, elverişsiz teşebbüs kurumunu teşebbüs kurumu ile birlikte değerlendirmektedir.

Teşebbüs, “elverişlilik” kavramı üzerinden tanımlanınca; aracın ihlal edilmek istenen suçun neticesini meydana getirmeye elverişli olmaması veya suç konusunun bulunmaması şeklinde açıklanan elverişsiz teşebbüsün de onun olumsuz bir şekli olduğu ifade edilmiştir. Çünkü, görüş uyarınca elverişsiz teşebbüs, kanunda ayrıca suç olarak düzenlenmiş olan suça teşebbüsün unsurlarından birinin gerçekleşmemiş olduğu bir durum olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, suça teşebbüsün gerçekleşmemiş olduğu bu hâlde, kanunun cezalandırdığı bir fiil de yoktur²¹⁶.

Teşebbüsün varlığı için “elverişli hareketi” bir koşul olarak öngören ceza hukuku sistemleri açısından, görüşün günümüzde hâlen geçerliliğini sürdürdüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Buna örnek olarak, Türk ve İtalyan Ceza Kanunu’nun teşebbüse ilişkin düzenlemeleri gösterilebilir. Bu doğrultuda, Türk Ceza Kanunu’nun teşebbüse ilişkin kanuni düzenlemesinin, İtalyan ceza hukuku sistemiyle Alman Ceza Kanunu’ndan daha fazla paralellik gösterdiği söylenebilir. Nitekim, İtalyan Ceza Kanunu’nun 56. maddesinin 1. fıkrasında da “*hareketin (elverişliliği) uygunluğu (idoneità)*”, teşebbüsün (*il tentativo*) bir unsuru olarak belirlenmiştir²¹⁷.

Bununla birlikte yukarıda ifade ettiğimiz görüşün tam aksini oluşturmakla birlikte, teşebbüs ile kurulan ilişki bakımından bu görüş ile beraber ele alınabilecek bir diğer görüş ise, elverişsiz teşebbüsü teşebbüsün özel bir görünüm şekli olarak ele

²¹⁴ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 18.

²¹⁵ Taner, s. 280 vd.; Erem, s. 304-308; Hafizoğulları/Özen, Genel, s. 317, Tozman, s. 134.

²¹⁶ Hafizoğulları/Özen, Genel, s. 317.

²¹⁷ “*Idoneità*”, terimi “*die Geeignetheit oder Tauglichkeit der Handlung*” yani “*hareketin uygunluğu veya elverişliliği*” şeklinde açıklanmaktadır (Maiwald, § 11, s. 127). İtalya’nın teşebbüse ilişkin kanuni düzenlemesinin temel esasları hakkında bilgi için bkz. Maiwald, Einführung, § 11, s. 126-134.

almaktadır. Bu anlayışın ise, Alman ceza hukuku gibi elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğe sahip olduğu sistemler açısından bir anlam taşıdığı ifade edilebilir. Nitekim Alman ceza hukukunda elverişsiz teşebbüs kural olarak, cezalandırılabilirlik bakımından elverişli bir teşebbüsle eş değer görülmektedir. Bu çerçevede de elverişsiz teşebbüs, teşebbüsün özel bir görünüş şekli olarak ele alınmaktadır²¹⁸.

C. Kanuni Unsurun Olumsuz Bir Şekli Olduğu Görüşü

Suçun genel unsurlarını; kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur olmak üzere dört başlık altında ele alan *Dönmezer/Erman*'ın²¹⁹, yaptıkları bu ayırım doğrultusunda kanuni unsura verdikleri anlam gereği, elverişsiz teşebbüsü kanuni unsurun olumsuz bir şekli olarak nitelendirdikleri ifade edilebilir.

Kanuni unsurun varlığını, işlenen fiilin ceza hukukunda kaynak niteliği taşıyan bir metinde önceden tanımlanmış olması ve söz konusu fiilin bu tanıma uygun olması şeklinde iki koşula bağlayan bu görüşe göre²²⁰, elverişsiz teşebbüs hâlinde kanuni unsurun ikinci koşulu gerçekleşmemektedir. Elverişsiz teşebbüs, “*işlenemez suç*” başlığı ile, suçta kullanılan araçların elverişsiz olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle failin kanuni tanıma uygun bir fiili işlemek istemesi ve bu tanıma ilişkin herhangi bir hatası söz konusu olmamasına rağmen, bu isteğini gerçekleştiremediği bir durum olarak açıklanmaktadır. Kanuni tanıma uygun olan bir hareketin bulunmadığı ve böyle bir hareketin icrasının da imkânsız olduğu bir durum olarak ifade edilen elverişsiz teşebbüs, dolayısıyla bu görüş uyarınca kanuni unsur ile ilişkilendirilmektedir²²¹.

Bu görüşle birlikte zikredilebilecek bir diğer görüşe göre de elverişsiz teşebbüs suçun konusunun yokluğu yönünden kanuni unsur içinde yer almaktadır. Çünkü bu durumda, suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle, kanuni tanıma

²¹⁸ *Teşebbüsün özel bir görünüş şekli olduğu yönünde bkz. Heinrich, AT, § 22, kn. 668; Hauf, s. 173.*

²¹⁹ *Dönmezer/Erman, C. II, kn. 8, s. 9.*

²²⁰ *Dönmezer/Erman, C. II, kn. 64, s. 68.*

²²¹ Bununla birlikte, *Dönmezer/Erman*, teşebbüs aşamasında kalan suçları, maddi unsur altında incelemektedir. Buna paralel olarak, konu ve araçta imkânsızlık nedeniyle teşebbüs sorununun farklılık arz ettiği bir alan olarak elverişsiz teşebbüsü de maddi unsur ile olan ilişkisi sebebiyle, maddi unsurun netice kısmında ele almaktadır (*Dönmezer/Erman, C. II, kn. 162, s. 159*).

uygun bir fiilin işlenmesi imkânsızlaşmaktadır. Bununla birlikte elverişsiz teşebbüs, ikinci ortaya çıkış şekli olan hareketin elverişsizliği yönünden maddi unsur altında değerlendirilmektedir. Buna göre, elverişsiz hareketle ortaya çıkan elverişsiz teşebbüs durumunda, söz konusu hareket hukuki bir önem taşımaz, yani hareket niteliği bulunmaz. Dolayısıyla elverişsiz teşebbüsün bu şekli, maddi unsurun olumsuz bir şeklini oluşturmaktadır. Bu durumda, fiilin tipik olup olmaması, sadece elverişlilik veya elverişsizliğin olağan bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır²²².

Elverişsiz teşebbüsün kanuni unsurun olumsuz bir şekli olduğu yönündeki bu görüşün ve yine bu görüşle birlikte ele aldığımız suçun konusunun yokluğundan kaynaklanan elverişsizliği kanuni unsur içerisinde değerlendiren diğer görüşün, kanuni unsurun ikinci koşulu olarak ifade ettiği “*failin fiilinin kanuni tanıma uygun olması*”, suçun “*tipiklik (tipe uygunluk) (Tatbestandsmäßigkeit)*” unsurundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla, suçun yapısal unsurlarına ilişkin yapılan ve bizim de taraf olduğumuz ayırım uyarınca, kanunilik ve tipiklik şeklinde farklı iki şeyi ifade eden kavramlar, kanuni unsur üst kavramı altında toplanmaz. Kanuni unsur, sadece suçun kanunda yazılı olduğunu açıklar ve bu yönüyle kanunilik ilkesinin bir görünüş şeklini ifade ederken; suçun içeriği hakkında bilgi vermez²²³. Dolayısıyla aslında bu görüş uyarınca, elverişsiz teşebbüs konusu tipiklik unsuru ile bağlantılı olarak ele alınmış olmaktadır.

D. Suçu ve Cezalandırmayı Ortadan Kaldıran Bir Sebep Olduğu Görüşü

İtalya’da özellikle *Fiore* tarafından savunulan bu görüş uyarınca, elverişsiz teşebbüs, tipiklik unsuruna etkisi bakımından ele alınması gereken bir konudur. Bu bağlamda, sadece elverişli olan hareket tipik hareket olarak nitelendirilir, yani elverişlilik tipik fiilin bir özelliğidir. Tipe uygun bir fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir karar verilirken, fiilin elverişli olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Dolayısıyla elverişlilik, sadece teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından değerlendirilecek bir özellik değil, ceza hukukunda cezalandırılabilir bir fiilin yapısal unsurlarına ilişkin genel bir özelliktir. Bu görüş, Alman hukukçusu

²²² Bayraktar, s. 727.

²²³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 209.

Welzel'in savunucusu olduğu *finalist (gai-amaçsal) hareket teorisi* ile temellendirilmektedir²²⁴.

Finalist hareket teorisine göre, insan hareketi, amaca yönelik bir faaliyetin icra edilmesidir (*Ausübung der Zwecktätigkeit*). Bu nedenle hareket, sadece sebep ve sonuca bağlı değil, aynı zamanda da amaçsal olan bir olaydır. Hareketin amaca uygunluğu, insanın sahip olduğu nedensel bilgisi ile hareketinin olası sonuçlarını belirli ölçüde öngörebilmesine dayanmaktadır. Bu çerçevede, kendisine çeşitli amaçlar belirleyen insan, hareketini bu amaçlara ulaşma doğrultusunda sevk ve idare edebilme iktidarına sahiptir²²⁵. Bu yüzden, mecazi söylemle, finalist hareket “gören”, nedensel hareket ise “kör”dür²²⁶.

Welzel'e göre, amaçsal bir hareket, basit, günlük hareketlerle iç içe geçen, sadece kavramsal olarak farklılaşan iki aşamada gerçekleşir: Bu aşamalardan ilki, tamamen düşünce alanında cereyan eder. Düşünce aşamasında öncelikle fail, gerçekleştirmek istediği amacı belirler ve bu amacına ulaşmak için gerekli araçları seçer. Amaç, her zaman harekete geçirilmiş nedensel serinin ortaya çıkardığı neticelerden sadece bir kısımdır. Bu yüzden, amaca ulaşılması yanında, ona bağlı olan olası yan neticelerin hesaba katılması da araçların seçimine dâhildir. İkinci aşamada ise; fail, zihinsel olarak belirlediği amaç, seçtiği araç ve göz önünde bulundurduğu yan neticeler doğrultusunda, hareketini dış dünyada gerçekleştirir²²⁷. Amaçsallık, gerçekleştirilen nedensel müdahalenin sonuçlarını belirli ölçüde öngörebilme ve böylece bunu amaca yönelik olarak sevk ve idare edebilme anlamında irade yeteneğine dayalı olduğu için; amaçlı ve nedensel olaya yön veren irade, gai hareketin omurgasını oluşturmaktadır²²⁸.

Elverişsiz teşebbüsün suçu veya cezalandırmayı ortadan kaldıran bir sebep olduğunu savunan görüş, yukarıda ana hatlarıyla ifade etmeye çalıştığımız finalist hareket teorisinin hareket tanımından, yalnızca elverişli olan hareketin, *yani uygun*

²²⁴ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 19. Finalist hareket teorisini ilk başlatan yazarlar olarak *v. Weber* ve *Graf zu Dohna* gösterilmektedir. Daha sonra *Welzel* tarafından ele alınmış teori, yazar tarafından ölümüne kadar savunulmuş ve bu durum teorisinin doğrudan yazarla birlikte anılmasının da nedeni olmuştur (**Önder**, s. 25).

²²⁵ **Welzel** Hans, *Das deutsche Strafrecht, Elfte neubearbeitete und erweiterte Auflage*, Walter de Gruyter, Berlin 1969, § 8 I, s. 33; **Roxin**, AT I, § 8, kn. 17.

²²⁶ **Welzel**, § 8 I, s. 33.

²²⁷ **Welzel**, § 8 I, s. 34; **Jescheck/Weigend**, § 22 V, s. 211; **Önder**, s. 25; **Keyman** Selahattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD, S. 1-4, C. 40, 1988, s. 144.

²²⁸ **Welzel**, § 8 I, s. 34.

bir şekilde önceden seçilmiş araçlar ile belirli bir amaca bilinçli bir şekilde yönelmiş hareketin hukuken anlam ifade eden bir hareket olduğu şeklinde bir sonuca ulaşmaktadır. Yine görüşe göre, gerçekleştirilmesi imkânsız bir neticeye yönelmiş irade ile gerçek dünyada açığa vurulmamış bir irade arasında herhangi bir fark bulunmaz. Bu bağlamda görüş, somut bir fiilin kanunda düzenlenmiş suç tipine şeklen uymasını yeterli görmemekte, fiilin suçla korunan hukuki konuya ilişkin bir zarar veya tehlike ortaya çıkarabilmesi iktidarına sahip olmasını yani elverişli olmasını aramaktadır. Hareketin elverişli olmasını tipik olması için önkoşul olarak gören görüş, elverişsiz teşebbüs konusunu da tipiklik ile bağlantılı olarak ele almaktadır²²⁹.

E. Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olduğu Görüşü

İtalyan ceza hukuku doktrininde *Maggiore* tarafından savunulan bu görüş uyarınca, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmamasının nedeni, failin algılama (anlama) ve irade (isteme) yeteneğinin, başka bir ifadeyle kusur yeteneğinin bulunmamasıdır²³⁰. Bu bağlamda, elverişsiz teşebbüsün hukuki niteliği de *kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep* olarak belirlenmiş olmaktadır.

Elverişsiz teşebbüsü kusurlulukla ilişkilendiren bu görüş uyarınca, elverişsiz teşebbüs durumunda, hataya düşen kimse soyut açıdan algılama ve irade yeteneğine sahip olmakla birlikte, somut olay açısından bu yeteneğini kaybetmiştir. Çünkü, gerçeği hatalı olarak tasavvur eden kişinin bilinci bulanmış, iradesi sapmış durumdadır²³¹.

Elverişsiz teşebbüsü kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak ele alan bu görüşün değerlendirilmesi için öncelikle, kusur yeteneği kavramından neyin anlaşılması gerektiğinin ortaya konması gerekir. Burada yol gösterici olarak kanuni düzenlemelerden faydalanılabilir. Bu bağlamda öncelikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında, Kanun'un, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen düzenlemeden farklı bir yol izlemeyerek, kusur yeteneğini özel olarak tanımlayan bir hükme yer vermemiş, ancak ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran nedenler üst

²²⁹ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 20.

²³⁰ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 18.

²³¹ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 18, dn. 61.

başlığı altında, 31, 32, 33, ve 34. maddelerinde kusur yeteneğini azaltan veya kaldıran sebepleri düzenlemiş olduğu görülmektedir. Söz konusu hükümlerde kusur yeteneği, “işlenilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamak veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş olmak” şeklinde ifade edilmiştir. İtalyan Ceza Kanunu ise, birinci kitabının, dördüncü başlığı altında, sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin bulunduğu birinci bölümün 85. maddesinde ise “kusur yeteneği”ni (*la capacità di intendere e di volere*) açık bir şekilde tanımlamıştır. Düzenlemeye göre, “fiili işlediği sırada kusur yeteneği bulunmayan kişi, kanunun suç olarak açıkça belirtmiş olduğu bir fiil nedeniyle cezalandırılmaz. Anlama ve isteme yeteneği olan kimse, kusur yeteneğine sahiptir²³².” Bu anlamda, “algılama (anlama) yeteneği” ve “irade (isteme) yeteneği” unsurlarından oluştuğu ifade edilebilecek kusur yeteneği, idrak ve davranış yeteneğidir. Daha açık bir ifadeyle, gerçekleştirdiği haksızlığın anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek ve davranışlarını buna göre yönlendirebilecek failin kusur yeteneği de bulunmaktadır²³³.

Kusur yeteneğine ilişkin kanuni düzenlemeler ve doktrinde yapılan tanımlamalar göz önünde bulundurulduğunda, elverişsiz teşebbüsün kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğu yönündeki bu görüşe katılabilmek mümkün değildir. Çünkü, elverişsiz teşebbüs durumunda, failin suça yönelmiş iradesini, objektif bir şekilde dışa vurmuş (haricileştirmiş) olduğu ve bunu gerçekleştirirken algılama ve irade yeteneğinin bulunduğu açıktır²³⁴.

F. Ters Tipiklik Hatası Olduğu Görüşü

1. Genel Olarak

Alman ceza hukuku doktrininde, elverişsiz teşebbüsün bir ters tipiklik hatası (tersine unsur yanılması) teşkil ettiği yönündeki anlayış, çeşitli tartışmalara konu olsa da doktrinde pek çok yazar tarafından, en azından elverişsiz teşebbüsün mefruz suç ile olan ayrımında bir araç olarak kullanılmaktadır. Mefruz suç ve elverişsiz teşebbüs

²³² Wise/Maitlin, s. 32; Maiwald, Einführung, § 10, s. 120; Hafızoğulları/Özen, Genel, s. 383.

²³³ Önder, s. 232; Yüce, s. 54; Öztürk/Erdem, kn. 491, s. 286; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 399; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 357.

²³⁴ Aynı yönde bkz. Alacakaptan, s. 18; Tozman, s. 166.

ayrımı bağlamında konuya detaylı olarak değinmiştik²³⁵. Bu çerçevede, bu başlık altında sadece, elverişsiz teşebbüsün hukuki niteliğinin bir ters tipiklik hatası olduğu şeklinde bir kabulün mümkün olup olmadığı ve hataya ilişkin düzenlemelerin elverişsiz teşebbüs açısından uygulanabilirliği irdelenecek, ardından konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

2. Ön Sorun: Tipiklik Hatasına İlişkin Kanuni Düzenlemenin Teşebbüs Aşamasında Kalan Suçlarda Uygulanabilirliği

a. Alman Ceza Hukuku Açısından

Alman ceza hukuku doktrininde, elverişsiz teşebbüsün bir hata teşkil edip etmediği tartışılmakla birlikte, hataya ilişkin mevcut kanuni düzenlemenin (Alm. CK. m. 16) teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından uygulanabilirlik sorunu da irdelenmiştir.

Tipiklik hatasına ilişkin kanuni düzenlemenin teşebbüs aşamasında kalan suçlarda uygulanabilirliği ön sorununu ele alanlardan biri *Streng* olmuştur. *Streng*'e göre, Alman Ceza Kanunu'nun 16. maddesinde yer alan “*filin icrası sırasında*” kavramının hem teşebbüs aşamasında kalan suçlarda hem de tamamlanmış suçlarda aynı şekilde geçerli olduğu açıktır. Ayrıca hataya ilişkin düzenlemenin kanunda genel hükümler içinde yer alması, kural olarak teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından da geçerli olduğuna sistematik yönden bir itirazda bulunulmasını engellemektedir. Bununla birlikte, Alman Ceza Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde hatanın, “*filin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan bir durumu bilmeme*” şeklinde tanımlanması, söz konusu düzenlemenin teşebbüs aşamasında kalan suçlarda uygulanabilirliğine ilişkin itirazların ağırlıklı noktasını oluşturmaktadır²³⁶. Hükümdeki “*bilmeme (bilgisizlik)*” kavramının, sadece failin somut olaya ilişkin tasavvur ettiği resmin gerçeklikle uyuşmaması anlamına gelemeyeceği, ayrıca sübjektif unsurun, objektif tipi kapsamamasını da gerektirdiği ifade edilmektedir²³⁷. Bu anlamda *Streng*, “*bilme(-*

²³⁵ Bkz. *Birinci Bölüm, III, C, 3, b, (4)*.

²³⁶ **Streng** Franz, “Der Irrtum beim Versuch-ein Irrtum?”, ZStW 109 (1997), Heft 4, s. 872.

²³⁷ İlgili hata tanımı için bkz. **Maurach/Zipf**, Teilband 1, § 23 I, kn. 1.

me)” kavramının, “*failin tasavvurundan*” (*Vorstellung des Täters*) söz eden Alman Ceza Kanunu’nun teşebbüse ilişkin 22. maddesiyle çelişki içinde bulunduğunu belirtmektedir. Gerekçe olarak da Alman Ceza Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca teşebbüsün subjektif tipinin (manevi unsurunun), suçun unsurlarının gerçekleşmesine ilişkin hiçbir bilgi içermemesi, hatta sadece (veya en azından) objektif durumdan tamamen bağımsız olan, suç tipine uygun bir resmin tasavvur edilmesini içermesini göstermektedir. Dolayısıyla bu düşünceye göre, teşebbüste, Alman Ceza Kanunu’nun 16. maddesi anlamında bilgiye dayalı unsurlar olarak, en fazla teşebbüsün objektif tipikliğini oluşturan icra hareketinin unsurları göz önünde bulundurulabilir²³⁸.

Alman Ceza Kanunu’nun 16. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi ise, taksirle cezalandırılabilirlik atfı nedeniyle, teşebbüs durumları için uygulanabilir değildir. Çünkü, Alman Ceza Kanunu’nun 22. maddesindeki düzenlemeden çıkan ve teşebbüsün varlığı için gerekli bir koşul olarak aranan “*suç işleme kararının varlığı*”, taksirli davranışın teşebbüs için yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmasına neden olmaktadır²³⁹.

Son olarak, Alman Ceza Kanunu’nun 16. maddesinin 2. fıkrasında subjektif unsurun başka bir tipi, kanunda daha hafif ceza öngören bir suç tipini oluşturacağını varsayılması da teşebbüs durumları için bir anlam ifade etmez. Çünkü burada, failin hareketi ile hatalı tasavvurunun kapsadığından aslında daha ağır cezaya tabi olan bir durumu objektif olarak gerçekleştirmiş olması, yani teşebbüs cezalandırılabilirliğine yol açmayacağı açık olan bir durum zorunlu bir koşul olarak öngörülmüştür²⁴⁰.

Alman Ceza Kanunu’nun 16. maddesinin teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından uygulanabilirliğinde ortaya çıkan çelişkileri bu şekilde sıralayan *Streng*, tipiklik hatasına ilişkin düzenlemenin teşebbüs durumlarında doğrudan uygulanmasının ancak belirli sınırlar içinde düşünülebileceğini ifade etmiştir. Ancak *Streng*’e göre bu durum, söz konusu düzenlemenin *kıyasen* belirli hatalı tasavvur (*Fehlvorstellungen*) durumlarında uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir²⁴¹.

²³⁸ **Streng**, s. 872. *Objektif unsurları da kapsadığı yönünde bkz. Wessels/Beulke/Satzger*, § 17, kn. 851; **Haft**, s. 230; **Frister**, kn. 23/17; **Heinrich**, AT, § 22, kn. 655.

²³⁹ Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüs hâli, bu durumun bir istisnası olmak üzere bkz. **Streng**, s. 873.

²⁴⁰ **Streng**, s. 873.

²⁴¹ **Streng**, s. 873.

b. Türk Ceza Hukuku Açısından

Hataya ilişkin düzenlemenin teşebbüs aşamasında kalan suçlarda uygulanabilirliğine ilişkin olarak, Alman Ceza Kanunu açısından sorun oluşturan bu hususların çoğunun Türk Ceza Kanunu açısından da geçerli olduğu ifade edilebilir.

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "*failin icrası sırasında*" kavramı, tamamlanmış suçlarda olduğu gibi teşebbüs aşamasında kalan suçlar için de geçerlidir. Hataya ilişkin hükmün teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından uygulanabilirliğine olumlu yönde cevap verilmesine neden olan bir diğer durum, düzenlemenin kanunda genel hükümler içinde yer almasıdır.

Alman Ceza Kanunu ile paralel şekilde, Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde öngörülen sorumluluk da taksirli davranışa bağlanmış bulunmaktadır. Bunun, sübjektif koşul (manevi unsur) olarak kastı arayan Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca, teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından yeterli olamayacağı açıktır.

Bununla birlikte, Alman Ceza Kanunu'nun hata düzenlemesinde yer alan "*bilme(-me)*" ibaresinin, "*failin suça dair tasavvuru*"na göre bir belirlemeyi esas alan teşebbüs düzenlemesiyle çelişki oluşturduğuna ilişkin olarak, *Streng* tarafından getirilen eleştiri, Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi karşısında, Türk ceza hukuku açısından geçerli değildir. Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin düzenlemesinde "*failin işlemeyi kastettiği bir suç*" ibaresi yer alır. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde teşebbüsün bir koşulu olarak öngörülen kastın, Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanan kast ile aynı anlamı karşılayıp karşılamadığı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada, bu duruma ilişkin farklı görüşler bulunduğu belirtilmesiyle yetinilecek, kavram elverişsiz teşebbüsün koşulları başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin olarak belirtilmesi gerekli olan ve Alman Ceza Kanunu'ndan farklılık arz eden bir diğer durum, hatayı "*failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmemesi*" olarak tanımlamasıdır. Maddenin bu ifadesinin, somut olayın esas alındığı bir değerlendirmeyi dışlayan bir izlenim uyandırdığı doktrinde haklı olarak ifade

edilmektedir²⁴². Aslında burada ifade edilmek istenen, normatif dünyaya (kurallar alanına) ilişkin bir hata değil, dış dünyaya ilişkin bir algılama hatasıdır. *Unsur yanılması* veya *tipiklik yanılması* olarak da adlandırılan bu durum, içerik itibarıyla, *somut olayda* failin, suçun maddi unsurlarına ilişkin durumlardaki (koşullardaki) bilgisizliğini, eksik veya yanlış tasavvurunu ifade etmektedir²⁴³. Alman Ceza Kanunu da tipiklik hatasını, “*suç tipinin unsurlarını oluşturan durumlarda hata (Irrtum über Tatumstände)*” başlıklı 16. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde “*failin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan bir durumu bilmeme*” şeklinde tanımlamaktadır. Düzenlemenin mehz Alman Ceza Kanunu’nda ifade edilen şekilde anlaşılması kanaatimizce de yerinde olacaktır.

3. Elverişsiz Teşebbüsün Hukuki Anlamda Hata Teşkil Edip Etmediği Sorunu

Hata düzenlemelerinin teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından geçerlilik problemi bu şekilde ifade edildikten sonra, irdelenmesi gereken diğer sorun teşebbüsün hukuki anlamda bir hata teşkil edip etmediğidir. Bunu bir sorun kabul etmemizin sebebi, elverişsiz teşebbüsün hukuki niteliğine ilişkin bir sonuca varılabilmemesinin, öncelikle ve doğrudan *hata* ve *teşebbüs* kurumları arasındaki ilişkinin kurulmasına bağlı olmasıdır.

Teşebbüste hata konusu, oldukça geniş kapsamlı hata ve teşebbüs konuları içinde, Alman ceza hukuku doktrininde şimdiye kadar çok tartışılmamış bir konu olmasına karşın, sorun oluşturabilecek bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴⁴. Bu anlamda, hata ve teşebbüs arasındaki bağlantı noktalarının belirlenmesi gerekmektedir²⁴⁵.

Alman ceza hukuku doktrininde bir kısım yazar tarafından, teşebbüsün tipiklik hatasının tersi olduğundan söz edilmektedir²⁴⁶. Bu görüş uyarınca teşebbüs, subjektif tipiklik tam olarak bulunurken, objektif tipikliğin tamamen veya kısmen gerçekleşmemesi olarak tanımlanır ve teşebbüs de bir hata durumudur. Çünkü

²⁴² Eleştiri için bkz. **Doğan**, Tipiklik, s. 196.

²⁴³ **Koca/Üzülmez**, s. 256.

²⁴⁴ **Streng**, s. 862.

²⁴⁵ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 11, kn. 116.

²⁴⁶ **Haft**, s. 225; **Kindhäuser**, § 30, kn. 2.

teşebbüs, objektif tipikliğin gerçekleştiği, diğer taraftan subjektif tipikliğin özünü oluşturan kısım olan kastın bulunmaması durumunu ifade eden tipiklik hatasının (*Tatumstandsirrthum-Alm. CK. m. 16/1, 1. cümle*) tersi (karşıtı) olmaktadır. Sadece tipikliğe ilişkin bir durum olan teşebbüs, hukuka aykırılık ve kusurluluk bakımından bir özellik göstermez. Hukuka aykırılık ve kusurluluğun teşebbüste de bulunması gerekir²⁴⁷.

Bir diğer görüş ise, teşebbüsün tipiklik hatasının tersi olmasını sadece kısmen doğru olarak kabul etmektedir. Bu anlayışa göre, her iki durumda da yani hem hatada hem de teşebbüste, objektif fiil (davranış) ile subjektif tasavvurun örtüşmediği doğrudur: Tipiklikte hata durumunda failin tasavvuru suça ilişkin fiilin gerisinde kalmaktadır, teşebbüste ise failin suç işleme iradesi ve tasavvuru, fiilin icrasından daha ileri gitmektedir²⁴⁸. Subjektif eksiklik, hataya neden olurken; objektif koşullarda bir eksiklik teşebbüse sebebiyet verir. Fiilin icrası esnasında suçun unsurlarını oluşturan bir durum var olmasına rağmen; bunu bilmeyen fail, hatası nedeniyle kasten hareket etmiş olmaz. Fiilin icrası esnasında suçun unsurlarını oluşturan bir durum objektif olarak bulunmuyor, hatta sadece subjektif olarak varsa, yani yalnızca failin tasavvurunda mevcutsa, bu, (cezalandırılabilir) bir (elverişsiz) teşebbüs kabul edilmektedir²⁴⁹.

Yukarıdaki görüşü savunan yazarlar, şu örneği vermektedirler: Fail, misafirhanenin vestiyerinde asılı bulunan ve başka birine ait olan paltoyu, kendisinin zannederek vestiyerden alırsa, burada suçun unsurlarına ilişkin (tipiklik) hatası söz konusudur ve fail, hırsızlık suçundan cezalandırılmaz. Failin bilmediği “başkasına ait olma” durumu, ona yüklenmez. Bunun, ihtiyatlı olan karşı tarafın karışıklığı o anda fark etmesi nedeniyle, bulunduğu yerden alma eyleminin tamamlanmamış olması durumu için de geçerli olduğu açıktır. Bu durumda da fail, kasten hareket etmiş olmaz. Teşebbüs her zaman tam kastı gerektirdiğinden, hırsızlık nedeniyle cezalandırılabilirliği kabul etmek yanlış olur. Diğer yandan, failin, başkasına ait olduğu düşüncesiyle, kendi şahsına ait olan bir eşyayı bulunduğu yerden alması

²⁴⁷ **Haft**, s. 225. Alman ceza hukuku açısından, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurunun yokluğunun bu durumun bir istisnasını oluşturduğu ifade edilmektedir. *Görüş için bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 22, kn. 5, dn. 22; **Hardtung** Bernhard, “Gegen die Vorprüfung beim Versuch”, Jura 1996, Heft 6, s. 296. *Konuya ilişkin bkz. Üçüncü Bölüm, IV, A.*

²⁴⁸ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 11, kn. 117; **LK-Hillenkamp**, § 22, kn. 180.

²⁴⁹ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 11, kn. 117; **Doğan**, Tipiklik, s. 199.

durumunda, hırsızlık suçuna (elverişsiz) teşebbüs söz konusudur. Fail tarafından var olduğu zannedilen “başkasına ait olma” durumu, teşebbüs cezalandırılabilirliği ile ona yüklenir²⁵⁰.

Ayrıca görüşe göre, teşebbüs ve hata öğretisi arasındaki bu karşılıklı ilişki, çoğunlukla çok ileriye götürülmektedir. Sistemin basitliği ve ilgili kuralların tersine çevrilebilirliği, estetiksel sebeplerden ötürü aşırıya kaçırılmasını gerektirmez. Buna rağmen, bir yandan kastı kaldıran tipiklik hatası ve teşebbüs arasında olduğu gibi diğer yandan kastı etkilemeyen yasak hatası ve mefruz suç arasında da belli benzerlikler (korelasyonlar) bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nun 16. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, failin kastı kaldıran hatası, tersi durumda teşebbüs kapsamında cezalandırılabilirliğe sebebiyet verir. Failin yasaklılığa ilişkin hatası, Almanya’da hâkim olan kusur teorisi uyarınca kastı kaldırmazken, tersi durumda teşebbüs kapsamında cezalandırılabilirliğe yol açmaz (Mefruz Suç)²⁵¹.

4. Değerlendirme

Aksi ile kanıt yolu veya tersine sonuç çıkarma öğretisi (die Lehre vom Umkehrschluß) olarak nitelendirilebilecek bu öğretiyi ve temel olarak dayandığı esasları, elverişsiz teşebbüs ile tipiklikte hata arasındaki ilişkiyi değerlendirdiğimiz başlık altında ele almıştık.

Tersine sonuç çıkarma yoluna dayanan öğretiyi, temel olarak şu şekilde ifade edilebilir: “*Suçun maddi unsurlarına ilişkin bir durum üzerinde hatanın kastı kaldırmasında olduğu gibi, bunun tersi yönde bir hata kastın varlığını ortaya koyar ve elverişsiz teşebbüse yol açar*²⁵².”

Kanaatimizce mantık kurallarından faydalanılarak yorum yoluyla yapılan bu çıkarımı, her teşebbüsün bir hata olduğu ve dolayısıyla her teşebbüsün tipiklik hatasının tersini oluşturduğu noktasına ulaştıran görüş isabetli değildir. Normal teşebbüs durumu için, en fazla başlangıçta neticeyi gerçekleştireceğini düşünen failin bu nedensel akışa inancına yönelik bir yanılma durumu içinde olduğu söylenebilir. Çünkü, fiilin söz konusu suç açısından başarısız olacağını başından itibaren bilen

²⁵⁰ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 11, kn. 117; **Doğan**, Tipiklik, s. 199

²⁵¹ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 11, kn. 118.

²⁵² **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 401.

hiç kimse, suçu işlemeye yönelik kararının icrasına başlamayacaktır. Bununla birlikte bu yorum, her teşebbüsün bir ters tipiklik hatası olduğu şeklinde bir sonucu getirmez.

Tipiklik hatası, fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan (kastın kapsamına dâhil olması gereken) ve objektif olarak mevcut bir durumun fail tarafından bilinmemesidir. Ters tipiklik hatası ise, kastın kapsamına dâhil olan, dolayısıyla kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan ve ancak somut olayda objektif olarak bulunmayan bir durumun fail tarafından var zannedilmesi olarak ifade edilebilir. Ters tipiklik hatasının bu tanımı, normal (elverişli) teşebbüs durumuyla örtüşmemektedir. Zira, (normal) elverişli bir teşebbüste, suça ilişkin hareketlerin başlangıcında netice tamamen mümkündür ve failin üzerinde hata yapacağı bir durum yoktur, olayın nedensel akış sürecinde ortaya çıkan bir durum neticenin meydana gelmesini engellemektedir. Buna karşılık elverişsiz teşebbüs, her zaman failin üzerinde hatalı olduğu, somut olayda var zannettiği ancak başlangıçtan beri eksik olan durumlara bağlı olduğu için, bir hata durumunu her zaman gerektirmektedir. Çünkü fail, suçun maddi konusundan, suçta kullandığı araçtan veya kendi fail niteliğinden kaynaklanan ve başlangıçtan itibaren bulunan elverişsizliği bilmemektedir. Bu anlamda ve bu yorum vesilesiyle, kanaatimizce sadece elverişsiz teşebbüsün bir **ters tipiklik hatası** niteliğinde olduğundan bahsedilebilir. Bununla birlikte, buradan ulaşılabilecek sonuçların, teşebbüsün cezalandırılabilirliğini gerekçelendirme noktasına varacak şekilde aşırıya kaçırılmaması gerekmektedir. Bu, tipiklik hatasına uygulanan her sonucun tersinin elverişsiz teşebbüs açısından geçerli olduğu şeklinde bir sonuca ulaşılmasına da neden olmamalıdır. Keza, yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığı gibi, Alman Ceza Kanunu'nun 16. maddesindeki ve Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesindeki hataya ilişkin düzenlemeler de buna elvermez. Bu anlamda, ilk görüşü kısmen doğru bulan ikinci görüş kanaatimizce daha isabetlidir.

Türk ceza hukuku açısından elverişsiz teşebbüsün **ters tipiklik hatası** olarak değerlendirilmesi durumunda, bunun failin kastına sebebiyet verip elverişsiz teşebbüse yol açıp açmayacağı hususunda ise şöyle bir değerlendirilme yapılabilir:

Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi teşebbüsü, kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması olarak tanımlamıştır. Burada "**elverişli hareket**"

ibaresi, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini doğrudan engellemektedir. Bununla birlikte “işlemeyi kastettiği” şeklindeki bir ibarenin, ters tipiklik hatası ile ilişkilendirildiğinde, Türk ceza hukukunda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği açısından bir sorun oluşturmadığını düşünmekteyiz. Keza Alman Ceza Kanunu açısından, teşebbüs düzenlemesindeki “*tasavvur*” ve hata düzenlemesindeki “*bilme(-me)*” kavramlarının bir çelişki oluşturduğuna yönelik bir görüşün bulunduğunu ifade etmiş bulunmaktayız. Bununla birlikte, elverişsiz teşebbüsün koşullarını ele alacağımız kısımda, Alman Ceza Kanunu’nun 22. maddesinde teşebbüsün sübjektif koşuluna ilişkin olarak (*suç işleme kararı-Tatentschluß*) yapılan değerlendirmelere ve bu konudaki hâkim görüşe değineceğiz²⁵³.

V. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS KURUMUNUN TARİHİ GELİŞİM SÜRECİ

A. Genel Olarak

Hukuki bir kavram veya kurumun, nasıl bir gelişim süreci izlediğinin ve hangi sosyal, ekonomik ve siyasi ihtiyaçlarla değişikliğe uğradığının bilinmesi önemlidir. Şüphesiz ceza hukuku, içinde bulunulan sosyal, ekonomik ve siyasi ortamdan, en çok etkilenen hukuk dallarından biridir. Bu nedenle, tarihi gelişim süreci, ceza hukuku kavram ve kurumları için özel bir anlam ve önem taşımaktadır. Elverişsiz teşebbüs kurumunun çeşitli coğrafyalardaki tarihsel gelişim sürecinin bilinmesi ve bu coğrafyaların konuya bakış açılarının görülmesi önemlidir. Bu, bir yandan günümüzde elverişsiz teşebbüsün ceza hukuku yaptırımına tabi bir kurum olarak, kendisine yer bulduğu ceza hukuku sistemlerinin, bu tercihlerinin sebep veya sebeplerinin ortaya konmasını sağlayacaktır. Diğer yandan da kendi hukuk sistemimiz açısından, neden aksi yönde bir tutum izlenip kuruma ceza kanunumuzda yer verilmemiş olduğu konusunda bir çıkarımda bulunulmasında faydalı olacaktır.

Bu çerçevede, bu başlık altında öncelikle İslam hukukunda ve Roma hukukunda elverişsiz teşebbüs kurumunun tarihi konumu ve gelişim süreci ele alınacaktır. Ardından elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu bir ülke örneği

²⁵³ Bkz. Üçüncü Bölüm, I. A.

olarak, Almanya’da kurumun nasıl bir gelişim süreci izlediğine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

B. İslam Hukukunda

Klasik İslam hukuku (fıkıh) eserlerinde elverişsiz teşebbüsten pek söz edilmediği gibi, konuyu açıklığa kavuşturacak örneklere de neredeyse rastlanmamaktadır. Bu bağlamda, elverişsiz teşebbüs açısından bir sonuca ulaşılabilmesinde, İslam hukukunun genel ilkeleri yol gösterici olabilecektir²⁵⁴. İslam hukukunda, ilk dönemlerin birikiminden yararlanılarak orta zamanlardan itibaren “İslam hukukunun genel ilkeleri” anlamını ifade edecek şekilde “*el-Kavâidü’l Fıkhiyye*” veya “*el-Kavâidü’l- Külliyye*” terimleri altında genel fıkıh prensipleri belirlenmiştir²⁵⁵.

Bu çerçevede, İslam hukukçuları arasında elverişsiz teşebbüs konusuna ilişkin olarak, *İbn Hazm*’ın görüşleri ile karşılaşılmaktadır. Konuya objektif açıdan yaklaşan *İbn Hazm*’a göre; bir suç işleme kararı aldıktan sonra, bu kararı uygulayan, fakat aslında eylemi suç olmayan kişi, hukuken suçlu olarak değerlendirilemez. Ancak, dinin emir ve günahlarını hafife alması sebebiyle günahkâr olacaktır. *İbn Hazm*, bu duruma, yabancı zannederek kendi eşiyle cinsel ilişkiye giren kişiyi örnek vermektedir. Görüşüne göre, burada, kişi zina suçu işlemiş sayılmayacağı gibi, kendisine zina isnadında bulunana iftira cezası verilir²⁵⁶. Dini hafife alan ve zina etmiş gibi günaha giren kişiye de işlemeyi kastettiği suçtan ceza verilmez. Ancak suç işlemek kastıyla hareket ettiği ve içindeki kötülüğü gösterdiği için, *ta’zir* cezası ile cezalandırılması gerekir²⁵⁷.

Çağdaş İslam hukukçuları ise, elverişsiz teşebbüs konusuna ilişkin farklı görüşlere sahiptir: *İbn Hazm*’ın görüşünü yorumsuz bir şekilde aktaran *Ebü Zehre*’nin objektif görüşü benimsediği ve elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmaması

²⁵⁴ **Arslan** Hüseyin, “İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 88.

²⁵⁵ **Yaman** Ahmet, “Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kâideleri” ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri”, Marife, Y. 1, S. 1, s. 49-50.

²⁵⁶ **Arslan**, s. 88.

²⁵⁷ **Avcı** Mustafa, “Osmanlı Hukukunda Suça Teşebbüs”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 2, Aralık 2013, s. 16.

gerektiği düşüncesinde olduğu söylenebilir. Buna karşılık, sübjektif bakış açısına sahip olan *Údeh*'e göre ise, kişinin suç işlemeye teşebbüs edip bunu icraya geçirmesi, neticenin imkânsız oluşundan veya meydana gelip gelmemesinden bağımsız olarak bir suçtur ve dolayısıyla fail cezalandırılmalıdır²⁵⁸. Örneğin; bozuk silahla ateş eden biri, bu nedenle eylemini tamamlayamaz ise elverişsiz teşebbüs söz konusu olur²⁵⁹.

C. Roma Hukukunda

Antik Roma hukukunda, “*cogitationis poenam nemo patitur*” (“kimse, düşüncesinden dolayı cezayı hak etmez”) ilkesi çerçevesinde, başlangıçta sadece neticeye ulaşmış fiiller cezalandırılmaktaydı. Helenisyen etik (özellikle *Platon ve Aristoteles*) etkisi altında adalet duygusunun devam eden süreçteki gelişimiyle birlikte, Roma ceza hukukunda “suç işleme iradesi”nin anlamı tanınmıştır. “*Birisi bana zehir verdi, ancak zehir yemekle karışınca etkisini yitirdi. Bir zarar meydana getirmemiş olsa da zehri tedarik etmesi nedeniyle, o kişi, kusurlu bir suç işlemiştir*” sözü Stoacı filozof *Seneca*'ya atfedilmektedir²⁶⁰.

Suç işleme iradesinin tanınması ile olgunlaşmış Roma hukuku, şu karakteristik cümlelerde de görüldüğü gibi farklı bir yolda ilerlemeye başlamıştır: Bunlardan ilki, *Roma İmparatoru Hadrianus*'un bir deyişi olan ve Roma ceza hukukunun temel ilkesi kabul edilen “*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*” (“suç hâlinde netice değil, kötü irade göz önünde bulundurulur”) dur. Diğeri ise, “*consillium enim uniuscuique non factum*” (“Cezalandırılan her zaman fiil değil, kötü niyettir”) dur²⁶¹.

Roma hukuku, teknik anlamda bir teşebbüs kavramından yoksun olmasına rağmen²⁶² gelişim sürecinden de anlaşıldığı üzere, elverişsiz teşebbüs olarak

²⁵⁸ **Arslan**, s. 88-89.

²⁵⁹ **Avcı**, s. 16.

²⁶⁰ **Harenburg** Hans-Jürgen, Die Strafbarkeit des Versuches eines untauglichen Subjekts, 1939, s. 23.

²⁶¹ **Harenburg**, s. 23.

²⁶² Roma hukuku'nda sadece tamamlanmış suçların bilindiği veya cezalandırıldığı söylenemez. Aksine doğru olan, münferit maddi teşebbüs hareketlerinin tamamlanmış suç şeklinde cezalandırıldığıdır. Bununla birlikte, tamamlanmış suçun karşıtı olan teknik anlamda bir teşebbüs kavramı, Roma hukukuna tamamen yabancıdır (**Bertram** Hans, Strafbarkeit und Strafwürdigkeit untauglicher Versuchshandlungen, Inaugural Dissertation, 1932, s. 7; **Schüler**

nitelendirilen durumlarla ilgilenmiştir. Ancak söz konusu durumlar, Roma hukukunda farklı bir açıdan ele alınmıştır. Çünkü, Romalı hukukçuların görevi, münferit olaylarda, bütün suç unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaksızın, mevcut olayın ilgili kanuni suç tipi kapsamında nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin bir inceleme yapmaktır. Bu inceleme, her zaman sadece farklı bakış açıları altında somut olayın ele alınması şeklinde gerçekleşmekteydi²⁶³.

Teşebbüsün teknik bir kavram olarak bulunmadığı Roma ceza hukukunda, bu özel nitelik, elverişsiz teşebbüs konusunun da bir kavram olarak ortaya çıkamamasını sonuçlamıştır²⁶⁴. Bununla birlikte, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği, *Neratius* ve *Pomponius*'tan *Ulpian* ve *Paulus*'a kadar, -sadece münferit cezalandırılabilir hareketlere ilişkin olmakla birlikte- tüm Roma hukukçuları arasında, üzerine en çok tartışılan konulardan biri olmuştur²⁶⁵.

Roma hukukunun suçun neticesinin aksine, suç işleme iradesini esas aldığı sürecinin bir sonucu olarak, kendisine ait bir eşyayı, başkasına ait olduğu düşüncesiyle bulunduğu yerden alan kişinin cezalandırılıp cezalandırılmaması gerektiği sorunu bu dönemde incelenmiştir. Bu duruma ilişkin olarak, Roma hukukçularının düşünceleri birbirinden oldukça farklı şekillenmiştir²⁶⁶. Yine bu dönemde, kavram olarak bilinmese de elverişsiz teşebbüsün konu olduğu bir başka örnek, evliliği geçersiz olmasına veya evli olmamasına rağmen, kendisini evli zanneden kadının, kocası zannettiği kişiden bir başkasıyla cinsel ilişkiye girmesi durumudur. Bu durumda, *Ulpian* tereddüt etmeksizin zina suçunun (*Adulterium*) cezasını uygulamıştır²⁶⁷.

Devam eden süreçte ise, Ortaçağ İtalyan ceza hukuku da klasik Roma hukukunun yolunu izlemiştir. Bu dönemde de aynı şekilde, suç kavramının subjektifleştirilmesine çalışılmıştır. Açık bir şekilde olmasa da elverişsiz teşebbüs meselesi, ilk defa Ortaçağ İtalyan hukukçuları tarafından teşebbüs hareketlerinin cezalandırılacağına ilişkin genel bir düzenleme yapılması ile ortaya çıkmıştır.

Georg, *Der Mangel am Tatbestand*, Strafrechtliche Abhandlungen, Breslau 1914, Schletter'sche Buchhandlung, s. 3).

²⁶³ **Bertram**, s. 7.

²⁶⁴ **Bertram**, s. 7.

²⁶⁵ **v. Liszt/Schmidt**, § 45, s. 309.

²⁶⁶ **Bertram**, s. 8.

²⁶⁷ **Harenburg**, s. 23.

Burada, bir teşebbüs hareketinin esasının “*cogitare et agere, sed non perficere*”, yani “*düşünmek, eylemde bulunmak ve tamamlanamamak*” olarak açıklanması doğrultusunda, teşebbüs kavramına ilişkin bir tanıma da ulaşılmış olmaktadır²⁶⁸.

Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin, Ortaçağ İtalyan ceza hukukçuları tarafından da kabul gördüğü söylenebilir. Örneğin; bıçak çekme, silah taşıma ve zehir tedarik etme eylemleri, bu dönemde öldürmenin ön aşaması olarak cezalandırılmaktadır. Ayrıca *Bartolus*'un, *Digesta Şerhi*'nde, “*Ulpian'ın evliliği geçersiz bir kadının, zinaya teşebbüsününün cezalandırılabilir olduğunu zaten açıklamış olduğunu*” ifade etmesinden de elverişsiz failin teşebbüsününün cezalandırılabilirliğinin kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır²⁶⁹.

D. Alman Hukukunda

Roma hukuku kökenli müşterek (ortak) Alman hukuku ve ona dayanan mevzuat, elverişsiz teşebbüsten, zehir verme ve çocuk düşürtme gibi münferit suç tiplerinde söz etmiş ve çoğunlukla elverişsiz teşebbüsü cezayı ortadan kaldıran bir sebep olarak ele almıştır²⁷⁰.

Almanya'da, partiküler ceza kanunlarının yürürlükte olduğu bir zaman dilimi olan, 19. yüzyılın başlarına gelindiğinde ise elverişsiz teşebbüs, objektif ve subjektif görüş yanlıları arasında, yoğun tartışmalara neden olan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır²⁷¹.

Almanya'da 19. yüzyılda, aydınlanma çağının ürünü olan liberal düşünceyi esas alan bir ceza hukuku sistemi yaratma çabasının en önemli temsilcilerinden olan *Feuerbach*'ı görmekteyiz²⁷². Liberalist anlayışı benimsemesine paralel olarak *Feuerbach*, sadece tehlikeli olan teşebbüs hareketlerini cezalandırmak istemiş ve bu yüzden de hareketin harici niteliği gereği, gerçekleştirilmesi istenen netice ile nedensel bir bağlantı içinde bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Bu gereklilik, öncelikle suçta kullanılan araca veya suçun konusuna ilişkin başarısız hareket

²⁶⁸ **Bertram**, s. 8.

²⁶⁹ **Harenburg**, s. 24.

²⁷⁰ **v. Liszt/Schmidt**, § 45, s. 309-310.

²⁷¹ **Sözüer** Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1994, s. 22.

²⁷² **Sözüer**, s. 19.

ayrımını ve daha sonrasında da suçta kullanılan aracın ve suçun konusunun mutlak ve nisbi elverişsizliği ayrımını ortaya çıkarmıştır²⁷³.

Mutlak ve nisbi elverişsizlik görüşü, *Köstlin, Hälschner* ve *v. Schwarze* gibi çoğu Alman ceza hukukçusunun tereddüt göstererek karşı çıkmasına rağmen, kısa sürede hâkim hâle gelmiş ve uzun bir süre de mevcudiyetini sürdürmüştür. Bu görüşü benimseyenler (*aynı zamanda Prusya, Bavyera, Avusturya ve Latin ülkelerinde içtihat hukukunda*) uygulamada nisbi elverişsiz teşebbüsü cezalandırırken, mutlak elverişsiz teşebbüsü cezasız bırakmışlardır. Karşıt görüştekiler (*Wüttemberg ve Sakson uygulamasınca*²⁷⁴ *izlenen*) ise, her iki durumun da cezalandırmayı gerektirdiğini ifade etmişlerdir²⁷⁵. Sadece *v. Bar*, aracın elverişsizliğinin suçun konusunun elverişsizliğinden farklı bir şekilde ele alınmasını istemiş ve akabinde görüşlerde dikkate değer bir değişim gerçekleşmiştir²⁷⁶.

Almanya'da sadece bir defa *Carolina* ile ceza hukukunda bir teklik olmuş, sonra yeniden bir parçalanma dönemi ortaya çıkmıştır. Bu parçalanma döneminin ardından, -Almanya'nın ilk şansölyesi (başbakan) olan- ünlü Alman devlet adamı *Otto von Bismarck*, Alman birliğini tekrar sağlayınca, hukuk alanında özellikle de ceza hukuku alanında acilen bir birliğe ihtiyaç duymuştur. Ancak bu koşulda, bilimin tüm potansiyelini ortak amaçlar doğrultusunda kullanabileceği düşüncesinde olan *Otto von Bismarck*, bir Ceza Kanunu oluşturulmasını, ulusal ve bilimsel açıdan öneme sahip bir görev olarak görmüştür. Bu düşüncelerin sonucu olarak, 15 Mayıs 1871'de Alman Ceza Kanunu kabul edilmiştir²⁷⁷.

1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nun 43. maddesinde teşebbüs, objektif bir şekilde tanımlanmış olmasına rağmen, uygulamada teşebbüse ilişkin olarak hâlâ

²⁷³ **v. Liszt/Schmidt**, § 45, s. 310.

²⁷⁴ 1868 tarihli Sakson Ceza Kanunu'nda elverişsiz teşebbüs durumu açık bir şekilde yer almaktaydı. Kanun'un 47. maddesine göre, mutlak elverişsiz araçlarla suç işlenmesi halinde fail, kanunda eksik teşebbüs için öngörülen ceza ile cezalandırılmaktayken, nispi elverişsiz araçların kullanılması durumunda, tam teşebbüsün cezası ile cezalandırılmaktaydı. Yine söz konusu Kanun'un suçun gerçekleşme koşullarının hatalı şekilde varsayılmasını düzenleyen 43. maddesine dayalı olarak, failin elverişsiz suç konusunu elverişli sanarak yanılması durumunda gerçekleştirdiği hareketler, uygulamada eksik teşebbüs gibi cezalandırılmaktaydı (**Sözüer**, s. 22).

²⁷⁵ **v. Liszt/Schmidt**, § 45, s. 310.

²⁷⁶ **v. Liszt/Schmidt**, § 45, s. 310.

²⁷⁷ **v. Hippel** Robert, *Lehrbuch des Strafrechts*, Verlag von Julius Springer, Berlin 1932, § 14, s. 42-43.

sübjektif anlayış hüküm sürmekteydi²⁷⁸. 1872'den itibaren v. *Buri*, bir dizi çalışma ortaya koyarak, sübjektif teorinin kurucusu olmuştur: v. *Buri*'ye göre: “*Objektif tipikliği eksik olan teşebbüsün mahiyeti, suça yönelik iradenin gösterilmesindedir ve bu irade elverişsiz teşebbüste de aynı şekilde bulunmaktadır.*” Bu görüş, Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından da kayıtsız şartsız onaylanmıştır. Bu kararlılığıyla sübjektif bakış açısını benimsediğini ortaya koyan Alman İmparatorluk Mahkemesi, sonrasında birçok kararında, fakat özellikle Birleşik Ceza Senatosu'nun 24 Mayıs 1880 tarihli çok tartışılmış kararında mutlak elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılabilir olduğunu açıkça ifade etmiştir²⁷⁹. Daha ileriki zamanlarda ise, bir sınırlama ile “*gerçek dünyada mevcut olmayan araçların kullanılması*” ceza sorumluluğunun dışında bırakılmıştır²⁸⁰.

Almanya'da bundan sonraki süreçte ise, Nazi Yönetimi'ne kadar, yargısal kararlardaki bu sübjektif bakış açısına literatürde karşı çıkmış ve objektif teşebbüs öğretisi savunulmuştur. Nazi döneminde, düşünceye yönelen ceza hukuku anlayışının güçlenmesi, içtihadın önceki sübjektif yönelimi ile de paralellik arz etmiş ve 1945 yılının sonrasında artık literatürde de neredeyse tamamen sübjektif teori etkisinde kalınmıştır. Bu dönemde sadece *Spendel*, kimse tarafından dikkate alınmamakla birlikte, kendisinin hâlâ objektif teori yanlısı bir anlayışı benimsediğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, Almanya'da savaş sonrası dönemde sübjektif teşebbüs teorisinin hâkim olmasının, finalist hareket teorisinin etkisine dayandırılması tarihsel olarak yanlış olacaktır. Bilindiği üzere Alman ceza hukukunda, 60'lı yıllara kadar nedensel (doğalcı) hareket teorisine hâkim olmuştur. Bu durum daha ziyade, haksızlığın manevi unsurları öğretisinin ortaya çıkışına, teşebbüsteki suç işleme kararı (*Tatentschluß*) da dâhil olmak üzere haksızlığın manevi unsurlarının kabul edilmesine bağlanabilir. Finalist hareket teorisinin kurucusu olan *Welzel* için, teşebbüs öğretisinin tüm yönleriyle sübjektif bir eğilim

²⁷⁸ “*Her kim bir cürmü veya cünhayı işlemek kararıyla, o cürüm veya cünhanın icrasına başlangıç teşkil eden hareketler ile faaliyete geçer, fakat işlenmek istenen cürüm veya cünha tamamlanamaz ise, fail teşebbüsten dolayı cezalandırılır*” (Sözür, s. 22-23)

²⁷⁹ v. *Liszt/Schmidt*, § 45, s. 310; *Kohn*, s. 37; *Lewinsky*, s. 39. Çocuk düşürtme suçuna ilişkin söz konusu kararda, çocuk düşürtmek için kullanılan araçlar elverişsiz olmasına rağmen, çocuk düşürtmeye teşebbüsün bulunduğu kabul edilmiştir. Failin suç işleme iradesini göstermiş olmasından hareket eden Mahkeme, kararında sübjektif teoriyi esas almıştır (*Mezger*, § 53, s. 389; *Soyaslan Doğan*, Teşebbüs Suçu, Kazancı Matbaacılık, Ankara 1994, s. 105).

²⁸⁰ v. *Liszt/Schmidt*, § 45, s. 310.

göstermesi, sadece onun halihazırdaki kastın tipik haksızlık alanında ele alınması gerektiğine ilişkin görüşünün bilimsel olarak kabulünü sağlamıştır²⁸¹.

Almanya'da, genel hükümlere ilişkin reformun en önemlisi, uygulamanın ve onu izleyen neredeyse oy birliği ile doktrinin, elverişsiz teşebbüsün tipikliğini subjektif kriterlere göre belirlemiş olması durumundan yola çıkmıştır. Bu çerçevede, 4.7.1969 tarihli 2. Reform Kanunu ile değiştirilen teşebbüs düzenlemelerinin, 1.1.1975 tarihinden itibaren geçerli olmasıyla, zaten içtihadi olarak uygulama bulan subjektif anlayış kanuni bir temele kavuşmuştur²⁸².

²⁸¹ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 712-713.

²⁸² 2. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4. 7.1969, BGBl, I, 717- Versuch, s. 720. **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 713; **Weigend** Thomas, "Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre", in: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 1, Berlin 1989, s. 115-116; **Radtke**, s. 879.

İKİNCİ BÖLÜM

ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİK SORUNU

I. CEZALANDIRMANIN ANLAMI VE AMACI

A. Genel Olarak

Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirlik problemine bir yanıt ararken, ceza kavramından ve cezalandırmanın amacından söz edilmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

Suç tipinin maddi unsurlarını oluşturan bir duruma ilişkin yanlış tasavvurunun sonucu olarak, başlangıçtan itibaren tipik neticeye sebebiyet vermeye objektif olarak elverişli olmayan fiilin işlemek istediği suçun neticesini ortaya çıkarabileceğini düşünen, başka bir ifadeyle hareketinin elverişliliği konusunda hatalı olan bir failin söz konusu olduğu elverişsiz teşebbüs kurumu, cezalandırılabilirlik sorunu bağlamında “*bıçak sırtı*” olarak ifade edilebilecek bir konumda bulunmaktadır. Zira, bu durumda aslında suç işlemeye yönelik iradesini açık bir şekilde ortaya koyan ve bu anlamda tehlikeliliğini de göstermiş bir failden söz edilmektedir. Konuya ilişkin olarak, farklı ülke ceza kanunlarında farklı tercihlerde bulunulduğu görülmektedir. Teşebbüs konusunda objektif bir anlayışı benimseyen ceza kanunlarında cezalandırılmayan elverişsiz teşebbüs kurumu, subjektif anlayışa ağırlık veren ceza kanunlarında cezalandırılabilirliğe sahip bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Kuruma yönelik bu farklı tercihlerin nedeni, cezalandırmanın amacına verilen anlam ile de yakından ilgilidir.

Bu çerçevede, elverişli teşebbüsün ve elverişsiz teşebbüsün cezalandırmaya değeri ve bu hususta ileri sürülen teoriler incelenmeden önce, ceza kavramı ve cezalandırmanın amacını açıklayan teorilere yer verilecektir. Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirlik sorununa ilişkin görüşümüz ise, tüm sorunların ele alınmasından sonra ayrı bir başlıkla açıklanacaktır.

B. Ceza Kavramı

Birbirlerinden bağımsız ve ayrı şekilde bir yaşam sürdüren insanların toplum hâlinde yaşamalarını ve bir araya gelmelerini sağlayan koşullar, kanunlar aracılığıyla belirlenir. Sürekli devam eden bir savaş ortamı içinde yaşamaktan yorgun düşen insanlar, özgürlüklerini koruma konusundaki bu belirsizlik ve kaos nedeniyle hiçbir yarar sağlayamadıkları *sözde* özgürlüklerinden bıkmışlardır. Bu durumun sonucu olarak da *esenlik, güvenlik, dirlik ve düzen* uğruna, özgürlüklerinin bir kısmını feda etmişlerdir. Başka bir ifadeyle, özgürlüklerinin geri kalan kısmından etkin bir şekilde yararlanma amacı güderek fedakarlıkta bulunmuşlardır. Herkesin kendi iyiliğini gözeterek ödün verdiği bu özgürlük kısımlarının toplamı, bir ulusun egemenliğini oluşturmaktadır. Egemen kişi veya kişiler ise, bu ulusal egemenliğin yasal emanetçisi ve uygulayıcısıdır. Ancak bu egemenliğin tanınması ve belirli kişi veya kişilerce kullanılması, belirli riskleri de içinde barındırmaktadır. Çünkü, bu egemenliğin herhangi bir insan tarafından, tek başına ve kendi çıkarı için özel olarak ele geçirilme durumu ile karşılaşılabilir. Böyle biri, ortak emanetin içinden yalnızca özgürlüğün kendisine ait olan kısmını almakla yetinmeyecek, onun başkalarına ait olan kesimlerini de ele geçirmek için yollar arayacaktır. İşte, toplumu ilk vahşi kaos döneminin içine yeniden sokan ve her insanda mevcut olan bu ele geçirmeye ilişkin zorba ruhu yıkmak için *etkili araçlara* gereksinim duyulur. Bu etkili araçlar, kanunları çiğneyecek olanlara karşı konulmuş olan *cezalardır*²⁸³.

C. Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler

Ceza hukukunun temel görevi, üst düzey hukuki değerlerin korunması olarak ifade edilmekle birlikte, bu görevin ceza hukuku araçları ile nasıl yerine getirileceği henüz netleştirilememiştir²⁸⁴. Bu bağlamda, çok eski zamanlardan beri cevap aranan bir soru olan cezalandırmanın esasının ve amacının ne olduğu konusunda *ceza teorileri (Straftheorien)* olarak nitelendirilen çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Temel bilginin bir parçası olarak ceza hukukunun anlaşılmasına katkıda bulunan bu

²⁸³ **Beccaria** Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Fası I, (Çev: Sami Selçuk), 2. Baskı, İmge Kitabevi, 2010, s. 25-26.

²⁸⁴ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 2, kn. 20.

teoriler²⁸⁵, birbirinin karşısında yer alan iki grup olarak *mutlak ve nisbi ceza teorileri* (*absolute und relative Strafzwecktheorien*) şeklinde ifade edilmektedir²⁸⁶.

Mutlak ceza teorilerine göre; ceza, tamamen *baskıcı (repressiv)* etkiye sahip olmalıdır. Bu doğrultuda cezanın amacı, sadece suç teşkil eden fiile devlet tarafından meşru bir kötülükle karşılık verilerek hukuk düzeninin yeniden eski hâline getirilmesidir. Mutlak ceza teorileri, *Seneca* tarafından “*punitur, quia peccatum est*”, yani “*ceza, suç işlendiği için verilir*” şeklinde kısa formüle edilmiştir²⁸⁷. “*Mutlak*” terimi, cezalandırmanın meşruiyetinin sadece işlenen fiilde bulunduğunu ve gelecekteki her türlü sosyal (toplumsal) etkiden bağımsız olduğunu ifade etmektedir²⁸⁸. Mutlak ceza teorileri içerisinde, *kefarete (Sühnetheorie)* ve *misilleme teorisi (Vergeltungstheorie)* arasında ayırım yapılmaktadır. Kefaret teorisi, failin suç teşkil eden fiili nedeniyle, hukuk düzeni ile yeniden uzlaştırılması düşüncesine dayanmaktadır. Teori, uzlaşmanın gönüllü bir eylem olmasına rağmen cezanın zorlayıcı bir kötülük olmasıyla eleştirilmektedir. Misilleme teorisinin taraftarları ise (*özellikle Immanuel Kant ve Wilhelm Friedrich Hegel*), (*Talion ilkesine uygun olarak*²⁸⁹) adaletin yeniden sağlanması için haksızlığa eşit bir cezanın verilmesi gerekliliğinden hareket etmektedir. Böylece, suç işleyen kişinin kusurunun denkleştirilmesi (*Schuldausgleich*) sağlanmış olmaktadır. Bu düşünce, *Hegel*’e atfedilen; ceza, “*hukukun inkârının inkârı, suç teşkil eden fiildeki olumsuzluğun olumsuzlanmasıdır*” ifadesini açıklamaktadır²⁹⁰. *Kant*’ın düşüncesinin sonuçları ise verdiği ada örneğinde çok açık bir şekilde görülmektedir: Buna göre, “*bir adada yaşayan halkın tamamı birbirinden ayrılmaya ve yaşadıkları toplumu dağıtarak ortadan kaldırmaya karar vermiş olsalar dahi, bundan önce cezaevinde bulunan son katilin ölüm cezasını infaz etmek zorundadırlar*²⁹¹.”

²⁸⁵ **Rengier**, § 3, kn. 9.

²⁸⁶ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 21; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 2, kn. 20; **Otto**, § 1, kn. 71.

²⁸⁷ **Gropp**, § 1, kn. 171; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 2, kn. 43; **Kindhäuser**, § 2, kn. 9; **Freund**, § 1, kn. 3; **Murmann**, § 8, kn. 18, 22.

²⁸⁸ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 22; **Köhler** Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 1997, s. 43.

²⁸⁹ *Talion yasası (ilkesi)*, “göze göz, dişe diş yasası; kısas, öldüreni öldürme, yaralayanı yaralama” anlamlarını karşılamaktadır (**Jakobs**, kn. 1/18; **Gropp**, § 1, kn. 175; **Yüce**, s. 102).

²⁹⁰ **Krey/Esner**, § 5, kn. 136, dn. 9; **Wessels/Beulke/Satzger**, kn. 1/22; **Kindhäuser**, § 2, kn. 10.

²⁹¹ **Jakobs**, kn. 1/19; **Jescheck/Weigend**, § 8 III, s. 70; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 22; **Gropp**, § 1, kn. 175; **Krey/Esner**, § 5, kn. 135; **Murmann**, § 8, kn. 20; **Rengier**, § 3, kn. 11; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 2, kn. 44; **Freund**, § 1, kn. 3a; **Yüce**, s. 106; **Demirbaş**, s. 571; **Öztürk/Erdem**, kn. 811, s. 454.

Mutlak ceza teorilerinin karşısında, *nisbi ceza teorileri* yer almaktadır. Nisbi ceza teorilerine göre; ceza, yalnızca *önleyici (präventiv)* bir etkiye sahip olmalıdır. Nisbi ceza teorileri; “*punitur ne peccetur*”, yani “*ceza, artık suç işlenmemesi için verilir*” düşüncesine dayanmaktadır²⁹². Nisbi ceza teorileri uyarınca ceza, geleceğe yönelik olarak bir suçun işlenmesinin önlenmesi amacına dayanmaktadır. Bu doğrultuda, iki amaç söz konusudur: Toplum üzerinde önleyici etki (*genel önleme*) ve failin şahsı üzerinde önleyici etki (*özel önleme*)²⁹³.

Nisbi ceza teorileri, genel önlemede *pozitif genel önleme* ve *negatif genel önleme* şeklinde farklılaşmaya devam etmektedir: Pozitif genel önlemeye göre (*örneğin Jakobs*), ceza toplumun hukuki düzene olan güveninin yanı sıra, hukuki bilincin güçlendirilmesini de amaçlamaktadır. Negatif genel önlemeye göre (*özellikle Paul Johann Anselm von Feuerbach*) ise, ceza tehdidi ve failin cezalandırılması ile başkalarının suç işlemekten caydırılması amaçlanmaktadır. Özel önlemeye (*özellikle Franz von Liszt*) ilişkin olarak da pozitif özel önleme (*failin ıslahı*) ve negatif özel önleme (*failin topluma yeniden kazandırılmasıyla toplumun failden korunması*) şeklinde bir ayırım yapılmaktadır²⁹⁴. Daha detaylı olarak ele alındığında, özel önleme teorisinin salt bir ceza teorisi olmadığı, aynı zamanda cezanın amacına ve özellikle kusurdan bağımsız olan iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) ilişkin bir teori olduğu da ifade edilmektedir²⁹⁵.

Nisbi ceza teorileri, ceza miktarı için bir sınırlandırma öngörmemeleri ve böylelikle önleme amacının gerektirdiği durumlarda orantısız yaptırımlara imkân vermesi nedeniyle eleştirilmektedir. Buna ek olarak, (olumlu özel önleme hariç) önleyici yaklaşımların, toplumsal gereksinimlerin sağlanması için faili araçsallaştırarak (adeta bir günah keçisi hâline getirerek), insan onurunu ihlal ettiği ifade edilmektedir²⁹⁶. Çoğu zaman suçun nedenini oluşturan toplumsal bozukluklar, ceza aracılığıyla iyileştirilemez. En önemli görevi toplumun emniyetini sağlama olan ceza hukuku, adaleti sağlamaz. Sonuç olarak, orantılılık ilkesi çerçevesinde

²⁹² **Jakobs**, kn. 1/17, dn. 18; **Gropp**, § 1, kn. 181; **Murmann**, § 8, kn. 19; **Krey/Esser**, § 5, kn. 138; **Kindhäuser**, § 2, kn. 11; **Heinrich**, AT, § 2, kn. 16.

²⁹³ **Roxin**, AT I, § 3, kn. 21; **Heinrich**, AT, § 2, kn. 16; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 23; **Otto**, § 1, 73; **Roxin/Arzt/Tiedemann**, s. 6, 9; **Murmann**, § 8, kn. 28.

²⁹⁴ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 23; **Heinrich**, AT, § 2, kn. 17-18.

²⁹⁵ **Jescheck/Weigend**, § 8 IV, s. 75; **Krey/Esser**, § 5, kn. 144.

²⁹⁶ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 24.

müdahalenin anayasaya uygun bir amaç gerektirmesi karşısında, bu teorilerin gerekçelendirilmesi zordur²⁹⁷.

Mutlak ve nisbi ceza teorilerinin farklı nedenlere dayalı olarak eleştirilmesinin sonucunda, *karma teori (Vereinigungstheorie)* olarak adlandırılan bir teori oluşturulmuştur. Teori, “*punitur, quia peccatum est, ne peccetur*” yani “*ceza, suç işlendiği için ve artık suç işlenmemesi için verilir*” şeklinde formüle edilmektedir. Karma teori, sadece bu heterojen yaklaşımların basit bir senkretizm (bağdaştırmacılık) yöntemiyle birbirine eklenmesi değildir; aksine, hukuk devleti ölçütünde cezanın farklı işlevlerinin dereceli bir şekilde birbirine kenetlendiği diyalektik bir birleşmedir²⁹⁸. Bu anlamda teori, kümülatif gerekçelendirme konusunda ısrarcı olması ile, devletin ceza verme yetkisini tam anlamıyla yeterli olacak derecede ortaya koymak için makul olan tek olasılık olmaktadır²⁹⁹.

Karma teori uyarınca, cezanın münferit yönleri, cezai işlemin aşamasına bağlı olarak farklı anlamlar taşımakta ve farklı işlevler üstlenmektedir³⁰⁰:

Devletin elinde bulundurduğu ceza verme yetkisi, kaçınılması veya yerine getirilmesi gereken davranışların göz önünde bulundurulması bağlamında potansiyel kanun ihlallerini genel önleyici etkiye sahiptir. Cezaya hükmedilmesi veya cezanın belirlenmesi söz konusu olduğunda ise, hukukun varlığına inanan vatandaşlara hukuk düzeninin güvenilirliğinin kanıtlanması bakımından genel önleyici bir özellik taşır. Cezanın infazında ise, özel önleyici yön önem kazanmaktadır. Çünkü, cezanın infazıyla failin topluma yeniden kazandırılmasının ve sosyalleştirilmesinin sağlanması gereklidir³⁰¹.

Mutlak ve nisbi ceza teorilerinin zayıf noktaları, uygulamada ve literatürde ağırlıklı olarak, daha tutarlı bir görünüm arz eden *karma teorisinin* benimsenmesini sonuçlamıştır. Ceza kanununun, cezanın amacını teorilerden biri ile sınırlı olarak belirlememiş olması ve Anayasa'nın bu konuda net bir direktif içermemesi bunu desteklemektedir. Aksine, ceza kanunu karma bir teoriden hareket etmektedir³⁰². Örneğin, TCK m. 61/1(f)'de failin kusurunu, cezanın belirlenmesinde göz önünde

²⁹⁷ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 25.

²⁹⁸ **Gropp**, § 1, kn. 197.

²⁹⁹ **Roxin**, AT I, § 3, kn. 62.

³⁰⁰ **Gropp**, § 1, kn. 197.

³⁰¹ **Gropp**, § 1, kn. 198, 200.

³⁰² **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 26.

bulundurulacak bir husus olarak kabul etmişken; TCK m. 62/2’de failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlardan söz ederek özel önleyici kriterlere yer vermiştir. Yine TCK m. 1, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek hususlarını ceza kanununun amacı olarak belirleyerek, genel önleme amacına değinmiş bulunmaktadır³⁰³.

II. TEŞEBBÜSÜN HAKSIZLIK İÇERİĞİ VE CEZALANDIRILMA SEBEBİ

A. Haksızlık Kavramı ve Benzer Kavramlarla İlişkisi

1. Genel Olarak

Genel olarak haksızlık kavramı, hukuk tarafından negatif olarak değerlendirilen bir değersizlik (*Unwert*) olarak ifade edilmektedir³⁰⁴. Ceza hukuku anlamında haksızlık ise, “ceza hukuku vasıtasıyla korunan hukuki değeri ihlal eden, hukuka aykırı, tipik bir fiil” olarak tanımlanmaktadır³⁰⁵. Yani, failin fiilinin hukuk düzeninde var olan ve suç tipinin oluşumunu sağlayan davranış normlarını (*yasak ve emir*) ihlal etmesini ifade etmektedir³⁰⁶. Bu bağlamda, bir fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesiyle, söz konusu fiilin ceza hukuku anlamında bir haksızlık teşkil ettiği de ortaya konulmuş olmaktadır³⁰⁷.

Ceza hukukunun temel sorumluluk ilkesi olan haksızlık ve haksızlığın yapısı, suç genel teorisi açısından büyük önem taşımakta ve Alman ceza hukukunun en

³⁰³ Türk Ceza Kanunu’nun 1. maddesinde, kanunun amacına ve işlevine yer verilmesinin yerinde olmadığı yönünde görüş için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 5-6. TCK. m. 1’in eleştirisi ayrıca bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 45-46. Karma teoriyi yansıtan örnek karar için bkz. Any. M., 9.3.1971, E. 1970/42, K. 1971/30 (**Demirbaş**, s. 574; www.anayasa.gov.tr).

³⁰⁴ **S/S-Eisele**, § 13, kn. 51; **Ebert**, s. 29.

³⁰⁵ **Keçelioğlu** Elvan, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 8, S. 21, Nisan 2013, s. 21.

³⁰⁶ **Haft**, s. 116; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 276.

³⁰⁷ **Haft**, s. 116; **Kindhäuser**, § 6, kn. 4; **Murmann**, § 12, kn. 6; **Öztürk/Erdem**, kn. 391, s. 232; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 276.

tartışmalı konularından birisini oluşturmaktadır³⁰⁸. Bu durum, ceza hukukunda haksızlığın esasını (*hareket, netice, düşünce*) neyin oluşturduğunun, cezalandırılabilir insan davranışının farklı görünüm şekillerinin tanımlanmasında belirleyici olmasından kaynaklanmaktadır³⁰⁹.

Yukarıda haksızlık kavramına ilişkin yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; haksızlık, hukuka aykırılık ve kusurluluktan kapsam ve içerik olarak farklılık arz etmektedir³¹⁰. Bu bağlamda, haksızlık kavramının, hukuka aykırılık ve kusurluluk kavramları ile olan ilişkisinin ortaya konması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

2. Haksızlık ve Hukuka Aykırılık Kavramları

Hukuka aykırı olan bir hareket, aynı zamanda bir haksızlık da oluşturur. Ancak bu önerme, “*hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit)*” ve “*haksızlık (Unrecht)*” kavramlarının birbiriyle aynı anlamı taşıdığını göstermez. Söz konusu terimler, çoğunlukla birbiriyle eş anlamlı olarak kullanılmalarına rağmen, farklı anlamlara gelmektedir³¹¹.

Ceza hukuku sistematğinde “*hukuka aykırılık*” ve “*haksızlık*” kavramları, hukuka aykırılığın tipe uygun fiilin bir özelliği olması ile birbirinden ayrılmaktadır³¹². Hukuka aykırılık, failin tipe uygun fiilinin tüm hukuk düzeniyle çelişki içinde olmasıdır³¹³. Başka bir söylemle, tipe uygun haksızlık ile sebebiyet verilen ve hukuka uygunluk sebebi ile de dışlanmayan hukuka aykırılık, söz konusu icrai veya ihmali hareketin, davranış normları ile çelişmesidir³¹⁴. Bu nedenle, hukuka aykırılığın, salt ilişki (fiil ve norm arasındaki bir çelişki) olarak; haksızlığın ise, fiziksel bir şey, tipik ve hukuka aykırı fiilin bizatihi kendisi olarak tanımlanması

³⁰⁸ Niepoth, 32.

³⁰⁹ Keçelioğlu, Haksızlık, s. 21.

³¹⁰ Keçelioğlu, Haksızlık, s. 21; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 276, 278.

³¹¹ S/S-Eisele, § 13, kn. 51, s. 157; Ebert, s. 29; Önder, s. 134; Artuk/Gökçen, s. 423; Öztürk/Erdem, kn. 391, s. 232; Hakeri, s. 314; Keçelioğlu, Haksızlık, s. 23. Literatürde iki terimin çoğunlukla eş anlamlı olarak kullanılmasının yanlış olmadığı, ancak iki terimin tamamen farklı şeyleri de ifade edebileceği yönünde bkz. Wessels/Beulke/Satzger, § 8, kn. 410.

³¹² Roxin, AT I, § 14, kn. 3; Özgenc, s. 309; Artuk/Gökçen, s. 423.

³¹³ Welzel, § 14, s. 80; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, kn. 410; Jescheck/Weigend, § 24 I, s. 233; Ebert, s. 29; Haft, s. 65; Yüce, s. 35; Demirbaş, s. 268; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 275; Öztürk/Erdem, kn. 391, s. 232; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 291.

³¹⁴ S/S-Eisele, § 13, kn. 47.

doğrudur³¹⁵. Böylece *haksızlık*, suçun yapısal unsurlarından *fiil*, *tipe uygunluk* ve *hukuka aykırılık* kavramlarını içinde toplamış olmaktadır³¹⁶.

Belirleme ve değerlendirme fonksiyonuyla da ilgili olan, “hukuka aykırılık” ve “haksızlık” arasındaki bu ayrım önemlidir. Çünkü, haksızlık niteliksel ve niceliksel olarak farklılaşabilirken; her yerde bir ve aynı olan (şekli) hukuka aykırılık, maddi ayrımlara veya derecelendirmelere imkân vermez³¹⁷. Dolayısıyla, derecelendirilebilir bir kavram (*abstufbarer Begriff*) olan haksızlığın az ve çok olduğundan söz edilebilir. Buna karşılık, derecelendirmenin yapılamadığı hukuka aykırılık, bir evet-hayır kavramı (*Ja-Nein-Begriff*) şeklinde karşımıza çıkar. Yani, bir davranış ya hukuka aykırıdır ya da değildir³¹⁸. Örneğin; bir öldürme fiili, hırsızlıktan daha fazla veya bir taksirle öldürme fiili kasten öldürmeden daha az hukuka aykırı değildir. Ancak, öldürme ve hırsızlık arasında veya yaralamanın basit ve nitelikli hali arasında haksızlık açısından niteliksel ve niceliksel farklılıklar bulunmaktadır³¹⁹.

3. Haksızlık ve Kusurluluk Kavramları

“*Haksızlık*” ve “*kusurluluk*” kavramları arasında bir ayrım yapılmasının gerekliliği de genellikle kabul edilmektedir. Bir fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olduğunun kabulü ile sadece haksız olduğu tespit edilmiş olur. Ancak bu, söz konusu fiilin cezalandırılması için yeterli değildir. Bunun için haksızlığın kişisel olarak faile isnat edilebilir/yüklenebilir olması gerekir³²⁰. İşte, bir haksızlık teşkil ettiği tespit edilen fiilin kişisel olarak faile yüklenip yüklenemeyeceğinin belirlenmesi ise, kusurluluğa ilişkin bir sorundur³²¹. Bu bağlamda, kusur yargısının bağlantı noktasını her zaman somut fiil, yani tipe uygun ve hukuka aykırı olan haksızlık oluşturmaktadır³²². Burada artık toplumun genelinden yapılması istenilenler değil,

³¹⁵ **Welzel**, § 10, s. 52; **S/S-Eisele**, § 13, kn. 51; **Roxin** AT I, § 14, kn. 3; **Özgenç**, s. 309; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 278.

³¹⁶ **Roxin** AT I, § 14, kn. 3; **Murmann**, § 12, kn. 6, 9; **Ebert**, s. 29; **Artuk/Gökçen**, s. 423.

³¹⁷ **S/S-Eisele**, Vor. § 13, kn. 51; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 8, kn. 410; **Ebert**, s. 29; **Murmann**, § 12, kn. 9; **Öztürk/Erdem**, kn. 391, s. 232.

³¹⁸ **Haft**, s. 66-67.

³¹⁹ **S/S-Eisele**, Vor. § 13, kn. 51.

³²⁰ **Haft**, s. 116; **Murmann**, § 12, kn. 10; **Önder**, s. 226; **Öztürk/Erdem**, kn. 488, s. 282; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 276.

³²¹ **S/S-Eisele**, Vor. § 13, kn. 47; **Kindhäuser**, § 6, kn. 1.

³²² **Heinrich**, AT, § 17, kn. 528.

failin bireysel olarak yapabilecekleri dikkate alınır³²³. Failin fiil ile olan subjektif ilişkisi olarak açıklanan kusurluluk aracılığıyla, fail hakkında bir normatif değer hükmü kurulmuş olmaktadır³²⁴.

Haksızlık ve kusurluluk arasında bir tabiiyet ilişkisi söz konusudur. Mantıksal olarak, haksızlık kusurluluktan önce gerçekleşir. Dolayısıyla, kusursuz bir haksızlık söz konusu olabilirken; haksızlığın bulunmadığı bir kusurluluktan söz edilemez³²⁵.

B. Haksızlıkta Hareketin ve Neticenin Değersizliği Ayrımı

1. Ayrımın Ortaya Çıkışının Tarihi Gelişim Süreci

Alman ceza hukukunda 20. yüzyılın başlarına kadar hüküm sürmüş *v. Liszt ve Beling*'in *klasik suç teorisinde*³²⁶ suç kavramı, salt objektif olarak anlaşılan “haksızlık” ve sadece subjektif olarak anlaşılan “kusur” arasındaki ayrıma dayanmaktaydı³²⁷. Hukuka aykırılık alanında, sadece fiil ile sebebiyet verilen *durum (Zustand)* değerlendirilmekteydi³²⁸. Dolayısıyla teori uyarınca, suçun tüm objektif koşulları tipiklik ve hukuka aykırılığa dâhil kabul edilmişken, kusur suçun tüm subjektif unsurlarını (*failin iradesi, isnat yeteneği vb.*) içinde toplayan bir üst kavram olarak düşünülmüştür³²⁹. Teorinin suçun unsurlarına ilişkin getirdiği sınıflandırma yöntemi (*tipiklik, hukuka aykırılık, kusurluluk*), içeriklerine ilişkin farklı bir kabul ile bugün Alman ceza hukuku dogmatğinde hâlâ geçerliliğini sürdürmektedir³³⁰.

Oldukça açık ve basit bir teori olan klasik teorinin parçalanması, *neo-klasik suç teorisinin* ortaya çıkmasıyla başlamıştır. Haksızlığın her durumda saf objektif unsurlarla açıklanamadığı ve kusurun sadece subjektif unsurlardan oluşmadığı şeklinde bir anlayışın kabul edilmesi, suçun yapısının yeniden kurulmasına neden olmuştur. Örneğin, Alman Ceza Kanunu'nun 242. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen hırsızlık suçu, başkasına ait taşınır malın bulunduğu yerden alınmasından

³²³ Haft, s. 116.

³²⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 350.

³²⁵ Haft, s. 116.

³²⁶ Roxin, AT I, § 7, kn. 15.

³²⁷ Jescheck/Weigend, § 24 III, s. 239; Roxin, AT I, § 7, kn. 15; Gropp, § 7, kn. 23; Dursun/Bozbayındır, s. 67.

³²⁸ Jescheck/Weigend, § 24 III, s. 239; Roxin, AT I, § 7, kn. 15.

³²⁹ S/S-Eisele, § 13, Kn. 52/53; Roxin, AT I, § 7, kn. 15; Haft, s. 18.

³³⁰ Roxin, AT I, § 7, kn. 15.

daha fazlasını gerektirir. Söz konusu taşınır malın kendine mal edinme maksadı (*Zueignungsabsicht*) ile alınması gerekir. Bu manevi unsur olmaksızın taşınır bir malın alınması, hırsızlık suçunu ve hırsızlık suçunun haksızlığını tam olarak karşılayamaz³³¹. Bu anlayışa paralel olarak öğreti, fiilin hukuka aykırılığının sadece neticenin kınanabilirliği ile tüketilmediğini, hukuken kınanan durumun meydana getirilme şeklinin de haksızlık hükmüne dâhil edilmesi gerektiğini savunmuştur³³². İşte buradan, günümüz Alman ceza hukuku dogmatikinde haksızlığa ilişkin olarak yapılan “*hareketin değersizliği (Handlungsunwert)*” ve “*neticenin değersizliği (Erfolgswert)*” ayrımı ortaya çıkmıştır³³³.

1930’larda ise Alman ceza hukukuna hâkim olmaya başlayan sübjektif anlayışla birlikte, haksızlık kavramı da sübjektifleşmeye başlamıştır. Bu dönemde Almanya açısından ağırlıklı olarak sübjektif, fail odaklı bir ceza hukukundan (*täterorientierte Strafrecht*) söz etmek mümkündür³³⁴.

Sonunda, fiil odaklı bir irade ceza hukuku (*tatorientierte Willensstrafrecht*) ortaya çıkmış ve haksızlığı hem objektif hem sübjektif anlayan neo-klasik öğreti etkisini yitirmiştir. Öğreti, yerini kurucusu *Welzel* olan *finalist (amaçsal-gai)* hareket teorisi temelinde oluşturulan bir haksızlık öğretilerine bırakmıştır. Buna göre, sadece dış dünyada haricileşen netice değil (*neticenin haksızlığı*), bu neticenin gerçekleşmesine yönelik failin amaçsal hareketi de (*hareketin haksızlığı*) hukuka aykırılık yargısına dâhildir ve bunlar eşit değere sahiptir. Başka bir ifadeyle, birinin eksikliği durumunda hukuka aykırılık yargısına varılamayacaktır³³⁵.

Hareketi doğal bir olay olarak değerlendiren pozitivist ceza hukuku anlayışına bir tepki olarak ortaya çıkmış saf finalist (amaçsal) hareket teorisi anlayışına dayalı bu haksızlık öğretisi temelinde, haksızlığın sadece hareket iradesi ile gerekçelendirildiği ve neticenin değersizliğinin haksızlık için hiçbir anlam ifade etmediği ekstrem görüşü dahi kısmen savunulmuştur³³⁶. Bu anlayışta, neticenin gerçekleşmesi, sadece cezalandırılabilirliğin objektif bir koşulu olarak görülmektedir. Doktrinde, cezalandırılabilirliği tek bir unsura indirgeyen, bu monist-sübjektif

³³¹ **Roxin**, AT I, § 7, kn. 16.

³³² **Jescheck/Weigend**, § 24 III, s. 239.

³³³ **Jescheck/Weigend**, § 24 III, s. 239.

³³⁴ **Dursun/Bozbayındır**, s. 68.

³³⁵ **Dursun/Bozbayındır**, s. 68-69.

³³⁶ **Jescheck/Weigend**, § 24 III, s. 239-240.

görüşün kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Çünkü, haksızlık sadece bir norma karşı gelinmesinde değil, aynı zamanda normla önlenmesi gereken sosyal (toplumsal) zararın gerçekleştirilmesinde de bulunmaktadır. Netice haksızlığının dışarıda bırakılması, ceza politikası açısından da kabul edilemez sonuçlara yol açar³³⁷.

2. Hareketin ve Neticenin Değersizliği Kavramları ve Aralarındaki İlişki

Hareketin değersizliği-haksızlığı ve neticenin değersizliği-haksızlığı kavramlarının içeriği ve “hareketin ve neticenin değersizliği-haksızlığı” şeklinde yapılan bu ayrımın yöntemsel bir gerekçesinin bulunup bulunmadığı irdelenmesi gereken diğer konu başlıkları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Alman ceza hukukunda hareketin değersizliği-haksızlığı “*Handlungsunwert-unrecht*”, neticenin değersizliği-haksızlığı ise “*Erfolgswert-unrecht*” terimleri ile ifade edilmektedir. “*Haksızlık (Unrecht)*” ve “*değersizlik (Unwert)*” kavramları, doktrinde kimi yazarlarca aynı anlamı karşılamak üzere birbirlerinin yerine kullanılsa da³³⁸, haksızlık hukuk tarafından negatif olarak değerlendirilen bir değersizlik olarak ifade edilmektedir³³⁹. Öncelikli olarak hareketin ve neticenin değersizliği kavramlarından söz eden *Jescheck/Weigend*, bunların suç tiplerine dâhil edilmeleri ile hareketin veya neticenin haksızlığına dönüştüğünü ifade etmektedir³⁴⁰.

Alman ceza hukuku doktrinde bazı yazarlar tarafından, hareketin ve neticenin haksızlığı terimleri eleştirilmekte ve konuyu açıklamak için farklı terim önerilerinde bulunmaktadır. Söz konusu yazarlardan biri olan *Frister*'a göre, hareketin ve neticenin haksızlığı terimleri, sırf hareket suçları bağlamında yanlış anlaşılmalara neden olabileceği için, konunun sübjektif ve objektif yönünü ifade eden *motivasyon haksızlığı (Motivationsunrecht)* ve *olay haksızlığı (Geschehensunrecht)* terimlerinin kullanılması daha doğru olacaktır³⁴¹. Benzer şekilde, konuyu ifade etmek için terimsel farklılaşmaya giden bir diğer yazar ise *Gropp*'dur. *Gropp* da *şahsi değersizlik (personaler Unwert)* ve *olgu değersizliği*

³³⁷ **Jescheck/Weigend**, § 24 III, s. 239-240; **Keçelioğlu**, Haksızlık, s. 29.

³³⁸ **Kindhäuser**, § 6, kn. 6.

³³⁹ **S/S-Eisele**, Vor. § 13, kn. 51.

³⁴⁰ **Jescheck/Weigend**, § 24 III, s. 240.

³⁴¹ **Frister**, kn. 8/13-14; kn. 14/ 43-44.

(*Sachverhaltsunwert*) terimlerini kullanmaktadır³⁴². Bununla birlikte Alman ceza hukuku doktrininde, konuya ilişkin olarak genellikle tercih edilen terimlerin “*hareketin haksızlığı*” ve “*neticenin haksızlığı*” olduğunun ifade edilmesi gereklidir³⁴³.

Alman ceza hukuku doktrininde bazı yazarlar, hareketin haksızlığının haksızlığın sübjektif yönünü, neticenin haksızlığının ise haksızlığın objektif yönünü oluşturduğu düşüncesindedir. Bu görüş çerçevesinde, failin davranışı ve sübjektif hukuka uygunluğun yokluğunda sübjektif tipiklik unsuru, hareketin haksızlığına dâhil olmaktadır. Buna karşılık netice, suçun diğer tüm maddi unsurları gibi neticenin haksızlığına dâhildir³⁴⁴. Alman ceza hukuku öğretisinde, hareketin haksızlığının kast ve taksir yanında sübjektif unsurlardan oluştuğuna ilişkin genellikle bir tartışmanın olmadığı ifade edilmektedir³⁴⁵. Şahsi haksızlık öğretisinde üzerinde uzlaşa sağlanılamayan konu, hareketin haksızlığının kast ve taksir (ve sübjektif suç unsurları) dışında bir unsurunun bulunup bulunmadığı ve bunun kabulü durumunda, hangi diğer hususların hareketin haksızlığına dâhil olduğudur. Bu nedenle kasten işlenen suçlarda, hareketin haksızlığının sübjektif niyet değersizliği (*subjektiver Intentionalitätsunwert*) ile tüketilip tüketilmediği ya da objektif-sübjektif bir hareket haksızlığının ne ölçüde objektifleştirilmiş değersizliğe dâhil olduğu tartışılmaktadır. İradi bedensel hareketin sonuçlanıncaya kadar veya teşebbüsün bitmesine kadar hareket olarak adlandırılması, objektif faillik unsurlarının tipik harekete dâhil olması (Alm. CK. m. 331-failin kamu görevlisi olması niteliği) ve hatta hareketin neticeyi de içine alması burada verilen örneklerdir³⁴⁶. Buna ek olarak, sıklıkla karşılaşılan suç tiplerine bakıldığında, çoğu suç tipinde haksızlık içeriğinin sadece suçun konusuna zarar verilmesi veya suçun konusunun tehlikeye düşürülmesi ile değil, aynı zamanda fiilin işlenme şekli ile de belirlenmiş olduğu ve söz konusu suçun cezalandırılmaya değerliğinin de tam da bu noktada olduğu görülür. Örneğin, ceza hukukunda malvarlığı akla gelebilecek her türlü ihlale karşı değil, sadece özellikle tehlikeli görülen belirli saldırı şekillerine karşı korunmaktadır. Aldatma

³⁴² **Gropp**, § 2, kn. 20, 26; § 13, kn. 187.

³⁴³ **Jescheck/Weigend**, § 24 III, s. 238; **Roxin**, AT I, § 10, kn. 88 vd.; **Kindhäuser**, § 6, kn. 6; **Kühl**, § 3, kn. 4.

³⁴⁴ **Kindhäuser**, § 6, kn. 6.

³⁴⁵ **Roxin**, AT I, § 10, kn. 101.

³⁴⁶ **S/S-Eisele**, Vor. § 13, kn. 56.

yoluyla malvarlığı zararı verme, dolandırıcılık; baskı yoluyla, şantaj; güven ilişkisini ihlal ederek malvarlığı zararı verme ise, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. Ancak malvarlığına zarar vermeyi genel olarak düzenleyen bir suç tipi yoktur. Burada, fiilin neticesinin değersizliği, suçun konusunun zarar görmesi veya tehlikeye düşürülmesinde bulunmaktayken, hareketin değersizliği fiilin işleniş şeklinde yatmaktadır³⁴⁷.

Hareketin ve neticenin değersizliğinin müstakil ve birbirinden bağımsız haksızlık unsurlarına sahip olması, hareketin değersizliğinin sadece yasak olduğu belirtilmiş bir davranış normunun ihlaline karar verme ve bir davranışın kasıtlı ve taksirli olup olmadığını belirleme durumları ile sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bu, kasıtlı ve tamamlanmış bir fiil için, bir netice değersizliğinin gerçekleştirilmiş olduğunu (neticenin haksızlığı) ve bir davranış normunun ihlalinin objektif olarak ortaya konulduğu bir niyet değersizliğini (hareketin haksızlığını karşılayan) ifade eder. Bununla birlikte, hareketin haksızlığı “*salt bir niyet haksızlığı*” olarak anlaşılamaz. Bu, sadece teşebbüsün tamamlanmasında değil, teşebbüsün başlangıcında ve salt teşebbüs hareketinin değersizliği olarak değerlendirilen *elverişsiz teşebbüs* durumları için dahi geçerlidir. Elverişsiz teşebbüs durumlarında dahi bir olgu değersizliği (*Sachverhaltsunwert*) aranmaktadır. Bununla birlikte, elverişsiz teşebbüste söz edilen olgu değersizliği, sadece hukuk düzenini bozan etkinin ortaya çıkması şeklinde sınırlı anlamda bir olgu değersizliğidir. Bu durum, taksirli fiiller için de geçerlidir. Taksirli fiillerde hareketin değersizliği, harici olarak ortaya çıkan özen eksikliğinin değersizliğinde (“*Sorgfaltsmangelunwert*”) bulunmaktadır. Bu nedenlerle, hareketin haksızlığının fiilin kusurluluğundan ayrıldığı (bağımsızlaştığı) ifade edilmektedir³⁴⁸.

Hareketin ve neticenin haksızlığına ilişkin yapılan ayrımın yönetsel bir gerekçesinin bulunup bulunmadığı sorusuna ise, fail tarafından yapılması (yapılmaması) gerekenler ile failin hareketinin sonuçlarının birbirinden ayrılmasında ayrımın gördüğü işlev esas alınarak, olumlu cevap verilmektedir. Bununla birlikte,

³⁴⁷ Hareketin değersizliği hem failin davranışının harici (dış) şeklini hem de failin şahsında bulunan durumları içermektedir. Bu doğrultuda, fiile ilişkin (*tatbezogenem*) ve faille ilişkin (*täterbezogenem*) hareketin değersizliği arasında bir ayrım yapılması gerektiği ifade edilmektedir (Jescheck/Weigend, § 24 III, s. 240).

³⁴⁸ S/S-Eisele, Vor. § 13, kn. 56-57.

bu ayrımın suçun yapısı için önem taşımadığı ve suç analiz edilirken ayrıca bu ayrıma yer verilmesinin gerekli olmadığı ifade edilmektedir³⁴⁹.

C. Teşebbüsün Haksızlık İçeriği ve Cezalandırılmaya Değerliği İlişkisi

Teşebbüs aşamasında kalan suçlar, tamamlanmış suçlar gibi *tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu* davranışlardır. Bu nitelik, Ceza Kanunu'nun, dolayısıyla kanunkoyucunun teşebbüse atfettiği belirlemenin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu, teşebbüsün kriminalize edilmesi için ve cezalandırılmasının meşruiyeti için **gerekli** koşulları sağlamış olduğu anlamına gelmez³⁵⁰. Bu nedenle, ceza hukukunun tamamlanmış suçların yanı sıra, teşebbüs aşamasında kalan suçları kapsamına niçin dâhil etmiş olduğunun sorgulanması gerekmektedir³⁵¹. Dolayısıyla burada öncelikle yapılması gereken, teşebbüs aşamasında kalan suçların neden cezalandırıldığı sorusunun teorik bir yaklaşımla ele alınmasıdır³⁵².

Kanunkoyucunun teşebbüs aşamasında kalan suçları cezalandırabilmesi için, tamamlanmış suçlarda olduğu gibi, teşebbüs aşamasında kalan suçların da yeterli haksızlık ve kusur içeriğine (*hinreichender Unrechts- und Schuldgehalt*) sahip olması gerekir³⁵³. Çünkü, sadece esasında bir haksızlık teşkil eden insan davranışları, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenip ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutulabilir³⁵⁴.

Ceza hukukunun temel sorumluluk ilkesi olan haksızlık, aynı zamanda ceza hukukunun en tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır. Bu bağlamda haksızlık ve haksızlığın yapısı, tüm ceza hukuku dogmatığı açısından önem taşıdığı gibi, teşebbüsün cezalandırılma sebebi için de büyük önem arz etmektedir³⁵⁵. Bu durum, haksızlığın teşebbüse ilişkin tanım açısından da belirleyici bir fonksiyon üstlenmesinden ileri gelmektedir³⁵⁶.

³⁴⁹ Kindhäuser, § 6, kn. 6.

³⁵⁰ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 22, kn. 21.

³⁵¹ Murmann, § 28, kn. 29.

³⁵² Heinrich, AT, § 21, kn. 632.

³⁵³ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 22, kn. 21.

³⁵⁴ Özgenç, s. 117.

³⁵⁵ Niepoth, Unterlassungsdelikt, s. 32.

³⁵⁶ Keçelioğlu, Haksızlık, s. 21.

Teşebbüsün haksızlığının esasını neyin oluşturduğuna ilişkin olarak (hareketin değersizliği-neticenin değersizliği), haksızlık öğretileri ile teşebbüsün cezalandırılma sebebini açıklayan teoriler arasında da yakın bir ilişki bulunmaktadır. Çünkü, teşebbüsün objektif veya sübjektif yönlerinden hangisine tek başına veya ağırlıklı olarak önem verileceği problemi, teşebbüs teorileri arasında olduğu kadar, hareket ve neticenin değersizliği ile olan bağlantısı gereği haksızlık öğretileri arasındaki anlaşmazlığın da esaslı noktalarından birini teşkil etmektedir³⁵⁷.

D. Teşebbüsün Cezalandırılma Sebebine İlişkin Teoriler

1. Genel Olarak

Teşebbüsün cezalandırılma sebebini açıklanmasına yönelik çabalar, bu konuda farklı düşünceleri savunan teorilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu konuda temel olarak üç teori grubundan söz edilebilir: Öncelikle, birbirinin tam karşısında yer alan iki teori ortaya çıkmıştır (*objektif teori- sübjektif teori*). Daha sonra bu teorilerden biri esas alınmakla birlikte, değişik kriterler getiren yeni teoriler oluşturulmuştur. Son olarak da her iki teoriden de bazı kriterlerin teşebbüsün cezalandırılma sebebini açıklamak için gerekli olduğu düşüncesiyle, bu iki teoriyi bağdaştırma çabası içinde olan karma teoriler karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda bir gelişim süreci gösteren teorilerin temel argümanları ise şöyle açıklanabilir:

Eski (klasik) öğreti olarak da adlandırılan *objektif teori*, failin hareketini belirleyici özellik olarak görmekte ve fiilin cezalandırılabilirliğini de “*objektif olarak hukuka aykırı bir durum (objektiver rechtswidrige Zustand)*” yaratma veya yaratmaya teşebbüs koşuluna bağlamaktadır³⁵⁸. Bu, teorinin bir insan davranışının hukuki değeri ihlal edici etkisi nedeniyle ceza hukuku kapsamına dâhil edildiği düşüncesiyle de paraleldir³⁵⁹. Teoriye göre, teşebbüsün cezalandırmaya değerliği sadece *suçun konusunun tehlikeye düşürülmesinde* bulunmaktadır. Kast, fiilin tüm aşamalarında (*hazırlık, icra, tamamlanma*) aynı olduğu için, teşebbüs aşamasının

³⁵⁷ **Niepoth**, Unterlassungsdelikt, s. 32-33.

³⁵⁸ **Lewinsky**, s. 23; **Zaczyk** Rainer, Das Unrecht der versuchten Tat, Schriften zum Strafrecht, Heft 180, Berlin 1989, s. 55.

³⁵⁹ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 22.

hazırlık hareketlerinden ayrımı da objektif alanda yapılmalıdır³⁶⁰. Bu doğrultuda teşebbüsün objektif yönüne vurgu yapan teori, teşebbüs neticesinde suçla korunan hukuki değer için tamamlanmış bir suçun ortaya koyduğu etkiye yakın bir etkinin ortaya çıkmasını aramaktadır³⁶¹. Teşebbüsün cezalandırılmasının hukuki sebebi, failin iradesinde değil, aksine tipik neticenin gerçekleşmesine yakın tehlikede bulunmaktadır³⁶². Dolayısıyla objektif teoriye göre, subjektif tipikliğin gerçekleşmesinde bulunan motivasyon haksızlığı (*Motivationsunrecht*) teşebbüsün cezalandırılabilirliğini gerekçelendirmek için yeterli değildir. Teşebbüs de tamamlanmış suç gibi objektif hukuka aykırı bir olay gerektirmektedir. Bu olay da tipikliğin gerçekleşmesi tehlikesidir³⁶³. Tamamlanmış bir fiil ilgili hukuki yararın ihlalini teşkil ettiğine göre, teşebbüs edilen fiille de en azından hukuki yararın ihlali ihtimalinin ortaya çıkması gereklidir³⁶⁴. O hâlde teşebbüs, netice haksızlığının oluşma ihtimalinin yüksek olması nedeniyle cezalandırılmaktadır³⁶⁵. Niceliksel olarak, teşebbüs aşamasında kalan bir suçun objektif tehlikeliliği tamamlanmış bir suçunkinden daha az olmakla birlikte, önemli olan teşebbüs fiilinin objektif tehlikeli olarak nitelendirilebilmesidir³⁶⁶. Bununla birlikte objektif tehlikelilik, prensip olarak sadece icranın başlangıcı ile teşebbüs hareketinin elverişliliğinde söz konusu olduğu için, objektif teorinin hazırlık hareketi nedeniyle teşebbüsün cezalandırılabilirliğini sınırlamasına ve mutlak elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini kabul etmemesine yol açar. Ayrıca objektif teori, netice haksızlığının eksikliği nedeniyle, teşebbüs açısından zorunlu ceza indirimi sonucuna ulaşmaktadır³⁶⁷. Örneğin; bu teori, şantaj suçu açısından bir malvarlığı tehlikesi, ancak tehdit içeren bir mektubun şantaj mağduruna gönderilmesiyle ortaya çıktığı için; bununla, teşebbüs aşamasını

³⁶⁰ **Jescheck/Weigend**, § 49 II, s. 512-513; **Langels** Harald, Die Strukturen des Strafrechts, Strafrecht AT 2, Allgemeine Lehren der Straftat, 6., überarbeitete und erweiterte Auflage, Bonn 2017, § 38, s. 38.

³⁶¹ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 22.

³⁶² **Jescheck/Weigend**, § 49 II, s. 513.

³⁶³ **Frister**, kn. 23/1.

³⁶⁴ **Lewinsky**, s. 23.

³⁶⁵ **Jescheck/Weigend**, § 49 II, s. 513.

³⁶⁶ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 23.

³⁶⁷ **Jescheck/Weigend**, § 49 II, s. 513; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 23; **Aydın D.**, s. 90.

başlatır³⁶⁸. Mermi yüklü ancak emniyetteki bir tabancanın kavranması, sadece fail onu pek yakında ateşleme niyetindeyse bir nitelikli insan öldürmeye teşebbüstür³⁶⁹.

Sübjektif teori taraftarlarınınca ise, objektif yönden tamamlanmamış olan teşebbüsün cezalandırılmaya değerliğinin sübjektif açıdan gerekçelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Teşebbüsün objektif yönünün eksik olması, önemli olan failin hukuki değere ve hukuka düşman iradesi olduğu için, failin fiilinin cezalandırılmaya değerliğini ortadan kaldırmaz. Yani, *suç teşkil eden bir fiilin özünü hukuka düşman antisosyal iradenin açığa vurulmasında (Betätigung des rechtsfeindlichen antisozialen Willens)* (hukuk düzenine karşı gelme) gördükleri için, bu açığa vurmanın nitelik ve biçimine pek değer atfetmezler ve objektif tipiklik alanında yapılan hazırlık, teşebbüs, tamamlanma aşamaları arasındaki ayrıma da cezalandırmaya değerlik açısından büyük bir anlam yüklemeler³⁷⁰. Önemli olan fiil ile suçun konusunun tehlikeye düşürülmesi değil, kastın açığa vurulmasıyla gerçekleşen hareketin haksızlığıdır³⁷¹. Başka bir ifadeyle, teşebbüsün cezalandırılması sübjektif tipikliğin gerçekleşmesindeki motivasyon haksızlığından kaynaklanmaktadır (*Motivationsunrecht*)³⁷². Bu temelde, gerek elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması gerekse teşebbüs aşamasında kalan suçlar ile tamamlanmış suçların ortaya koydukları hukuki sonuçların niteliği ve kapsamı bakımından eşit tutulması makul ve adil olmaktadır³⁷³.

Böylelikle, teşebbüsün cezalandırılma sebebine ilişkin (çeşitli nüans ve kombinasyonlarla) savunulan ceza hukukundaki iki ana görüş genel hatlarıyla özetlenmiş olmaktadır. Bu iki ana eğilim (*objektif teori* ve *sübjektif teori*) arasında orta bir yol bulmaya gayret eden teoriler de üçüncü bir grup olarak *uzlaştırıcı (karma) teoriler* şeklinde ifade edilmektedir. Uzlaştırıcı teoriler, aslında *objektif-sübjektif teoriden* hareket etmektedirler; ancak, söz konusu teoriye, teşebbüsün

³⁶⁸ RG 30,98 (99).

³⁶⁹ RG 68, 339 (340).

³⁷⁰ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 22-23.

³⁷¹ **Langels**, § 38, s. 38. *Jescheck/Weigend*, burada “*objektif-sübjektif teori (objektive-subjektive Theorie)*” ve “*saf sübjektif teori (rein subjektive Theorie)*” ayrımı yapmaktadır. Buna göre, teşebbüsü hukuka düşman iradenin açığa vurulması, yani kastın ortaya konmasıyla gerçekleştirilen hareketin haksızlığı olarak açıklayan görüşü objektif-sübjektif teori olarak ifade etmektedir. Salt hukuka düşman iradeyi, yani failin düşüncesini cezalandırma için temel ölçüt alan anlayışı da saf sübjektif teori olarak açıklamaktadır. (**Jescheck/Weigend**, § 49 II, s. 513. Benzer yönde bkz. **Murmann**, § 28, kn. 30-31).

³⁷² **Friester**, kn. 23/1.

³⁷³ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 22.

cezalandırılmaya değerliğini açıklayan ilave bir unsur eklemektedirler. Uzlaştırıcı teorilerden biri olan *etki teorisine* göre, teşebbüsün cezalandırılma sebebi, bir davranış normuna karşı olan ve açığa vurulmuş suç işleme iradesidir, bununla birlikte böyle bir fiil, ancak toplumun hukuk düzeninin varlığına olan güvenini sarsmış olması (*rechtserschütternder Eindruck*) ve hukuki güvenlik duygusu ile birlikte hukuki barış ortamını olumsuz etkilemiş olması şartıyla cezalandırılmaya değer kabul edilecektir³⁷⁴. Bunun dışında, bu gruba dâhil olan bir diğer teori olan *fail teorisi* ise, teşebbüsün cezalandırılma sebebini, ilave unsur olarak, failin tehlikeliliği (*die Gefährlichkeit des Täters*) ile gerekçelendirmektedir. Burada teori, failin suçun konusunu tehlikeye düşürme iradesinin bulunmasına dayanmaktadır. Bunların dışındaki uzlaştırıcı teoriler de teşebbüsün objektif ve sübjektif unsurlarını farklı şekillerde birleştirmektedir. Uzlaştırıcı teoriler, hazırlık hareketleri ile teşebbüs aşamasının ayırımında sübjektif ve objektif ölçütlerin kombinasyonuna, ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüsün cezasızlığına ve takdiri ceza indirimine yol açar³⁷⁵.

Görüldüğü üzere, teşebbüsün cezalandırılma sebebini açıklayan bu teorilerden hangisinin tercih edildiği, *teşebbüs durumunda kanunda bir ceza indiriminin öngörülmesinin gerekip gerekmediği, eğer bir indirim öngörülecekse bunun takdiri mi zorunlu mu olması gerektiği, bir suçun icraya başlama anının nasıl tespit edileceği ve elverişsiz teşebbüsün cezalandırılıp cezalandırılmayacağı* gibi pek çok sorunun cevabı açısından belirleyici olmaktadır³⁷⁶.

Bu başlık altında, teşebbüsün cezalandırılma sebebine ilişkin yaklaşımlarının yansıtılması amacıyla genel hatlarıyla ele alınan bu teoriler, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirlik sorunu bağlamında ileride ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

³⁷⁴ Kindhäuser, § 30, kn. 9; Jescheck/Weigend, § 49 II, s. 514; Frister, kn. 23/4; Murmann, § 28, kn. 31; Beckemper, § 22, kn. 5; Langels, § 38, s. 38.

³⁷⁵ Jescheck/Weigend, § 49 II, s. 514.

³⁷⁶ Öztürk/Erdem, kn. 633, s. 367; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 449.

2. Türk ve Alman Ceza Kanunlarının Teşebbüs Konusunda Benimsediği Teorilere Bakış

a. Türk Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori

Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasında, “*kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması*”ndan söz edilmektedir. Dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu'nda, kişinin kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması, teşebbüsün bir koşulu olarak aranmaktadır. Böylece, suçun icrasına başlanmış sayılması için işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması gerekliliği de ifade edilmiş olmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise teşebbüsün “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacağından*” söz edilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu düzenleme, Türk ceza hukukunda teşebbüsün cezalandırılmaya değerliğinin, fiilin suçun maddi konusu için ortaya çıkardığı zarar veya tehlikede, yani netice haksızlığında görüldüğünü açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nda teşebbüs aşamasında kalan suçlar için, suçun tamamlanmış şekline göre zorunlu bir ceza indirimini öngörülmüş, sadece yapılacak bu ceza indiriminin oranını belirleme bakımından hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Yine çalışmamızın başından beri defalarca tekrar ettiğimiz gibi, Türk Ceza Kanunu'nda elverişsiz teşebbüse ilişkin bir hüküm de düzenlenmiş değildir. Kanunun gerekçesinde, teşebbüse ilişkin subjektif ölçütün, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı nedeniyle cezalandırılmasına kadar varabilecek bir uygulamaya yol açabilecek olması nedeniyle tercih edilmediği de açıkça ifade edilmiştir³⁷⁷. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin, klasik teori olarak da adlandırılan *objektif teori* temelinde kurulmuş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

³⁷⁷ Bkz. *Türk Ceza Kanunu m. 35'in gerekçesi*.

b. Alman Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori

Alman Ceza Kanunu'nda teşebbüs, kanunun genel hükümler kısmında, 22 ila 24. maddeleri arasında düzenlenmektedir³⁷⁸.

Alman ceza hukuku sistemi, teşebbüs bakımından sübjektif ağırlıklı bir yaklaşımın hâkim olduğu ceza hukuku sistemlerinden biridir. Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüs kavramının tanımını yapan 22. maddesinden ve teşebbüsün cezalandırılabilirliği başlıklı 23. maddesinden bu hususa ilişkin bir çıkarımda bulunulabilir. Özellikle, ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs kavramının yer aldığı 23. maddesinin 3. fıkrası, Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüs konusundaki sübjektif anlayışını kanıtlar niteliktedir.

Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesi, *“her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suçun gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır”* şeklinde bir düzenleme getirmektedir. Bu bağlamda, Alman Ceza Kanunu teşebbüste sübjektif koşul olarak bir *“suç işleme kararı (Tatentschluß)”* aramaktayken, objektif koşul olarak *“doğrudan doğruya icraya başlama (unmittelbar Ansetzen)”* kriterini getirmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 2. fıkrası ise, teşebbüs aşamasında kalan suçların tamamlanmış suçtan daha hafif cezalandırılabilceğini düzenlemektedir. 23. maddesinin 3. fıkrasına göre ise, *“fail ağır bir bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdirenden indirebilir.”* Teşebbüs durumunda ceza indiriminin hâkimin takdirine bırakılmış olması ve elverişsiz teşebbüsün özel bir hâli olan ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs durumunda, kural olarak cezalandırılabilirliğin kabul edilip cezadan vazgeçmenin ve ceza indiriminin hâkimin takdirinde olması, sübjektif anlayışın sonuçları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, Alman ceza hukuku doktrininde, Alman kanunkoyucusunun teşebbüsün cezalandırılma sebebine ilişkin olarak *etki teorisi (Eindruckstheorie)* kapsamında, sübjektif ve objektif teorilerin kombinasyonu

³⁷⁸ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn.1; **Joecks/Jäger**, Vor. § 22, kn.1; **Radtko**, s. 879; **Rengier**, § 33, kn. 3.

(*gemischt subjektive-objektive Theorie*) olan bir anlayışı benimsediği ifade edilmektedir³⁷⁹.

Alman ceza hukukundaki teşebbüs türleri, *şematik olarak* şu şekilde gösterilebilir:

<i>Gerçek Dışı (Batıl İnanca Dayalı) Teşebbüs</i> <i>(irrealer Versuch = abergläubischer Versuch)</i>		Cezasız
<i>Elverişsiz Teşebbüs</i> <i>(untauglicher Versuch)</i>	<i>Ağır Bilgi ve Anlama Eksikliğine Dayalı Elverişsiz Teşebbüs (grob unverständlich)</i>	Kural olarak: Cezalandırılabilir, cezadan vazgeçme veya ceza indirimi (takdiri) (Alm. CK. m. 23/3)
	<i>Normal Elverişsiz Teşebbüs (normal)</i>	Cezalandırılabilir (Alm. CK. m. 23/1, 2) (teşebbüs indirimi takdiri)
<i>Elverişli Teşebbüs</i> <i>(tauglicher Versuch)</i>		

Şema-2³⁸⁰

III. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN HAKSIZLIĞI VE TEORİLERİN CEZALANDIRILABİLİRLİK SORUNUNA YAKLAŞIMLARI

A. Genel Olarak

Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorunu, başka bir ifadeyle bu konunun ceza hukukunda nasıl ele alınması gerektiği, teşebbüsün hangi nedenlerle cezalandırılmaya değer görüldüğü konusuna bağlıdır³⁸¹. Dolayısıyla teşebbüsün cezalandırılma sebebini baz aldıkları düşüncelerle farklı şekillerde açıklayan teoriler, ileri sürdükleri bu düşünceler temelinde elverişsiz teşebbüsün

³⁷⁹ **Heinrich**, AT, § 21, kn. 633; **Krey/Esner**, § 41, kn. 1204; **Hilgendorf/Valerius**, § 10, kn. 2; **Fischer**, § 22, kn. 7; **Rengier**, § 35, kn. 1; **Hauf**, s. 141; **Freund**, § 8, kn. 10; **Rengier**, § 33, kn. 4; **Murmann**, § 28, kn. 31.

³⁸⁰ *Şemanın yapımında yararlanılan eser için bkz. Ebert*, s. 126.

³⁸¹ **Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 530.

haksızlık içeriğine verdikleri anlam ile cezalandırılabilirlik sorununa ilişkin olarak da farklı çözümlere ulaşmışlardır.

Biz burada çalışma konumuz özelinde teorileri açıklarken, yukarıda genel hatlarıyla ele alınan teorilerin elverişsiz teşebbüs konusundaki düşüncelerini ifade etmeye çalışacağız.

B. Klasik (Objektif) Teori

1. Teorinin Esası

İtalya’da *Romagnosi* tarafından ortaya atılan objektif (klasik) teori, *Feuerbach*, *Mittermaier*, *Rossi*, *Carrara*, *Carmignani* ve *Ortolan* tarafından geliştirilmiştir³⁸². Sonraki dönemde ortaya çıkan tüm teoriler, bu teoriye dayanmaktadır³⁸³. Özellikle, daha sonra ortaya çıkan tehlike teorileri, tarihsel olarak *Feuerbach*’a kadar geriye uzandığından bu teori, “*klasik teori*” olarak adlandırılmaktadır³⁸⁴.

Başlangıçta subjektif görüş yanlısı olan *Feuerbach*, önceleri elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini savunmuşsa da sonrasında ortaya koyduğu düşüncelerle objektif teorinin Almanya’daki en önemli temsilcisi olmuştur³⁸⁵. *Feuerbach*’a göre, eğer bizatihi hareket harici niteliği gereği (dolaylı veya doğrudan, az veya çok) amaçlanan suç ile sebep-sonuç ilişkisi (nedensellik bağlantısı) içinde bulunuyorsa, yani objektif olarak tehlikeliyse, bu amaçsal dışı yansımış hareketin kendisi bir ihlal niteliği taşır ve cezalandırılabilir³⁸⁶. *Feuerbach*’ın ortaya attığı bu önerme, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği konusunda görüş ayrılıklarının başlangıç noktasını oluşturmuştur³⁸⁷.

³⁸² Teorinin ilk defa *Feuerbach* tarafından ortaya atıldığını ifade eden görüşler de mevcuttur (**Alacakaptan**, *İşlenemez Suç*, s. 44). **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 163, s. 160; **Demirbaş**, s. 485).

³⁸³ Teori, eski tehlike teorisi (*ältere Gefährlichkeitstheorie*) olarak da ifade edilmektedir (**Timpe Gerhard**, “Untauglicher Versuch und Wahndelikt”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 125, Issue 4, May 2014, s. 755).

³⁸⁴ **Lewinsky**, s. 24.

³⁸⁵ **Lewinsky**, s. 24.

³⁸⁶ **Feuerbach** Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, herausgegeben von Mittermaier, Zwölfte Originalausgabe, Giessen 1836, § 42, s. 47.

³⁸⁷ **Delaquis** Ernst, *Der untaugliche Versuch, ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin 1904, s. 64; **Lewinsky**, s. 24.

Bugün Alman ceza hukuku doktrininde pek fazla taraftara sahip olmamakla birlikte, *Feuerbach* tarafından temellendirilen teori, teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilmede, failin hareketi ile suçun maddi konusunun tehlikeye düşürülmesine sebebiyet verilmiş olmasını aramaktadır³⁸⁸. Objektif teori, fiilin cezalandırılabilirliğinin esas sebebi olarak neticenin haksızlığından (*Erfolgsunrecht*) hareket etmektedir³⁸⁹. Hukuk ve ahlakın birbirinden ayrılması ve hukuki konuların çözümlenmesinde ahlaki endişelerin rol oynamaması gerekliliğini savunan teori taraftarları, bu doğrultuda bir netice haksızlığı meydana getirmeyen elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılmayacağını ifade etmişlerdir³⁹⁰.

Klasik (objektif) teoriye göre; aracın elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu sebebiyle zarar verme gücüne sahip olmayan hareketlerle gerçekleşmesi imkânsız olana teşebbüs eden kimsenin cezalandırılması, fiili herhangi bir hakkı, görevi veya anlaşmayı ihlal etmediği için haksız olacaktır³⁹¹. Cezalandırmanın amaçlarını ortaya koyan önleyici teoride genel önleme amacına göre kişi, henüz suç işlememiş kişiler tarafından başka suçların işlenmesini engellemek için cezalandırılır. Genel önleme, ceza tehdidi ve cezanın infazıyla ileride suç işleyecek üçüncü kişileri korkutarak suç işlemekten alıkoyma etkisi gösterir³⁹². İşte gerçekleşmesi imkânsız olana teşebbüs eden kimsenin fiili, daha sonra başkaları tarafından tekrarlanırsa da cezalandırılması anlamsızdır. Çünkü, kişi ya aynı zararsız hareketleri tekrarlamaya teşebbüs edecek ya da hareketleri cezalandırılabilir teşebbüs alanına dâhil olacaktır³⁹³.

19. yüzyılın ortalarında *Mittermaier*, ortaya koyduğu bir ayrımla teoriye farklı bir bakış açısı kazandırmıştır. *Mittermaier*'in öğretisinin temelini oluşturan *mutlak ve nisbi elverişsiz teşebbüs (absolut und relativ untauglicher Versuch)* ayrımı, *Feuerbach*'ın natüralist ceza anlayışına dayanmaktadır³⁹⁴. *Feuerbach*, “*hukuka aykırı hareket olmadan medeni bir cezalandırmanın mümkün olmadığını; hareketin de ancak bir hakka zarar verdiği veya onu tehlikeye düşürdüğü zaman hukuka aykırı*

³⁸⁸ **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 40 I, kn. 26; **Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 530; **Kohn**, s. 20-21; **Demirbaş**, s. 485.

³⁸⁹ **Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 530.

³⁹⁰ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 44; **Demirbaş**, s. 485; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 480.

³⁹¹ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 44; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 480.

³⁹² **Yüce**, s. 5; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 585-586; **Demirbaş**, s. 572.

³⁹³ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 44.

³⁹⁴ **Timpe**, s. 756; **Lewinsky**, s. 24.

olacağını” söylemektedir³⁹⁵. *Feuerbach*’a göre, hukuka aykırı amaç güdülmesi, harekete tek başına hukuka aykırılık özelliği kazandırmaz. Tedavi edici bir şeyin zehir zannedilerek verilmesi, bir cesedi öldürmeye teşebbüs ve benzeri durumları suç olarak değerlendiren kişi, ahlak ile hukuku birbirine karıştırmaktadır³⁹⁶.

Feuerbach gibi cezalandırmanın sebebini “objektif tehlike yaratılması” olarak gören *Mittermaier*³⁹⁷, ayrımını oluştururken, her teşebbüsün bir bakımdan elverişsiz olduğundan (failin ateşlediği kurşunun ani ve şiddetli rüzgâr nedeniyle yön değiştirerek isabet etmemesi veya bir kapkaççının yoldan geçen kişinin boş çantasını kavraması örneklerinde olduğu gibi); ancak aynı şekilde cezalandırılabilir olmadığından yola çıkmaktadır³⁹⁸. Nitekim *Mittermaier*, söz konusu ayırım aracılığıyla, farklı cezalandırmaya değerlik ölçütleri ortaya koymaya çalışmıştır:

Mittermaier cezalandırmanın sebebini seçilen araçların neden olduğu objektif tehlikede görmektedir. Bu bağlamda, araçların mutlak ve nisbi elverişsizliği ayrımını yapmaktadır³⁹⁹. Mutlak ve nisbi elverişsizlik arasındaki ayırım için ölçüt, *ex-post* bakış açısıdır⁴⁰⁰. *Mittermaier*’in mutlak ve nisbi elverişsizlik ayrımı, sadece araç ile sınırlandırılmıştır. Suçun maddi konusunu kapsamayan bir ayırım olduğu için, suçun konusundan kaynaklanan elverişsizlik durumu cezasız kalmıştır. Daha sonra, *Berner* ve *Carrara*, bu ayrımı suçun konusunu da kapsar bir hâle getirmiştir⁴⁰¹.

Mutlak elverişsiz teşebbüs durumunda, fiil anında zaten ölü olan birine ateş ederek öldürmeye teşebbüs örneğinde olduğu gibi, gerçekleştirilen hareket koşullardan bağımsız olarak tehlikesizdir. Nisbi elverişsizlik hâlinde ise failin hareketi, planını dayandırdığı (planına esas aldığı) durumda tehlikesiz olmasına karşın, başka koşullarda tehlikeli olabilecektir⁴⁰². Çelik yelek giymiş kişiye ateş edilmesi veya etkili dozda zehir verilen mağdurun tesadüfi olarak kusması durumları buna örnektir⁴⁰³.

³⁹⁵ **Feuerbach**, § 42, s. 48; **Timpe**, s. 755.

³⁹⁶ **Feuerbach**, § 42, s. 48.

³⁹⁷ **Lewinsky**, s. 25.

³⁹⁸ Her teşebbüsün aynı şekilde cezalandırılabilir olmadığına, Alman Ceza Kanunu m. 23/3’te yer alan ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs (*der grob unverständige Versuch*) durumunda, cezadan vazgeçilebilecek olması örnek verilmektedir (**Timpe**, s. 755).

³⁹⁹ **Albrecht** Peter, *Der untaugliche Versuch*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Stuttgart 1973, s. 8; **Kohn**, s. 23; **Delaquis**, s. 78-79; **Lewinsky**, s. 25.

⁴⁰⁰ **Welzel**, § 24, s. 192.

⁴⁰¹ **Delaquis**, s. 78-79; **Lewinsky**, s. 25; **Albrecht**, s. 8; **Kohn**, s. 23.

⁴⁰² **Mezger**, § 53, s. 392; **Timpe**, s. 755.

⁴⁰³ **Mezger**, § 53, s. 392.

Hiçbir koşulda amaçlanan suçu gerçekleştiremeyen, mutlak elverişsiz hareketler cezasızdır, çünkü bu hâlde teşebbüs yoktur. Nisbi elverişsiz hareketler ise, zarar verme tehlikesi doğurdıklarından teşebbüs nedeniyle cezalandırılmalıdır⁴⁰⁴. Bu nedenle mutlak surette elverişsiz ve açık bir şekilde yetersiz olan hareketler ile elverişli fakat somut neticeyi doğurmayan nisbi elverişsiz hareketlerin birbirinden ayrılması gerekmektedir⁴⁰⁵.

Klasik objektif teori, suçu hukuka aykırı fiile sebebiyet verme olarak anlamaktadır. Ceza, suçluya ızdırap ve acı verme ile sınırlı olmayan, dışa dönük bir amaca sahiptir. Kişi suç işlediğinde cezalandırılmak zorundadır, insanın doğuştan gelen kişiliği onu koruduğu için, insan asla bir başkasının amaçlarına araç olarak kullanılamaz ve nesne konumuna getirilemez. Bununla birlikte *Feuerbach*, cezalandırmanın sosyo-psikolojik etkisinden de vazgeçmek istemez. Tüm medeni cezaların varlığının ortak hukuki gerekçesi, hukuki durum (*der rechtliche Zustand-status iuridicus*) için bir tehlikenin önlenmesi gerekliliğidir. Cezalandırmada devletin diğer kişileri benzer hareketlerden caydırmaktan başka amacı yoktur. Bu nedenle suç ve ceza farklı dünyalara aittir: Olay örneği olarak suç dış dünyaya aitken; cezanın amacı, kanunun yerine getirilmesinden ve adaletin sağlanmasından başka bir şey olamayacak ve böylelikle kanunla çelişmeyecektir⁴⁰⁶.

2. Teorinin Eleştirisi

Cezalandırma için objektif bir tehlike arayan teorinin, bu suretle cezalandırılabilir teşebbüsün alanını aşırı derecede daralttığı ifade edilmektedir. Keza bu teori esas alındığında, objektif bir tehlike ortaya koymayan ve elverişsizliğin tesadüften kaynaklandığı durumların cezasız kalabileceği belirtilmektedir⁴⁰⁷.

Teoriye göre elverişsizlik, suçta kullanılan araçlardan veya suçun maddi konusunun yokluğundan kaynaklanabilir. Elverişsizliğin suçun maddi konusuna

⁴⁰⁴ **Lewinsky**, s. 25; **Timpe**, 755; **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 165, s. 161; **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, s. 90; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 482.

⁴⁰⁵ **Timpe**, s. 756.

⁴⁰⁶ Bu suretle, suç ve ceza arasındaki fonksiyonel bağlantının kaybolduğu ifade edilmektedir. Bu eleştiri uyarınca *Feuerbach*, failin davranışını hukukun geçerliliğinde ve cezayı da hukuki durumun yeniden sağlanmasında göz önünde bulundurmayarak, hak gerçekliğini sadece normun psikolojik etkisine indirgemiş olmaktadır (**Timpe**, s. 756).

⁴⁰⁷ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 47; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 461; **Doğan**, Tipiklik, s. 204.

ilişkin olduğu hâllerde, geçici yokluk söz konusu ise; örneğin failin, yatak odasında olduğunu zannettiği mağdurun az önce lavaboya gitmek için failin ateş ettiği odadan ayrılmış olması durumunda nisbi elverişsizlik söz konusu olduğu için teşebbüs aşamasında kalan bir suç söz konusudur. Çünkü fail hareketlerine devam etseydi o anda orada olmayan mağdurun odaya dönebilme ihtimali söz konusudur⁴⁰⁸. Buna karşılık, her gece belirli bir saatte uyumayı alışkanlık hâline getirmiş bir kimsenin bu alışkanlığını bilen bir kişi, onu öldürmek maksadıyla silahını ateşlemesine rağmen, mağdurun o gece tesadüfen evde olmaması nedeniyle öldürülememesinde objektif bir tehlike söz konusu olmadığı için fail cezalandırılmayacaktır⁴⁰⁹. Bu örnekte de suçun maddi konusunun tesadüfi yokluğu söz konusudur. İkinci örnekte teorinin cezalandırma için aradığı objektif tehlike bulunmadığı için, ikinci örnekteki fail açısından elverişsiz bir teşebbüs söz konusu olacaktır.

Teoriye göre mutlak yokluk, failin suç işleme amacının gerçekleşmesini olanaksız kılan yokluktur⁴¹⁰. Örneğin, teoriye göre gebe olmayan bir kadına karşı çocuk düşürtme suçunun işlenmeye çalışılmasında, hırsızın boş çantadan bir şey çalmaya veya failin ölü bir kişiyi öldürmeye çalışmasında mutlak yokluk söz konusudur⁴¹¹. İlk durum açısından sorun olmasa da ikinci durumda mutlak bir yokluğun varlığından söz edilebilecek midir? Failin hırsızlık yapma amacıyla el attığı çantanın boş olması, hayatın olağan akışına uygun değildir. Teoriye göre objektif bir tehlike yaratmayan, suçun maddi konusunun yokluğunun tesadüften kaynaklandığı bu durum, teşebbüs oluşturmayacaktır.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında⁴¹², *sanığın arkadaşıyla birlikte geceleyin şikâyetçinin lokantasına para çalmak amacıyla girdiği, ancak boş*

⁴⁰⁸ **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 317; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 484; **Doğan**, Tipiklik, s. 204.

⁴⁰⁹ **Taner**, s. 283; **Demirbaş**, s. 485-486.

⁴¹⁰ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 115-116; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 484.

⁴¹¹ **Albrecht**, s. 8; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 461; **Doğan**, Tipiklik, s. 204.

⁴¹² “Hırsızlıkta maddi konu, taşınır mal olup, suç anında onun varlığı ya da yokluğu, eylem sonrası değil, eylem öncesi bir değerlendirmeyle her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanması gerekir. Bu saptanmada varılan olumsuz sonuç, yani maddi konunun kesin olarak yokluğu, işlenemez (muhal, imkânsız) suç; olumlu sonuç, yani maddi konunun nisbi yokluğu ise, eksik kalkışma aşamasında kalmış suç uygulamasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşının girdiği lokantadaki masa çekmecesinde para bulunması, yukarıdaki ölçülere ve ortak deneyimlere göre, doğal ve olağandır. O yüzden suç anında paranın çekmecedeki bulunmaması, maddi konunun niteliğine göre, mutlak değil, nisbi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez (muhal, imkânsız) suç bulunduğu ileri sürülmeyecek ve eylem hırsızlığa eksik kalkışma suçunu

çekmece de para bulamadığı, arkadaşının karnını doyurmak için mutfığa giderken bekçilerin düdük çalması üzerine kaçtığı, sanığın ise yakalandığı olayda, suç anında çekmece de para bulunmamasının (yani suçun maddi konusunun yokluğunun), suçun maddi konusunun niteliğine göre mutlak değil, nisbi anlamda bir yokluk olduğunu belirterek, olayda hırsızlığa teşebbüsün gerçekleştiğini kabul etmiştir.

Teoriye yönelik olarak, konunun geçici yokluğu ile mutlak yokluğunun birbirinden mantıklı bir biçimde belirgin olarak ayırt edilmesinin mümkün olmadığı eleştirisinde bulunulmuştur. Bu anlamda, pratik gereklerle bu iki durumu birbirinden ayırt etme ihtiyacı duyan teorinin, kesin ölçütler ortaya koyamadığı ve bu nedenle kuramsal bir esasa dayanmadığı için yetersiz olduğu ifade edilmiştir⁴¹³.

Teori, mutlak ve nisbi elverişsizlik ayrımını yaparken izlediği yönetime ilişkin olarak da eleştirilmektedir. Bu ayırmda, suçun konusu veya suçta kullanılan aracın *objektif olarak elverişliliklerinin sınanması suretiyle* sonuca varılacağını ifade eden teori, somut olayın özelliklerini dikkate almamaktadır⁴¹⁴. Bir hareketin elverişli olup olmadığı belirlenirken, hareket noktasının somut olayın özellikleri olması gerektiği ifade edilmektedir⁴¹⁵. Objektif soyut değerlendirmeye elverişli görünen bir hareketin, somut olayda mevcut objektif ve sübjektif sebepler nedeniyle elverişsiz hâle gelebilmesi veya tam tersi yani soyut olarak elverişsiz bir hareketin somut olayda zararlı veya tehlikeli bir sonuca yol açabilmesi mümkündür⁴¹⁶. Örneğin; objektif soyut bir değerlendirme ile kasten öldürme suçu açısından elverişsiz bir araç olarak belirlenen şeker, somut olayda şeker hastası olan bir mağdura verilmesi durumunda elverişli hâle gelir.

oluşturacaktır.” (6. CD., 14.6.1983, 4019/5620, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı; Dönmezer/Erman, C. II, kn. 174, dn. 774, s. 167; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 483).

⁴¹³ Hafizoğulları/Özen, Genel, s. 318; Doğan, Tipiklik, s. 204.

⁴¹⁴ Albrecht, s. 10; Doğan, Tipiklik, s. 204.

⁴¹⁵ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 47; Hafizoğulları/Özen, Genel, s. 317.

⁴¹⁶ Erem, s. 658; Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 48.

C. Tipiklikte Eksiklik (Hukuki İmkânsızlık) Öğretisi

1. Genel Olarak

Hukuki imkânsızlık öğretisi olarak da adlandırılan tipiklikte eksiklik öğretisine (*die Lehre vom Mangel am Tatbestand*) ilişkin olarak, “*eski tipiklikte eksiklik öğretisi*” ve “*yeni tipiklikte eksiklik öğretisi*” şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Eski tipiklikte eksiklik öğretisi, daha sonra ortaya atılan tipiklikte eksiklik öğretisi ile bazı temas noktalarına sahip olmakla birlikte, bu iki öğretinin birbirinin bir dönüşümü olmadığı veya birbirinin sonucu olarak ortaya çıkmadığı ifade edilmektedir⁴¹⁷.

Tipiklikte eksiklik öğretisine ilişkin yapılan bu ikili ayırma paralel olarak, öncelikle eski tipiklikte eksiklik öğretisine, daha sonra da yeni tipiklikte eksiklik öğretisine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

2. Eski Tipiklikte Eksiklik Öğretisi

Eski tipiklikte öğretisinin kurucusu, objektif öğretinin de öncüsü olan *Feuerbach*'tir⁴¹⁸.

Feuerbach'ın da savunduğu gibi öğretisi, kanunun belirli unsurların bir araya toplanmasının karşılığı olarak bir ceza kötülüğü belirlemesine ve böylelikle bu kötülüğün derecesini de her bir unsurun bir araya gelmesine bağlamış olduğu esasına dayanmaktadır. Yani öğretiye göre, kanunkoyucunun düşüncesinde suçun her bir unsuru, belirli bir kötülük miktarına karşılık gelmektedir. Bu da bir araya gelen tüm unsurları ifade eden toplam cezanın bir kısmıdır. Başka bir ifadeyle, unsurların tümü, belirlenmiş tam cezaya eşitken; sadece bir kısmı, toplam üzerinden belirlenen cezanın bir kısmına eşittir. Eğer kanuni unsurlar tam olarak mevcut değilse, verilecek cezanın da eksik unsurlara karşılık gelen ölçüde azaltılması gerekir (*hafifletilmiş ceza ilkesi*). Öğretisi, kanunun cezai yaptırıma bağladığı fiilin yasal olarak belirlenmiş

⁴¹⁷ **Schüler**, s. 41.

⁴¹⁸ **Schüler**, s. 41; **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 49.

unsurlarının eksikliğinin hafifletici sebep olmasını, ceza kanununun mahiyetinin bir gereği olarak görmektedir⁴¹⁹.

Öğretinin benimsediği hafifletilmiş ceza ilkesine göre, şu iki hâlde cezada indirimin söz konusu olması gerekir⁴²⁰:

1- Fiilin kanuni unsurlarının yokluğu hukuken kesin ise: *tipiklikte eksiklik (Mangel an dem Tatbestande)*,

2- Fiilin kanuni unsurlarının tümünün varlığına ilişkin hukuki kesinlik yoksa; yani unsurların bir kısmının varlığı ispatlanmış, diğer bir kısmının varlığı hukuken şüpheliyse: *tipikliğin belirsizliği (Ungewißheit des Tatbestandes)*.

Eski tipiklikte eksiklik öğretisi, suç kavramına ilişkin kanunun gerektirdiği unsurların tamamının suç tipini oluşturduğu, bu unsurlardan biri eksik olduğunda veya varlığı ispatlanamadığında zaten bir suç işlenmemiş olacağı için indirim yapılacak bir cezadan da bahsedilemeyeceği gerekçesiyle *Kleinschrod* ve *Mittermaier* tarafından eleştirilmiştir⁴²¹. Bu eleştirilerin haklılığı *Feuerbach*'ın görüşünü önemli ölçüde sınırlandırmasına neden olmuş ve fiilin cezalandırılabilirliği eksik veya şüpheli unsura tamamen bağlıysa veya bu unsurun yokluğu durumunda fiil kanundaki diğer bir suçu oluşturuyorsa artık tipiklikte eksikliğinin hafifletici sebep olarak uygulanamayacağını ifade etmiştir. Bu sınırlandırmayla tipiklikte eksiklik öğretisi, muhalifleri tarafından şiddetle eleştirilmiş olmasına rağmen 1840'lara kadar varlığını sürdürmeyi başarmıştır⁴²².

3. Yeni Tipiklikte Eksiklik Öğretisi

a. Teorinin Esası

Teşebbüsü tamamen cezasız bırakmak istemeyen objektif teorinin mutlak ve nisbi elverişsiz teşebbüs arasında ayırım yapan ikili bir anlayışa mecbur kalmış olması ve bu ayırımın da mantık olarak tutarlı olmaması, Alman hukukçularını 18. yüzyılın sonlarında başka bir bakış açısı arayışına yöneltmiştir. Bu da tipiklikte

⁴¹⁹ **Schüler**, s. 41.

⁴²⁰ **Schüler**, s. 41-42.

⁴²¹ **Schüler**, s. 42; **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 49.

⁴²² **Schüler**, s. 42.

eksiklik öğretisi olmuştur⁴²³. Öğretinin başlıca temsilcileri *Graf zu Dohna, Reinhard Frank, Mezger*⁴²⁴ ve *Liszt/Schmidt*⁴²⁵ olarak ifade edilmektedir⁴²⁶.

Tipiklikte eksiklik öğretisi, elverişsiz teşebbüs grubu içindeki, cezalandırılabilir görülen ve cezasız kalması gereken iki durumu birbirinden ayırma çabasının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır⁴²⁷. Alman ceza hukukunda teşebbüs öğretisinde objektif yaklaşımın hâkim olduğu zamanlarda (1930'lu yıllar), tipiklikte eksiklik öğretisi çok fazla ilgi görmüş⁴²⁸, ancak daha sonraları sübjektif çözüme dönülmesiyle teoriyi savunanlar oldukça azalmıştır. 1955 yılına gelindiğinde ise artık, bu öğretinin son temsilcisi *Sauer* olmuştur⁴²⁹. İtalya, Fransa ve Hollanda'da hâlâ varlığını sürdüren teori⁴³⁰, günümüzde Almanya'da savunulmamaktadır. Bununla birlikte, Alman ceza hukuku öğretisinde, failin elverişsizliğine ilişkin durumlarda, cezasız bir mefruz suçun bulunduğunu savunan görüş ile tipiklikte eksiklik öğretilerine kısmi bir geri dönüş yapıldığı ifade edilmektedir⁴³¹.

Tipiklikte eksiklik öğretisinin hareket noktası, suçta kullanılan araçların veya suçun konusunun elverişliliği veya elverişsizliği değildir; aksine öğretisi, bunların tipe uygun olup olmamasına dayanmaktadır. Suçta kullanılan aracın ve suçun konusunun elverişli olup olmadığı, onların tipe uygun olup olmaması karşısında önemsizdir⁴³².

Tipiklikte eksiklik öğretisi, cezasız durumların ayırımını yaparken, diğer teşebbüs teorilerinden oldukça farklı bir yol izlemiştir. Teoriye göre tipiklikte eksiklik olarak ifade edilen durumlar, cezalandırılabilir teşebbüsten ayrılmaktadır. Teorinin temsilcilerince yapılan bu ikili ayırım, teşebbüsün tanımından hareket

⁴²³ **Schüler**, s. 44.

⁴²⁴ **Mezger**, § 53, s. 396.

⁴²⁵ **v. Liszt/Schmidt**, § 44, s. 298.

⁴²⁶ **Modrey** Matthias, *Grenzen der Strafbarkeit des Versuchs im deutschen und niederländischen Recht, Eine rechtsvergleichende Studie*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008, s. 9; **Gössel**, in: *Maurach/Gössel/Zipf/Dölling/Laue/Renzikowski*, § 40, kn. 188.

⁴²⁷ **Gössel**, in: *Maurach/Gössel/Zipf/Dölling/Laue/Renzikowski*, § 40, kn. 188; **Maiwald** Manfred, "Über taugliche, untaugliche und grob unverständige Versuche. Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme", *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, Wissenschaftliches Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Prof. Dr. Fritz Loos* am 23. Januar 2009, *Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften*, Band 12, 2010, s. 163.

⁴²⁸ **Maiwald**, s. 163; **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 30.

⁴²⁹ **Modrey**, s. 9.

⁴³⁰ **Maiwald**, *Bestandsaufnahme*, s. 164. Türk ceza hukuku doktrininde, tipiklikte eksiklik görüşünü savunanlar için bkz. **Tosun**, s. 245; **Aksoy İpekçioğlu**, s. 103-104.

⁴³¹ **Gössel**, in: *Maurach/Gössel/Zipf/Dölling/Laue/Renzikowski*, § 40, kn. 189; **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 535; **Modrey**, s. 9.

⁴³² **Schüler**, s. 45.

edildiğinde, başlangıçta anlaşılabilir. Objektif tipin tamamlanmamış ve eksik olması şeklinde tanımlanan teşebbüs ile teorinin tipiklikte eksiklik olarak ifade edip cezasızlığını savunduğu durum arasındaki fark nedir? Buradaki farklılık, teorinin temsilcilerinin suç tipinin unsurlarını alışlagelmişin aksine, bambaşka bir ayırımla ele almasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Teori, suçun unsurları arasında, bir teşebbüsten söz edilebilmesi için varlığı her zaman zorunlu olan ve olmayan (eksikliği söz konusu olabilecek) ayırımını yapmaktadır. Bu bağlamda teori, suçun maddi unsurlarını *hareketin sonucu olan harici netice* (“suçun tamamlanması için gerekli olan objektif netice kısmı”) ve *suç tipindeki diğer durumlar (fiili unsurlar)* şeklinde ifade etmektedir⁴³³. Dolayısıyla, teori uyarınca sadece suçun tamamlanması için gerekli olan netice kısmı eksik olduğunda bir “teşebbüs” bulunmaktadır. Suç tipindeki diğer maddi unsurların eksikliğinde (*failin veya suçun konusunun elverişsizliğinde*), yani objektif tipiklikte netice dışında başka bir eksiklik söz konusu olduğunda, zaten teşebbüsün tipikliği de gerçekleşmemiş olduğundan bu “(cezasız) bir tipiklikte eksiklik” durumuna sebebiyet verecektir⁴³⁴.

Teoriye göre; fail, teşebbüste geleceğe ilişkin davranışının nedenselliğinde bir hata yaparken; tipiklikte eksiklikte, mevcut ana ilişkin, hareketi anında zaten var olan, hareketinin sebebiyet vermediği bir durumda hata yapmaktadır. Bu doğrultuda, birisinin öldürme kastıyla ağaç gövdesine veya cesede ateş etmesi örneğinde, tipe uygun konu yani “yaşayan insan” bulunmadığı için, bir teşebbüs de yoktur. Yine, kişinin kendi kol saatini çalmaya teşebbüs etmesi, “taşınır malın başkasına aidiyeti” söz konusu olmadığı için mümkün değildir⁴³⁵. Benzer şekilde örneğin, başkasına ait vazoyu parçalamak isteyen fail, attığı taşla hedefi kaçırdığında cezalandırılabilir bir teşebbüs söz konusuysen; fail, iyi hedef aldığı atışıyla bir vazoyu parçalamış, ancak sonrasında vazunun kendisine ait olduğu ortaya çıkmış ise, cezasız bir tipiklikte eksiklik durumu söz konusudur⁴³⁶. İkinci durumun bir tipiklikte eksiklik hâli olarak değerlendirilmesinin nedeni, mala zarar verme suçunda, “başkasına ait olma” unsurunun gerçekleşmemiş olmasıdır. Yine, sadece sözde (zannedilen) patlayıcı bir

⁴³³ Albrecht, s. 16.

⁴³⁴ v. Liszt/Schmidt, § 44, s. 299; v. Hippel, § 46, s. 159; Mezger, § 53, s. 396; Jakobs, kn. 25/16; LK-Hillenkamp, Vor. § 22, kn. 93; S/S-Eser/Bosch, § 22, kn. 67; Albrecht, s. 15-16; Gössel, in: Maurach/Gössel/Zipf/Dölling/Laue/Renzikowski, § 40, kn. 188; Doğan, Tipiklik, s. 189-190.

⁴³⁵ Albrecht, s. 16.

⁴³⁶ Gössel, in: Maurach/Gössel/Zipf/Dölling/Laue/Renzikowski, § 40, kn. 188.

madde kullanan birisi, patlayıcı maddenin infilak ettirilmesi suçuna teşebbüs etmiş olmaz. Öte yandan, birisi düşmanına ölümcül zehir vermiş, ancak zamanında gerçekleştirilen tıbbî müdahale ile vücut bu zehirden temizlenmişse, bu durumda kasten öldürmeye bir teşebbüs söz konusudur⁴³⁷.

Failin, somut olayda mevcut olmayan, varlığı durumunda hareketini (tamamlanmış) cezalandırılabilir hâle getirecek bir unsuru yanlışlıkla var zannetmesi hâlinde, bu unsurun eksikliği suçun tamamlanmasını imkânsızlaştıracaktır. Örneğin, karısının hâlen hayatta olduğu hatalı düşüncesiyle ikinci bir evlilik yapan kişi, eğer eşi yaşıyor olsaydı birden çok evlilik suçunu (*Bigami-Alm. CK. m. 172*) işlemiş olacaktı, ancak eşi ölmüş olduğu için bu kişinin ne birden çok evlilik suçunun tamamlanmış şeklinden ne de söz konusu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi mümkündür. Çünkü teşebbüs için tamamlanmaya esas olan eksiklik, ya failin hareketinin sona ermemiş olması ya da sona ermesine rağmen suç tipinde yer alan neticenin gerçekleşmemiş olmasıdır; bu eksikliğin dışında suçun tüm unsurlarının teşebbüste bulunması zorunludur⁴³⁸.

Verilen örneklerden de anlaşıldığı üzere, tipiklikte eksiklik öğretisi, somut olaya göre kesinlikle neticeyi meydana getiremeyecek olan, bu anlamda tehlikeli de olmayan hareketleri cezalandırılabilirlik alanının dışında bırakmayı amaçlamaktadır. Aslında başkasına ait olmayan bir eşyayı, başkasına ait zannederek çalma kastıyla hareket eden kişinin, bu davranışı ile bir başkasının zilyetliğini tehlikeye sokması mümkün değildir. Yine gebe olmayan bir kadına karşı çocuk düşürtmeye yönelik hareketlerde bulunulduğunda, ceninin düşürülmesine yönelik bir tehlike bulunmaz. Bu noktada tipiklikte eksiklik öğretisi, diğer objektif teşebbüs öğretileriyle paralellik göstermektedir⁴³⁹.

Öğretinin kurucularından olan *Dohna*, teşebbüsü iradenin ortaya konması, iradenin bir ürünü olarak görmekte ve teşebbüsün mahiyeti gereği, gelecekteki bir şeye, suçun neticesine ilişkin olduğunu, suç tipindeki diğer durumlarla (fiili unsurlara) ilgili olmadığını ifade etmektedir. Çünkü kişi, başka bir insanı öldürmek veya bir eşyayı çalmayı isteyebilirken, öldürmek istediği insanın bir ağaç gövdesi olması veya çalacağı eşyanın şahsi eşyası olması konusunda irade gösteremez. Ateş

⁴³⁷ **Albrecht**, s. 16.

⁴³⁸ **Schüler**, s. 44-45.

⁴³⁹ **Albrecht**, s. 16.

edilen ya bir insandır ya da değildir veya alınan taşınır mal ya başkasına aittir ya da değildir, fail söz konusu durumları hiçbir şekilde değiştiremez. Teorinin bu yaklaşımı ancak *Binding*'in norm anlayışıyla desteklenebilir. *Binding*'e göre, kanunda ceza normunun içeriği, tüm subjektif unsurlar dışarıda bırakılarak, sadece objektif unsurlar ile belirlenmiştir. Örneğin, norm objektif olarak başkasına ait bir eşyanın bulunduğu yerden alınmasını yasaklar ya da bir cesedi değil, yaşayan bir insanı öldürmeyi yasaklar. Başka bir ifadeyle, birisinin, bir başkasının eşyasını çalmasını veya ölümüne sebebiyet vermesini önlemek ister⁴⁴⁰.

Vardığı sonuç itibarıyla tipiklikte eksiklik öğretisini izlediği ifade edilebilecek *Mezger*, farklı olarak burada teşebbüs kavramı ile teşebbüsün cezalandırılması arasında ikili bir ayrım yapmaktadır. Bu ayrıma göre, teşebbüs kavramı sadece failin subjektif bakış açısı aracılığıyla tanımlanabilir. *Mezger*'e göre, teşebbüs kavramsal olarak net bir şekilde tanımlanmak istenirse, bundan sadece subjektif olarak, failin düşüncesine göre kararının gerçekleştirilmesini sağlayacak hareket anlaşılabilir. Bu nedenle *Mezger*, tipiklikte eksiklik olarak adlandırılan durumları da teşebbüs olarak değerlendirmektedir. Tipiklikte eksiklik durumlarında, bir hukuki değer tehlikeye sokulmamış olsa da subjektif anlamda bir teşebbüs ihlalinin bulunduğuun objektif teorilerce göz ardı edildiğini ileri sürmektedir. Teşebbüs kavramını bu şekilde tanımlamakla birlikte, bunun teşebbüsün cezalandırılabilirliği için geçerli olmadığını savunmaktadır. Çünkü teşebbüsün cezalandırılabilirliğinde, sadece failin bakış açısına dayalı subjektif bir değerlendirmeden hareket edilmesi, objektif hukuka aykırılık düşüncesinin geçersizliğinin açıklanması anlamına gelecektir. Bu yüzden, teşebbüs teşkil ettiğini düşündüğü tipiklikte eksiklik durumlarının cezasızlık sonucu doğuracağını ifade etmektedir⁴⁴¹.

b. Teorinin Eleştirisi

Teori, öncelikle suçun unsurlarına ilişkin “*ilerideki (zukünftig)*” ve “*halihazırdaki (gegenwärtig)*” şeklinde yaptığı ikili ayrımıyla eleştirilmektedir. Buna göre, teorinin öldürme kastıyla mağdurun üzerine ateş etme ve isabet

⁴⁴⁰ **Albrecht**, s. 17-18.

⁴⁴¹ **Mezger**, § 53, s. 395-396; **Maiwald**, Bestandsaufnahme, s. 163-164.

ettirememeye örneğinde, failin ileriye dönük bir hatasının söz konusu olduğuna ilişkin düşüncesi anlaşılammaktadır. Söz konusu örnekte, failin mevcut ana ilişkin, yani icra ettiği eylemin niteliğine ilişkin bir hata içinde olduğu da söylenebilir. Keza fail, silahını doğru şekilde tuttuğunu ve tetiği zamanında çektiğini düşünmektedir. Suçun unsurları arasında yapılan bu ayırımın hukuken bir önem taşımadığının da öğreti tarafından göz ardı edildiği ifade edilmektedir. Aksine öldürme hareketi de en az suçun konusu kadar öldürme fiiline dâhildir⁴⁴².

Teorinin cezalandırılabilir teşebbüs durumları ile cezalandırmaya değerlik arz etmeyen durumlara ilişkin yaptığı ayırımın problemlı olması nedeniyle, amacına ulaşamadığı ifade edilmektedir. Ayrıca teori, dogmatik olarak da savunulabilir bulunmamaktadır. Söz konusu eleştiriye göre, öldürme örneğinde olduğu gibi birkaç özel durumun dışında, tipik olarak gerekli olan neticenin “*hareketin netice kısmı*” şeklinde izole edilmiş bir şekilde ele alınması mümkün değildir. Bu sonuç, tipik haksızlığın yanlış değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü örneğin Alman Ceza Kanunu’nun mala zarar vermeyi düzenleyen 303. maddesinde kınanabilir netice bir eşyaya zarar verilmesi değer, başkasına ait bir eşyaya zarar verilmesidir. Burada, haksızlığı kuran kanuni kalıp olarak, tipin münferit parçalara ayrılamayacağı açık bir şekilde görölmektedir⁴⁴³.

Tipiklikte eksiklik öğretisi, sadece dogmatik olarak ortaya koyduğu tereddütlerle değer, uygulamada tatmin edici sonuçlar ortaya koyamamasıyla da eleştirilmiştir. Cezalandırılabilir ve cezasız hareketlerin ayırımında olduğu gibi, çok şekilsel yöntemlere dayanması bunu kanıtlamaktadır. Bu öğretiye göre cezalandırılabilirlik, Ceza Kanunu’nun özel kısmında bulunan söz konusu suç tipinin ilgili metni uyarınca kesin olarak belirlenmektedir. Ceza Kanunu’ndaki suç tipleri suçun konusunun aksine, suçta kullanılan aracı nadiren özel olarak ifade ettiği için, özellikle suçta kullanılan araca ilişkin olarak kifayetsizlikler ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁴.

⁴⁴² Albrecht, s. 18.

⁴⁴³ Gössel, in: Maurach/Gössel/Zipf/Dölling/Laue/Renzikowski, § 40, kn. 189; Jakobs, kn. 25/16.

⁴⁴⁴ Albrecht, s. 18.

D. Sübjektif Teori (Cezalandırma Teorisi)

1. Teorinin Esası

Almanya’da objektivistlerin en şiddetli muhalifi olan *von Buri*⁴⁴⁵ tarafından, objektif teoriye karşı geliştirilmiş olan sübjektif teori (cezalandırma teorisi), özellikle ulaştığı sonuçların mantıksal tutarlılığı ile çok etkili olmuştur⁴⁴⁶. Alman ceza hukuku doktrininde büyük taraftar bulmuş olan teori, Almanya dışında da kabul görmüştür⁴⁴⁷. Günümüzde Alman literatüründe hâlâ çok sayıda takipçisinin bulunduğu da ifade edilmektedir⁴⁴⁸.

Teori hakkında genel olarak ve öncelikle söylenmesi gereken, elverişsiz teşebbüs değerlendirmesinde, yalnızca failin suç işleme iradesinin (*deliktischer Wille*) göz önünde bulundurulabileceği esasını savunmasıdır. Bir başka ifadeyle teori, suç işleme iradesini, suça teşebbüsü ortaya koyan ve dolayısıyla teşebbüsün cezalandırılabilirliğini sağlayan belirleyici kriter olarak görmektedir⁴⁴⁹.

Sübjektif teorinin ayrıntılarına girmeden önce, objektif teori taraftarlarınınca gerekli olduğu iddia edilen “nedensellik bağlantısı” ve “objektif tehlike” kavramlarına karşı sübjektif teori taraftarlarının ileri sürdükleri itirazların ortaya konması gereklidir. Zira bu, teorinin daha iyi anlaşılabilmesini sağlayacaktır:

Sübjektif teoriye göre, teşebbüs aşamasında kalan bir suçta hiçbir zaman netice meydana gelmeyeceği ve bu nedenle nedensellik bağlantısı da aranmayacağı için, hem soyut hem de somut nedensellik bağlantısının kabul edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla teşebbüs aşaması, tamamlanmanın bir parçası olarak görülmemeli ve somut olaydaki her hareket netice için elverişli olarak değerlendirilmelidir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin sübjektif teoriyi kabul etmesinde etkili olan isim de *v. Buri* olmuştur (**Lewinsky**, s. 26; **Hirsch**, *Tatstrafrecht*, s. 724; **Roxin** Claus, “Der Strafgrund beim untauglichen und beim tauglichen Versuch”, GA 2017, 164. Jahrg., s. 656).

⁴⁴⁶ **Lewinsky**, s. 26; **Soyaslan**, *Teşebbüs Suçu*, s. 97.

⁴⁴⁷ Fransız ceza hukukçusu *Henri Gallet*’in “La notion de la tentative punissable” adlı eserinde doğrudan *v. Buri*’nin prensiplerine dayandığı görülmektedir (**Delaquis**, s. 167; **Lewinsky**, s. 26).

⁴⁴⁸ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 32. *Sübjektif teori yanlısı görüşler için bkz. Kühl/Heger*, § 22, kn. 11; **Otto**, § 18, kn. 3; **Kühl**, § 15, kn. 39.

⁴⁴⁹ **Lewinsky**, s. 27; **Jakobs**, kn. 25/17.

⁴⁵⁰ **Lewinsky**, s. 26.

Aynı şekilde subjektivistler, “*objektif tehlike*” kavramını reddetmektedirler. Kendi görüşlerine göre mümkün gördükleri “*sübjektif tehlike*”yi, bu kavramın tam karşısına yerleştirmektedirler⁴⁵¹.

Başarısızlıkla sonuçlanacak bir teşebbüsün, başlangıç zamanından hareket ederek yapılan bir değerlendirme ile geleceğe ilişkin sonuçlar çıkarılmak istendiğinde, gerçekleşmemiş olan hayali faktörlerin de hesaplanması gerekeceği için, subjektif görüştekiler bunun kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşmaktadırlar. Bu *ex-post* bakış açısı, doğal olarak “*objektif tehlike*” kavramını reddetmelerine neden olmuştur. Yalnızca netice gerçekten gerçekleştiğinde ortaya çıkabilecek objektif tehlike, elverişsiz teşebbüs durumunda hiçbir zaman söz konusu olamayacaktır⁴⁵².

Objektif teorinin *mutlak ve nisbi elverişsizlik* ayrımını da kabul etmeyen subjektif teoriye göre, mutlak ve nisbi elverişsizlikten söz etmek mantıksal olarak doğru olmayacaktır. Çünkü “elverişli olma”, asla mutlak olarak bilinemeyecek (değerlendirilemeyecek), nisbi (göreceli) bir kavramdır. Buna karşın “elverişsizlik” sadece mutlak olabileceği için, kendisiyle çelişen “*contradictio in adjecto*”⁴⁵³ bir kavramdır. Subjektivistlere göre, belli bir bağlantı (ilişki) olmadan kullanılmayan “elverişsizlik”, tamamen uygulamada kullanılabilirliğe sahiptir⁴⁵⁴.

Elverişli ve elverişsiz teşebbüs ayrımını da reddeden teori taraftarlarına göre, başından itibaren başarısızlığa mahkûm olduğu için her teşebbüs elverişsizdir⁴⁵⁵.

Objektif teori taraftarlarınca ileri sürülen görüşleri, yukarıda ifade etmiş olduğumuz argümanlarla reddeden subjektif teorinin esasına ilişkin olarak söz edilmesi gereken temel hususlar ise şunlardır:

Teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin olarak subjektif görüşü esas alan teori⁴⁵⁶, objektif tipiklikten suçu karakterize eden bir unsur kaldırıldığı anda, kalan objektif bütünün anlamsızlaşacağı düşüncesinden hareket etmektedir. Bu çerçevede teori, teşebbüs aşamasında kalan bir suçta da neticenin yokluğu sebebiyle, objektif tipikliğin bulunmadığını savunmaktadır. Bu nedenle teşebbüs, yalnızca subjektif

⁴⁵¹ Delaquis, s. 82; Lewinsky, s. 26

⁴⁵² Lewinsky, s. 27.

⁴⁵³ Nitelemde çelişki, bir terimle ona katılan- eklenen nitelik arasındaki çelişki (<http://www.nedirnedemek.com/contradictio-in-adiecto-nedir-contradictio-in-adiecto-ne-demek>).

⁴⁵⁴ Lewinsky, s. 27.

⁴⁵⁵ Delaquis, s. 175; Lewinsky, s. 27.

⁴⁵⁶ Doğan, Tipiklik, s. 205.

kısımda yer alan *failin suç işleme iradesinin* kapsamına dayandırıldığında hukuki önem arz edecek ve sadece içerdiği suç işleme iradesi cezalandırılabilir unsur olacaktır⁴⁵⁷. Yani teoriye göre, kanunda tanımlanmış bir fiilin tamamen gerçekleştirilmemesi olarak ifade edilebilecek teşebbüste, tamamen gerçekleşmeyen fiile rağmen failin sorumluluğunun doğuyor olması, dış dünyada beliren-haricileşen-suç işleme iradesine verilen değer nedeniyledir⁴⁵⁸.

Failin fiilinin amacını açık bir şekilde ortaya koyabilecek olanın sadece “*suç işleme iradesi*” olduğunu düşünen teori taraftarları, cezalandırılabilirliğin dayanağı olarak da iradenin esas alınması gerektiğini ve iradenin cezalandırılmak zorunda olduğunu düşünmektedirler⁴⁵⁹.

Sübjektif teoriye göre, elverişsiz teşebbüs, teşebbüste olduğu gibi tamamlanmış bir suç iradesi içerdiği için ve sadece dış dünyada gerçekleştirilme açısından eksik olduğu için cezalandırılabilir⁴⁶⁰. Bu anlamda, aslında elverişli hareketlerin elverişli bir konu üzerinde kullanılmış olmasına rağmen suçun neticesinin meydana gelmemesi ile suçta kullanılan araçların veya suçun konusunun elverişsizliği nedeniyle suçun neticesinin meydana gelmemiş olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Suç işleme iradesi, elverişli teşebbüste elverişli bir şeye -araç veya suç konusuna- yöneldiği durumlarda olduğu kadar, aynı şekilde elverişsiz bir teşebbüste elverişsiz şeylere yöneldiği durumlarda da somutlaşmıştır⁴⁶¹. Yine bu iki teşebbüs türünü ayıran (elverişli bir teşebbüste harici-dış koşullara, elverişsiz bir teşebbüste ise failin kendi fiiline dayanan) hata da cezalandırılabilirlik bakımından bir ayırım yapılması için sebep teşkil etmez⁴⁶².

Failin cezalandırılabilmesi için, suç işleme iradesinin somutlaşmış (objektifleşmiş) olması gerekli ve yeterlidir⁴⁶³. Buradan şu iki sonuca ulaşılabilir: *Birincisi*, teoriye göre esas alınması gereken salt tek başına irade değil, somutlaştırılmış iradedir. Hukuka aykırı bir amaca yönelen, dış dünyada biçimsel

⁴⁵⁷ **Hirsch** Hans Joachim, “Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin”, *Juristen Zeitung*, 62. Jahrg., Nr. 10 (18 Mai 2007), dn. 12, s. 495.

⁴⁵⁸ **Alacakaptan**, *İşlenemez Suç*, s. 33; **Demirbaş**, s. 486.

⁴⁵⁹ **Lewinsky**, s. 27.

⁴⁶⁰ **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 35.

⁴⁶¹ **Delaquis**, s. 174; **Lewinsky**, s. 27.

⁴⁶² **Lewinsky**, s. 30.

⁴⁶³ **Delaquis**, s. 175; **Lewinsky**, s. 28.

olarak somutlaşmış (haricileşmiş) irade⁴⁶⁴, objektifliğini ortaya koymuş olmaktadır⁴⁶⁵. *İkincisi* ise, gerçekleştirilen hareketin neticesinin, yani objektif olarak tehlikeye sebebiyet verip vermediğinin cezalandırma bakımından önem arz etmemesidir. Önemli olan, suça yönelmiş olan iradenin dış dünyada belirmesiyle, failin ahlaki kötülüğünü ve toplum için zararlı bir kimse olduğunu açıkça ortaya koymuş olmasıdır⁴⁶⁶. Dolayısıyla, suç yolunda ortaya çıkan ve neticenin gerçekleşmesine engel olan birtakım tesadüfler cezalandırmaya engel olmayacaktır. Korunmakta olan hukuk düzenine düşmanca yaklaşım içinde olan fail⁴⁶⁷, eyleminin tehlikeliliği sebebiyle değil, bizzat kendi tehlikeliliği (*failin tehlikeliliği=die Gefährlichkeit des Täters*) nedeniyle cezalandırılmaktadır⁴⁶⁸.

Toplumun güvenliğinin, cezanın amacı ve sebebine göre şekillendiği ve cezanın en önemli işlevlerinden birinin, toplumun ileride işlenecek suçlara karşı korunması olduğundan yola çıkan bir diğer sübjektivist *Lammasch*'a göre bu işlev, sadece netice için nedensel olan eylemin değil, aynı zamanda gerçekte nedensel olmadığı hâlde failin nedensel zannettiği eylemin de ceza tehdidi altında olmasıyla yerine getirilebilecektir⁴⁶⁹. Bu bağlamda teori, failin elverişli olduğuna inandığı hareketinin, üçüncü kişilerce de elverişli olup olmadığının araştırılmasını gereksiz olarak değerlendirmektedir. Teori uyarınca elverişliliği belirlemede ölçüt olarak, sadece failin değerlendirmesi esas alınmaktadır. Yani fail, gerçekleştirdiği hareketi, neticeyi meydana getirmek için yeterli olarak addediyorsa, elverişliliğin mevcut olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁰.

Sübjektif teori taraftarlarınca gerekli görülen bu objektifleştirilmiş irade, objektif teoride ileri sürülen objektiflikle eşit görülemez. Çünkü klasik teoride objektiflik, bir durumda elverişli olma, bir neticeyi meydana getirme şeklinde anlaşılırken; sübjektif teoride, sadece somutlaştırılmış irade olarak ele alınmaktadır.

⁴⁶⁴ Sübjektif teori, cezalandırma için sadece iradeyi, haricileşmemiş bir tasavvuru yeterli görmemektedir. Bu nedenle, "*cogitationis poenam nemo patitur*" ilkesi, yani "*eyleme dönüşmeyen ve sırf düşüncede kalan hususun cezalandırılmayacağı ilkesi*", sübjektif teori açısından da önem taşımaktadır (**Alacakaptan**, *İşlenemez Suç*, s. 38, dn. 23).

⁴⁶⁵ **Lewinsky**, s. 28.

⁴⁶⁶ **Demirbaş**, s. 486; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 462.

⁴⁶⁷ **Hirsch** Hans Joachim, "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001, s. 723.

⁴⁶⁸ **Albrecht**, s. 21.

⁴⁶⁹ **Lammasch** Heinrich, *Das Moment Objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs*, Wien 1879, s. 52; **Lewinsky**, s. 30.

⁴⁷⁰ **Alacakaptan**, *İşlenemez Suç*, s. 35.

Dolayısıyla subjektif teoriye göre teşebbüs, “objektifleştirilen (somutlaştırılan) irade” olarak, subjektif tamamlanmış suçtan başka bir şey değildir⁴⁷¹.

2. Teorinin Eleştirisi

Sübjektif teorinin teşebbüsü “sübjektif olarak tamamlanmış suç” kabul etmesiyle, hukuka aykırı bir neticeye yönelmiş olduğunu hârici olarak ortaya koymuş her iradenin, doğrudan doğruya cezalandırılabilir olduğu sonucuna varılmaktadır⁴⁷². Teori vardığı bu sonuç itibarıyla, cezalandırılabilirlik konusunda aşırılığa götürmesi nedeniyle eleştirilmiştir⁴⁷³.

Bizzat sübjektivistlerin kendisi dahi, teorinin ulaştığı sonucun tam anlamıyla uygulanmasına cesaret edememişlerdir. Çeşitli durumlarda cezalandırılabilirlik alanını, öğretinin katı mantık yapısı izin verdiği ölçüde, sınırlandırmaya çalışmışlardır. Teori taraftarları, dua veya büyü yoluyla adam öldürme gibi bâtıl inanca dayalı teşebbüs durumlarında cezai sorumluluğu önleyen ölçütler aramış ve bu durumların kendi öğretileri doğrultusunda cezalandırılabilir olması gerektiğini kabul etmek istememişlerdir⁴⁷⁴.

Örneğin, v. *Buri*, doğa üstü ve manevi güçlerin kullanıldığı teşebbüs durumlarında cezasızlığı savunmasını, söz konusu durumlarda iradenin yeterince somutlaşmamış olmasına bağlamaktadır. Bununla birlikte, hukuki düzene karşı gelen suç işleme iradesinin, söz konusu durumlarda da açık bir şekilde ortaya çıktığı inkâr edilemeyecektir. v. *Buri*, teorisinin ulaştığı aşırı sonuçları önlemek için getirdiği bu argümanla, teorisinde tutarsızlığa sebebiyet vermiş ve muhaliflerine geniş bir eleştiri alanı sunmuştur⁴⁷⁵.

Nedensellik kanununa tabi dünyanın dışında etkili araçların kullanıldığı ve nedensellik kavramının üzerinde hiç uygulanmadığı durumları teşebbüs alanının dışında tutmak isteyen *Lammasch* ise, doğaüstü ve manevi güçlerin araç olarak kullanıldığı durumların ceza hukukunun ilgi alanına dâhil olmadığını ifade etmiştir.

⁴⁷¹ Lewinsky, s. 28.

⁴⁷² Lewinsky, s. 28.

⁴⁷³ **Taner**, s. 283; **Demirbaş**, s. 486.

⁴⁷⁴ Lewinsky, s. 28.

⁴⁷⁵ Lewinsky, s. 29.

Çünkü *Lammasch*'a göre, doğa üstü ve manevi güçler için devlet bulunmadığı gibi, devlet için de onlar bulunmamaktadır⁴⁷⁶.

v. *Buri* ve *Lammasch* tarafından ileri sürülen argümanların, subjektif öğretinin ortaya koyduğu kriterler ile çelişki oluşturduğu ifade edilmektedir. Çünkü subjektif teori uyarınca, araçların elverişli ve suçun konusunun mevcut olduğunun hatayla zannedilmiş olduğu bir durumda, iradenin ciddiliğinin de açık bir şekilde şüphe derecesini aşmış olduğunun anlaşıldığı an itibariyle teşebbüsün cezalandırılması gerekir. Bu doğrultuda, teoriye göre, öldürmek için dua eden, büyü yapan ve bunu hatası nedeniyle netice için elverişli ve neticeye ulaştırabilir zanneden; aksi takdirde dua etmeyecek, büyü yapmayacak olan kişinin de cezalandırılabilir olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁷⁷.

Alman ceza hukukunda subjektif teoriye yönelik eleştirilerde bulunan *Hirsch*'e göre ise, subjektif teoriyi savunanlar, ceza hukuku ile ahlak kurallarının gerekliliklerini birbirinden yeterince ayıramamaktadır. Tehlikeli olmayan bir teşebbüs işleyen her kişi, kötü kararı ve bu kararını -sözde- harici olarak açığa vurması nedeniyle, sadece ahlak kurallarını ihlal etmiş olmaktadır. Kişinin hukukla bağdaşmayan düşüncesini ifade eden bu davranışı, sadece ahlaka aykırıdır. Ancak ahlaka aykırılık, davranışın harici olarak ortaya konmasının kapsamının da önem arz ettiği ceza hukuku için yeterli değildir. Kişinin kararı, fiili olarak icra hareketlerinin başlamasına yol açmadığı, yani kastedilen neticeye yönelik somut olarak tehlikeli bir hareket oluşturmadığı sürece, teşebbüs aşamasında kalan bir suç için gerekli koşullar da yerine getirilmiş olmayacaktır. Bu yüzden failin hareketi, sadece objektif olarak *ex-ante* bakış açısından somut olarak tehlikeli bir icra hareketi teşkil etmesi koşuluyla, söz konusu normu ihlal edecektir⁴⁷⁸.

Alman Ceza Kanunu'nda teşebbüsün cezalandırılabilirlik gerekçesini ve sınırlarını açıklamak için subjektif teoriyi yeterli görmeyen *Roxin* de subjektif teorinin etki teorisi ile tamamlanması gerektiği düşüncesindedir. Bu doğrultuda *Roxin*, günümüzde Alman ceza hukuku doktrininde hâkim olan anlayışta, "*sübjektif teşebbüs teorisi temelinden hareket edilmekle birlikte, bunun genel önleyici*

⁴⁷⁶ **Lammasch**, s. 77-78.

⁴⁷⁷ **Delaquis**, s. 180-181; **Lewinsky**, s. 29.

⁴⁷⁸ **Hirsch**, Versuchstheorie, s. 501.

*düşünce*den iktibas edilmiş objektif bir nedenle sınırlandırıldığını” ifade etmektedir⁴⁷⁹.

E. Yeni Tehlike Teorisi (Yeni Objektif Teori)

1. Teorinin Esası

Yeni objektif teori olarak da adlandırılan *yeni tehlike teorisi* (*neure Gefährlichkeitstheorie*), Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından savunulan ve uygulamada daha fazla önem kazanmış sübjektif teoriye karşı çıkma çabasının sonucu olarak ve aynı zamanda eski objektif teorinin eksiklerini gidermek için objektif teorinin yeni bir formülasyonu olarak ortaya çıkmıştır⁴⁸⁰. v. *Liszt*'e kadar geriye giden teori, daha sonrasında *von Hippel* tarafından belirgin bir şekle kavuşturulmuştur⁴⁸¹.

Yeni tehlike teorisi, klasik (objektif) teorinin “*objektivist yaklaşımı*” ile “*objektif isnadiyet öğretisi*”ni birleştirmekte ve bu yüzden “*bilinçli (isteyerek) yaratılmış tehlike*”yi odak noktasına yerleştirmektedir⁴⁸². Teoriye göre, yalnızca suçun maddi konusu üzerinde tehlikeye sebebiyet verilmesi teşebbüse yol açabilir. Bu yüzden de failin “*hareketini gerçekleştirdiği ana göre, makul ortalama (failin amacını bilen ve kişisel bilgisine sahip) bir kişinin bakış açısıyla, suçun maddi konusu için bir tehlike yaratmış olması*” belirleyici olmaktadır. Bu, elverişsiz vasıtayla teşebbüs ve suçun konusunda elverişsizlik için aynı şekilde geçerlidir. Bu tehlike, tabancanın boş olması veya mağdurun zaten ölmüş olmasının daha sonra ortaya çıkabilecek olmasından bağımsızdır. Çünkü tehlikenin varlığı, ancak *ex-ante* (eylemin başlangıcındaki koşullara göre) bir değerlendirmenin sonucunda ortaya çıkabilir⁴⁸³. Yani eğer failin planı, eylemin başlangıcında başarıya ulaşma ihtimali

⁴⁷⁹ **Roxin**, Strafgrund, s. 663.

⁴⁸⁰ **Albrecht**, s. 11.

⁴⁸¹ v. **Liszt/Schmidt**, § 45, s. 312-314; **Welzel**, § 24, s. 192; **Jakobs**, kn. 25/14; **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 28; **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 40 IV, kn. 134; **Albrecht**, s. 11; **Hirsch**, Versuchstheorie, s. 500; **Roxin**, Strafbarkeit, s. 831, dn. 17; **Önder**, s. 425; **Demirbaş**, s. 486.

⁴⁸² **Weigend**, Entwicklung, s. 127; **Timpe**, s. 757.

⁴⁸³ **Hirsch**, Versuchstheorie, s. 500; **Timpe**, s. 758; **Roxin**, Strafbarkeit, s. 832.

taşıyorsa, teşebbüse elverişlilikten ve dolayısıyla cezalandırmadan söz edilebilir⁴⁸⁴. Bu yüzden ayırım, elverişli-elverişsiz teşebbüs arasında değil, hareketin yapıldığı ana göre (*ex ante*) somut tehlikeli-tehlikesiz teşebbüs arasında yapılmalıdır⁴⁸⁵. Bu suretle teori, sübjektif teorinin karşısında yer almaktadır⁴⁸⁶. Zira sübjektif teoriye göre, tehlikeli ve tehlikesiz teşebbüs arasında bir ayırım yapılamaz. Çünkü, hareket somut olayda hukuki yararı ihlal etmediğinde, hukuki yararı ihlal edemeyeceğini ve buna muktedir olmadığını ortaya koymuş olmaktadır. Dolayısıyla hareket nedeniyle hukuki yarar objektif olarak tehlikeye atılmış değildir⁴⁸⁷.

Bu suretle sübjektif teorinin karşısında olan teori, daha sonra, *tehlike yargısı* (*Gefahrurteil*⁴⁸⁸) ve failin tasavvuru örtüştüğü takdirde, failin bilinç durumundan aynı zamanda hareketin tehlikeliliğine ulaşıldığını ve tehlike yargısı için bunun (failin tasavvur ettiği tehlikeye neden olması, -tasavvuruna dayalı olarak- izin verilen risk sınırını aşması nedeniyle cezalandırılması) yeterli olması gerektiğini ifade ederek, sübjektif teoriyi biraz destekleyen bir hâl almıştır. Çünkü, failin bilgisinin dikkate alındığı bu durumda, tehlike artık objektif olmamaktadır⁴⁸⁹.

Objektif teoride olduğu gibi, yeni tehlike teorisi de cezai öğretisinin kurallarını maddi dünya yasalarına (tabiat kanunlarına) göre kurmakta, aynı zamanda hukuki yarar ihlaline sebebiyet vermede failin hareketinin değerini nedensel uygunluğa göre saptamaktadır⁴⁹⁰. Tehlike teorisi, objektif teoriden sadece teşebbüsün tehlikeliliğini *ex-post* (*hareketin gerçekleştiği andan sonraki duruma göre*) olarak değil, *ex-ante* (*hareketin yapıldığı ana göre*) olarak belirlemesiyle ayrılmaktadır⁴⁹¹. Yeni tehlike teorisinin sisteminde teşebbüs, harici dünyada gerçekleşen bir olay, bir görünüm olduğu için; teori, elverişsiz teşebbüs ve özellikle ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs durumlarında cezalandırılabilirliği açıklayamamaktadır. Bununla tutarlı olarak, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası, salt düşünce ceza hukukunun ("*Gesinnungsstrafrecht*") ifadesi

⁴⁸⁴ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 92-93; **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, s. 99; **Doğan**, Tipiklik, s. 206-207.

⁴⁸⁵ **Hirsch**, Versuchstheorie, s. 500; **Timpe**, s. 758.

⁴⁸⁶ **Timpe**, s. 758.

⁴⁸⁷ **Timpe**, s. 258, dn. 24.

⁴⁸⁸ Tehlike yargısı (*das Gefahrurteil*), hâkim olan görüşe göre makul üçüncü bir gözlemcinin objektif bakış açısına dayalı olarak, failin gerçekleştirilme anına göre yapılan bir tahmindir.

⁴⁸⁹ **Timpe**, s. 759; **Roxin**, Strafbarkeit, s. 831-832.

⁴⁹⁰ **Timpe**, s. 759.

⁴⁹¹ **Jakobs**, kn. 25/14; **Lewinsky**, s. 38; **Timpe**, s. 759; **Önder**, s. 425; **Demirbaş**, s. 486; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 484; **Doğan**, Tipiklik, s. 207.

olarak reddedilmekte ve Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen durumlarda gerçek anlamda bir teşebbüste bulunmuş olduğu kabul edilmemektedir. Teoriye göre, elverişsiz teşebbüste suçun konusunun tehlikeye düşürülmesi neticesi bulunmadığı için, söz konusu düzenleme boşa yürürlükte olan, anlamsız bir hükümdür⁴⁹².

2. Teorinin Eleştirisi

Natüralist bir isnadiyet sisteminde, hukuki değer ihlali zarardır, ihlalin yasaklanmasının amacı ise söz konusu zararın önlenmesidir. Bu nedenle elverişsiz teşebbüs, zaten kavramsal olarak (*begrifflich*) zararlı olamaz. Diğer taraftan, elverişsiz teşebbüsün norm tarafından korunan hukuki değeri etkilemediği kavramsal olarak kesinse, ilgili hukuki değer ihlali nedeniyle elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmayacağı da açık olmaktadır. Ancak burada, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini açıklarken farklı bir gerekçelendirmeye gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹³.

Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında da açıkça öngörüldüğü gibi, pozitif hukukun tehlike neticesinin eksikliğine rağmen elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini mümkün görmesi, elverişsiz teşebbüsün farklı mahiyette bir haksızlık içeriğine sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu doğrultuda, düşüncenin toplumsal ve ahlaki değerinin reddedilmesi ve şimdiye kadar hukuki değer ihlalinin oluşturduğu haksızlık üzerine kurulmuş yapıda köklü bir değişikliğe gidilmesi üzerine, hukuki değer ihlalinin oluşturduğu haksızlıktan vazgeçilmekte ve “*hukuki değer varlığı ve ihlali*” ayrımının yerini “*hukuka (hukuki düzene) riayet ve riayetsizlik*” almaktadır. Failin norma (kurala) riayet etmeyi istemediğini gösterdiği bir davranışının cezaya yol açabilmesi de bunun bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle bir hukuki değer ihlal tehlikesine sokulması, sadece kişinin teşebbüsünün harici bir taşıyıcısı olarak ortaya çıkan kısmı olmakta, ancak teşebbüs kavramına dâhil görülmemektedir⁴⁹⁴.

⁴⁹² Timpe, s. 759-760.

⁴⁹³ Timpe, s. 760.

⁴⁹⁴ Timpe, s. 760.

F. Etki Teorisi

1. Teorinin Esası

Mezger tarafından geliştirilen etki teorisinin⁴⁹⁵, bugün Alman öğretisinde baskın görüş olduğu ifade edilmektedir⁴⁹⁶.

Etki teorisine (*Eindruckstheorie*) göre, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılma nedeni, elverişli teşebbüsün cezalandırılma nedeni ile aynıdır. Elverişsiz teşebbüste de fail, dışa yansıyan düzene aykırı iradesi ve hareketinin varlığına inanılan düzeni sarsmaya objektif anlamda uygunluğu nedeniyle cezalandırılmaktadır. Teori, “*hukuk düzenini sarsıcı eylemlerin cezalandırılması*” gereğinden hareket etmektedir⁴⁹⁷. Bu bağlamda etki teorisi, subjektif teorinin sonuçlarını fiilin toplum üzerindeki etkisi (*sosyo-psikolojik etki*) veya toplumun hukuk düzeninin geçerliliğine ilişkin güveninin sarsılması ile desteklemeye çalışmaktadır⁴⁹⁸.

Etki teorisine göre, teşebbüsün cezalandırılabilirliği için belirleyici olan, failin hukuka düşman iradesidir (*rechtsfeindliche Wille*). Fakat bu, sadece dışa yansıyan bir görünüm olarak değil, aynı zamanda söz konusu fiil nedeniyle toplum üzerinde yaratılan etki olarak anlaşılmaktadır. Bir suç işleyen ve suçun icrasına başlayan kişi cezasız kalırsa, toplumun hukuki düzenin varlığına olan güveni sarsılır. Aynı şekilde fail tarafından önemli bir engelin göz ardı edilmesi nedeniyle, tamamlanamayan bir fiil de bu etkiye sahip olabilir. Çünkü, burada da fail en azından fiili gerçekleştirebileceğini göstermiştir ve neticeyi meydana getirememesi bir tesadüften kaynaklanmış olabilir⁴⁹⁹.

Hukuki özgürlüklerin güvence altında olduğu bilincinin zedelenmesinde, elverişli ve elverişsiz teşebbüs ile sebep olunan topluma verilen zarar bulunmaktadır,

⁴⁹⁵ **Mezger**, § 53, s. 396; **Demirbaş**, s. 487; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 463.

⁴⁹⁶ **Kudlich**, s. 433; **Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 530; **Jäger**, § 7, kn. 285; **Radtke**, s. 880; **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 46.

⁴⁹⁷ **Roxin**, Strafgrund, s. 663; **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 723; **Langels**, § 38, s. 38; **Önder**, s. 426; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 463.

⁴⁹⁸ **Jakobs**, kn. 25/20; **Hirsch**, Versuchstheorie, s. 499; **Zaczyk**, Unrecht, s. 22; **Kühl**, § 15, kn. 5; **Rath Jürgen**, “Grundfälle zum Unrecht des Versuchs”, JuS 1998, Heft 11, s. 1008.

⁴⁹⁹ **Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 530.

elverişli teşebbüste buna korunan suç konusunun tehlikeye düşürülmesi de eklenmektedir⁵⁰⁰.

Teori, sübjektif ve objektif yönleri sahip olduğu için, aslında ortaya atılan diğer teorilerin bir karması (*gemischt subjektive-objektive Theorie*) olarak ifade edilebilir. Keza, teorinin cezalandırma için failin hukuka düşman iradesini göstermesini araması *sübjektif*, failin hareketinin hukuk düzenini bozucu bir etki ortaya çıkarması koşulu da *objektif* yönünü ortaya koymaktadır⁵⁰¹.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin etki teorisini esas aldığı kararlarından biri⁵⁰² dolandırıcılık suçuna ilişkindir. Karara konu olayda, böbreğini kaybeden bir hasta, organ kaybının tıbbi müdahale hatası nedeniyle gerçekleştiği iddiasıyla doktoru hakkında tazminat davası açar. Üstlendiği müdahaleleri değerlendiren doktor, söz konusu işlemlerin böbrek kaybına neden olamayacağını düşünmekte, ancak böbreğin alınmasının nedenlerini de bilmemektedir. Doktor, tıbbi bir kusuru bulunmamasına rağmen hukuki nedenlerle sorumlu olmaktan korkmaktadır. Hastanın aydınlatılmasına ilişkin olarak ise, böbrek kisti patlamasında çok uzak bir risk olan organ kaybının belirtilmesinin gerekli olmadığını düşünmektedir. Bununla birlikte, bu aydınlatmanın genel uygulamada hâlen yapıldığını da bilmektedir. Belirsizlik içinde olan doktor, organ kaybından sorumlu olduğunun düşünülmesi ihtimaline karşılık, hastaya ait belgelerde geçmişe dönük sahte düzenlemeler yaparak sorumluluğuna yol açabilecek zayıf noktaları değiştirir. Hastanın avukatı, tüm bunlar üzerine savcılığa suç duyurusunda bulunur ve doktor hakkında ceza davası açılır. Ceza davasında doktorun organ kaybında herhangi bir kusurunun olmadığına, böbrek kaybının yanlış tanı ve tedaviden kaynaklanmadığına ve sanığın hastayı organ kaybı riski hususunda aydınlatma zorunluluğunun bulunmadığına 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.

⁵⁰⁰ **Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 530.

⁵⁰¹ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 46; **Radtke**, s. 880; **Gropp**, § 9, kn. 88; **Freund**, § 8, kn. 10; **Doğan**, *Tipiklik*, s. 209.

⁵⁰² BGH, Urteil vom 17.10.1996 – 4StR 389/96 (LG Bochum), BGHSt 42, 268. Karar için bkz. **Kudlich**, s. 431 vd.

Ancak hileli davranışların dolandırıcılığa teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilir kalması mümkündür. Bu, sadece failin sübjektif öngörüsüne bağlıdır:

aa. Kazanç elde etme amacının objektif olarak hukuka uygun olduğu ve failin de bunu bilmesi durumunda, failin kastı haksız olmayan kazanç elde etme yönündedir. Burada fail, haksız kazancı amaçlamadığı için, aldatma isteğine rağmen cezalandırılmaz.

bb. Ters durumda, kazanç elde etme amacının objektif olarak haksız olduğu ve fakat failin yanlışlıkla hukuka uygun olarak değerlendirmesinde, *tipiklik hatası* söz konusu olur. Fail, suçun objektif unsurlarından birini (*yani, kazancın haksız olduğunu*) bilmemekte ve bu nedenle kasıtsız hareket etmektedir. Aldatma vasıtasıyla gerçekte haksız olan ancak tasavvuruna göre hukuka uygun bir talebi kabul ettirmek veya gerçekte mevcut olan talebin haksızlığını tasavvuruna göre defetmek isteyen fail, dolandırıcılık suçuna teşebbüs etmiş olmaz.

cc. Kazanç elde etme amacının gerçekte hukuka uygun olduğu, -somut olayda olduğu gibi- buna karşın failce yanlışlıkla haksız olarak değerlendirilmesinde, fail, *ters tipiklik hatası (umgekehrter Tatbestandsirrtum)* içinde bulunmaktadır: Fail, kendisini olmayan bir durumda, yani haksız kazanç elde etme amacı içinde değerlendirir. Haksız kazanç elde etme amacının yokluğu nedeniyle, tasavvur edilen suçun tamamlanması imkânsızdır. Somut olaydaki bu durum, *dolandırıcılık suçuna elverişsiz teşebbüsün (untauglichen Versuchs des Betruges)* koşullarını sağlamaktadır. Sanık tasavvuru doğrultusunda amaçladığı kazancın haksız olup olmadığı konusunda tam bilgi sahibi olmamasına karşın, kazancın haksızlığını mümkün görmüş ve hileli davranışıyla onaylayıp göze almışsa, yani kazanç elde etme amacının haksızlığına ilişkin olası kastla hareket etmişse; bu kastı kaldıran (cezalandırılmayan) bir tipiklik hatası değildir. Çünkü fail, amacına hile vasıtasıyla ulaşmak istemektedir.

Kararı değerlendiren *Kudlich*, bu kararın Alman öğretisinde baskın görüş olan, teşebbüsün cezalandırılabilirliğinde “*toplumun hukuk düzenine güveninin sarsılması*” hipotezine dayanan etki teorisinin kabulü hâlinde doğru olduğunu ifade etmektedir. Ters tipiklik hatalarının elverişsiz teşebbüse yol açtığı baskın görüş olarak kabul edilmekle birlikte, *Kudlich* ters tipiklik hatası formülünü oldukça şekli

bulmaktadır. Bu formülün “*tipiklik hatası ve elverişsiz teşebbüs*” veya “*yasak hatası ve mefruz suç*” kavramlarının ayırımında ne yeterli ne de gerekli olduğunu ifade etmektedir⁵⁰³.

2. Teorinin Eleştirisi

Alman ceza hukuku doktrinde etki teorisine ilişkin olarak, bu teoriyle aslında sübjektif teoriden uzaklaşmadığı, aksine modern literatürün yaygın çabasıyla sübjektif teorinin bir etki teorisine dönüştürülerek tekrar yansıtılmaya çalışıldığı ve bunun yanlış bir yaklaşım olduğu ifade edilmektedir⁵⁰⁴.

Etki teorisinin yaklaşımına bakıldığında, ilk etapta sübjektif teoriden hareket edildiği ancak sınırlandırıcı bir koşul olarak “*failin davranışının toplum üzerinde yarattığı etki*” nin eklendiği görülmektedir. Yani etki teorisine göre de ilk belirleme, (*sübjektif teoriye göre de teşebbüsün cezai temelini oluşturan*) suç işlemeye yönelik iradenin tipe yakın bir şekilde ortaya konmasına göre yapılmakta, ardından ikinci aşamada bu tezahürün toplumun hukuki düzenin geçerliliğine olan güvenini sarsabilecek nitelikte bir etkiye sahip olup olmadığı belirlenmektedir. Bu da toplum üzerinde haklılık bilincinin sarsılmasına ve hukuki barışın tehlikeye sokulmasına yol açabilecek bir etkiyi ifade etmektedir. Etki teorisinin üzerine kurulu olduğu bu kriterlere, “*somut tehlikeye düşüren veya tehlikeli bir hareketin icrasına başlanmış olması*” dâhil olmadığı için teorinin objektif teoriden ayrıldığı ve hatta sübjektif teorinin sadece *sosyo-psikolojik* bir bakış açısıyla sınırlandırmasını yapmış olması nedeniyle de aslında onun bir modifikasyonunu teşkil ettiği doktrinde belirtilmektedir⁵⁰⁵.

Etki teorisi savunucuları tarafından cezalandırılabilir bir teşebbüsü belirlemek için ileri sürülen kriterin, geçici bir çözüm üretmekten fazlası olup olmadığı irdelenmesi gereken bir başka problem olarak ortaya çıkmaktadır. Doktrinde, teorinin “*etki*” kriterinin teşebbüse özgü olmadığı, ceza hukukunda hemen hemen her konuda cezalandırılabilir ve cezasız davranışları ayırmada (tamamlanmış suçlar da dâhil olmak üzere) uygulanabilirliğe sahip olduğu ve ancak genel bir bakış açısı olarak

⁵⁰³ **Kudlich**, s. 433. Benzer yönde bkz. **NK-Zacyzk**, § 22, kn. 47.

⁵⁰⁴ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 714.

⁵⁰⁵ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 714.

işletilebileceği vurgulanmaktadır⁵⁰⁶. Doktrin ve uygulamanın belirli ve probleme dayalı gerekçelendirme çabasını anlamsızlaştıracak böyle bir kriterin, ceza hukuku dogmatığının açık, objektifleştirilmiş kavramlar ve gerekçeler sağlamaya ilişkin görevini yerine getiremeyecek olmasına neden olacağı ileri sürülmektedir⁵⁰⁷.

Etki teorisinin ileri sürdüğü “toplumun hukuki düzenin geçerliliğine olan güveninin sarsılmasına elverişlilik (uygunluk)” kriterinin ne anlam ifade ettiği ve bir kişinin suça teşebbüsünün böyle bir etkiyi nasıl ortaya çıkarabileceği sorularının da cevaplanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁰⁸. Toplumun hukuki düzenin geçerliliğine olan güveninin genellikle sadece polis ve ceza yargısının ihmalinin bir sonucu olarak belirli suçların yaygınlaşması sebebiyle sarsılacağı, dolayısıyla bir suça teşebbüsün böyle bir etki meydana getiremeyeceği, doktrinde etki teorisine karşı ileri sürülen argümanlardan bir diğeridir⁵⁰⁹. Bir suçun işlenmesinin hukuki (haklılık) bilinci sarsabileceği ve hukuki özgürlükleri tehlikeye düşürebileceği ihtimaline dayanıldığında bile, bunların özellikle teşebbüs ile ulaşılması çok yüksek kriterler olduğu ifade edilmektedir. Etki teorisine yönelik bu itirazın, özellikle elverişsiz teşebbüs ele alındığında haklılığını ortaya koyduğu vurgulanmaktadır. Çünkü elverişsiz teşebbüsün haklılık bilincini zedelediği söylenebilirse de sarsması pek olası değildir ve zaten elverişsiz olduğu için kural olarak hukuki özgürlükleri tehlikeye düşürmesi de zordur. Kriter olarak belirlenen söz konusu etkinin fiili (gerçek) bir tespit derecesinde olmadığı, hatta sadece bir değerlendirme ile ilgili olması da bu durumu değiştirmeyecektir⁵¹⁰.

Sübjektif teoriyi sadece “etki” açısından sınırlandıran görüşün, harici olarak değeri olmayan davranış biçimlerinde, fiilen hukuk düzenini sarsıcı etkiden nasıl hareket edilebileceği sorununu ortaya çıkarması, teoriye yönelik eleştirilerin bir diğerini oluşturmaktadır. Bu yüzden etki teorisinin kişinin anlayışına (duygusuna, sezgisine) bağlı olarak istediği sonucu çıkartabileceği içi boş-anlamsız kriterler

⁵⁰⁶ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 714. Teori tarafından getirilen kriter, ceza teorilerinde (genel önleme yaklaşımında) başvurulduğu yönünde eleştiri için bkz. **Rath**, Heft 11, s. 1008. Benzer yönde, etki teorisi uyarınca elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının, cezanın pozitif genel önleme amacı ile gerekçelendirildiği ifade edilmektedir (**Frister**, kn. 23/4)

⁵⁰⁷ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 714.

⁵⁰⁸ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 714; **Rath**, Heft 11, s. 1008.

⁵⁰⁹ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 714-715. *Jescheck/Weigend*, fail tarafından önemli bir engelin görülememesi nedeniyle tamamlanamayan bir fiilin de bu etkiye sahip olabileceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, fail en azından fiili gerçekleştirebileceğini göstermiştir ve neticenin gerçekleşmemesi bir tesadüften kaynaklanabilir (**Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 530).

⁵¹⁰ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 715.

ortaya koyduğu ve tam anlamıyla bilimsel-dogmatik bir teori olmadığı ifade edilmektedir⁵¹¹.

Eser'in “şimdiye kadar daha iyisinin bulunmadığı teori” olarak ifade ettiği⁵¹² etki teorisinin varlığı, *Hirsch* tarafından da buna dayandırılmaktadır. Ayrıca *Hirsch*, teori ile en azından elverişsiz teşebbüsün tipik olarak sınırlandırılması ihtiyacına işaret edilmiş olduğunu ifade etmektedir⁵¹³.

IV. TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİNİ SINIRLANDIRMA HUSUSUNDA YENİ ÇABALAR

A. Genel Olarak

Alman ceza hukukunda, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini sınırlandırma hususunda yeni çabaların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu doğrultuda, doktrinde çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Söz konusu teorilerin iki grup altında toplanarak incelenmesi mümkündür. Bunlardan ilk grubu, *Schmidhäuser*, *Alwart*, *Hirsch*, *Kratzsch* ve *Bottke*'nin pozitif hukuk doğrultusunda soruna çözüm önerisi sunmaya çalıştıkları teorileri oluşturmaktadır. İkinci gruptaki teoriler ise, idealist felsefeden yola çıkarak teşebbüsün cezalandırılma sebebini temellendirmeye çalışmaktadır. Söz konusu teorilerin başlıca temsilcileri *Zaczyk*, *Rath* ve *Köhler*'dir. Alman Ceza Kanunu'nun mevcut düzenlemesi ile oldukça farklılık arz eden bu görüşler, aslında Alman ceza hukuku açısından köklü bir bakış açısı değişikliğini de ifade etmektedir.

⁵¹¹ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 715.

⁵¹² **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 22.

⁵¹³ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 715.

B. Pozitif Hukuka Dayalı Teoriler

1. Döalist Teori

Schmidhäuser ve onun öğrencisi *Alwart* döalist bir teŖebbüs öğretisi geliŖtirmişlerdir⁵¹⁴. Buna göre, cezalandırılabilir bir teŖebbüsten söz edilebilmesi için, ya failin suç tipini gerçekleştirme maksadı (*Absicht*)⁵¹⁵ taşıması ya da failin hareketinin suçun maddi konusunu somut bir tehlike içine sokması (*tipe yakın tehlikenin açığa çıkması*) gerekir⁵¹⁶. Bu çerçevede, *Schmidhäuser* ve *Alwart* teŖebbüsün cezalandırılabilirliğinin esasını açıklarken, çoğunluğun düşüncesinden ayrılmaktadır. Çünkü döalist anlayışa göre, kural olarak hem failin sübjektif karşı geliŖi (*Zielunwert*) hem de failin hareketinin objektif tehlikeliliği (*Gefährdungsunwert*) tek başına değersizlik hükmünü gerekçelendirmek için yeterli olabilecektir. Ayrıca teori uyarınca, basit kast (*dolus directus II. Grades* = “*einfachem*” *dolus directus*) veya olası kast (*dolus eventualis*) ile gerçekleştirilen ve suç konusu üzerinde somut bir tehlikeye sebebiyet vermeyen hareketler, teŖebbüs olarak cezalandırılabilir değildir⁵¹⁷. Bu pratik olarak, elverişsiz teŖebbüsün sadece maksatlı (*Absicht*) hareketlerde, yani birinci dereceden doğrudan kastın varlığı hâlinde cezalandırılabilmesi; ancak *ikinci dereceden doğrudan (basit) kast* veya *olası kast* ile işlendiğinde cezalandırılmayacağını ifade etmektedir. Alman Ceza Kanunu’ndan elverişsiz teŖebbüsün sadece failin maksatlı hareketlerinde cezalandırılması gerektiğine ilişkin hiçbir emareye ulaşamadığı için, bu öğreti Alman ceza hukuku doktrininde kendisine hiç taraftar bulamamıştır⁵¹⁸.

⁵¹⁴ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 51; **Weigend**, Entwicklung, s. 120; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 67a.

⁵¹⁵ *Absicht*, maksat veya saik, Alman ceza hukuku doktrininde kastın yoğun şekli olarak kabul edilmektedir ve birinci dereceden doğrudan kast (*dolus directus ersten Grades*) olarak nitelendirilmektedir (**Wessels/Beulke/Satzger**, § 7, kn. 317; **Gropp**, § 4, kn. 159; **Heinrich**, AT, § 12, kn. 282; **Hauf**, s. 31; **Joecks/Jäger**, § 15, kn. 9; **Kindhäuser**, § 14, kn. 1; **Otto**, § 7, kn. 29; **Tofahrn** Sabine, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Vorsätzliches und fahrlässiges Begehungsdelikt, 4., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, Heidelberg 2017, kn. 108, s. 59).

⁵¹⁶ **Schmidhäuser** Eberhard, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, Tübingen, 1970, § 15, kn. 12; **Alwart** Heiner, Strafwürdiges Versuchen, Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts, Strafrechtliche Abhandlungen, Band 44, s. 182-184; **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 51; **Weigend**, Entwicklung, s. 120; **LK-Hillenkamp**, Vor. § 22, kn. 86.

⁵¹⁷ **Weigend**, Entwicklung, s. 120.

⁵¹⁸ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 51; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 67a.

2. Tehlikeli-Tehlikesiz Elverişsiz Teşebbüs Ayırımına Dayalı Görüş

a. Teorinin Esası

Hirsch'e göre, her şeyden önce tespit edilmesi gereken, elverişli ve elverişsiz teşebbüs ayırımının birbirinin karşıtı olan iki grubu oluşturmadığıdır. Elverişli bir teşebbüste *ex-ante* bakış açısına dayanıldığında, suçun maddi konusunun veya suçta kullanılan aracın *ex-post* olarak elverişsiz olması önem taşımaz. Aksine, failin yerine ölçüt olarak alınan makul üçüncü kişinin *ex-ante* bakış açısından bunların elverişliliği belirleyicidir. Tıpe uygun hareketin gerçekleştirilmesinin gerçek bir olasılık olduğu ve aynı zamanda davranışın *ex-ante* bir belirleme ile somut olarak tehlikeli olduğu fikrine ulaşılması durumunda bu, hareket başlangıcı ve dolayısıyla bir teşebbüs olarak değerlendirilecektir. Örneğin bir kişi, öldürme kastıyla mağdurun o anda yatağında olduğunu düşünerek, yatağa ateş ederse ancak mağdur o esnada yatakta bulunmaz ve bu fail tarafından fark edilmez ise, öldürmeye ilişkin somut tehlikeli bir davranış bulunmaktadır. Aynı şekilde park halindeki bir araca, sürücünün az önce öldüğünü kestiremeyerek, öldürme amacıyla patlayıcı yerleştiren fail için de bu geçerlidir. Bir kişi, dolu olması muhtemel olan bir silahı kullanır, daha sonra bu silah boş çıkarsa da tehlikelilik bulunmaktadır. Bunun aksine, dozunun çok az olduğu açık bir şekilde belli olan uyku ilacının öldürme amacıyla mağdura verildiği veya aynı şekilde havalı tüfeğin menzilinin çok net bir şekilde dışında olan, bir suç konusuna ateş edildiği durumlarda tehlikelilik bulunmamaktadır⁵¹⁹.

Hirsch'e göre elverişli ve elverişsiz teşebbüsün karşıt iki durum olduğu şeklindeki kabul, *ex-post* bakış açısından çıkan şu hipotezle de çürütülebilir: *Ex-post* bakış açısı hem elverişsiz teşebbüste hem de elverişli teşebbüste uygulandığında, her ikisinin de elverişsiz olması gerektiği sonucuna ulaşılmasına neden olur. *Ex-post* olarak tüm durumlar görüldüğünde, örneğin öldürülmesi istenen mağdura, kötü nişan alınması sonucu isabet etmeyen atışta da elverişsiz bir teşebbüs söz konusu olacaktır⁵²⁰.

Hirsch, yukarıda ifade edilen gerekçelerle, elverişli ve elverişsiz teşebbüs arasında bir ayırım yapmanın doğru olmadığını savunmaktadır. Yani, öldürme

⁵¹⁹ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 719; **Herzberg**, Versuch, s. 260.

⁵²⁰ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 720.

kastının gerçekleştirilip gerçekleştirilememesinin, elverişli bir aracın kötü kullanılmasından ya da aslında elverişsiz olan, ancak makul üçüncü kişinin değerlendirmesine göre somut olarak elverişli bir aracın kullanılmasından kaynaklanması, değerlendirme bakımından önemli bir fark yaratmaz. Bu nedenle, tehlikeli elverişsiz teşebbüs durumları, elverişli teşebbüs durumlarından dogmatik bakış açısı uyarınca farklı değildir. Cezalandırmanın sebebi, her ikisinde de aynıdır⁵²¹.

Bu çerçevede *Hirsch*, asıl problemleri noktayı tehlikesiz elverişsiz teşebbüs durumlarının oluşturduğu sonucuna ulaşmaktadır. Çünkü, bu durumlar, *ex-post* bakış açısından başlangıçtan itibaren suç tipinin gerçekleşmesine yol açamayacak olan ve objektifleştirilmiş *ex-ante* bakış açısından da böyle bir risk bulundurmeyen bir fiil ile kastın ortaya konduğu durumlardır. Burada önem arz eden, teşebbüsün cezalandırılma sebebinin ne olduğudur: *Suç işlemeye yönelik hukuka düşman (rechtsfeindlich) iradenin genel hukuk düzeni için tehlike oluşturması ve toplumda hukuk düzenini sarsıcı etki yaratması*. Bu bağlamda, “tipe yaklaşan tehlike” ve “hukuk düzenini sarsıcı norm ihlali” şeklinde iki farklı cezalandırma sebebinden söz edilmektedir. Bu nedenle *Hirsch*, elverişli-elverişsiz teşebbüs arasındaki farka dayalı olarak yapılan bu ayrımın, aslında tehlikeli ve tehlikesiz teşebbüs arasındaki karşıtlığı ifade ettiğini söylemektedir⁵²².

Tehlikesiz elverişsiz teşebbüs durumlarının, tehlikeli teşebbüs durumlarına dâhil edilip edilemeyeceği sorunu ele alan *Hirsch*'e göre, henüz tipik hareketin bulunmadığı, hatta bunun sadece fail tarafından tahayyül edildiği tehlikesiz elverişsiz teşebbüs durumları, maddi olarak tehlikeli teşebbüs durumlarından tamamen farklıdır. Gerçek bir teşebbüste, davranışın, failin konumuna sahip makul anlayışlı her üçüncü kişi için, failin suç planını göz önünde bulundurarak ilgili suç tipinin somut olarak gerçekleştirilmesine bir başlangıç olduğu açık iken, bunun tehlikesiz teşebbüs durumlarında bulunmadığı yine her makul kişi için açıktır. Bu nedenle, tehlikesiz teşebbüs durumlarında öldürme, yaralama, mala zarar verme gibi suçlara bir teşebbüsün gerçekleştiğinden söz edilemez. Sadece somut fiille bağlantılı,

⁵²¹ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 720.

⁵²² **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 720-721.

tehlikesiz bir suç iradesinin gösterilmesinin söz konusu olduğu bu durumda, en fazla gerçek olmayan bir teşebbüsten bahsedilebilir⁵²³.

Bu ifade edilenler doğrultusunda *Hirsch*, teşebbüs durumları arasında farklı bir sınıflandırmaya giderek, “gerçek ve gerçek olmayan teşebbüs” ayrımı yapmaktadır. Gerçek olmayan teşebbüs durumlarının, gerçek teşebbüs durumlarıyla eşit değerlendirilmesine, maddi ve yoğunluk farklarının engel olduğunu ifade etmektedir. *Hirsch*'e göre, ceza hukuku değerlendirmelerinde gerçekliği esas almak isteyen radikal objektivistlerin de mevcut hükümde bu durumların birlikte ele alınmasına itiraz etmeleri gerekir. Bu bağlamda, gerçek olmayan teşebbüs durumlarının *en azından*, farklı bir nitelikleme ile, önemli ölçüde daha düşük cezaya sahip ve aynı zamanda sadece cünha olarak sınıflandırıldığı müstakil bir hüküm altında düzenlenmeleri gerektiği görüşündedir⁵²⁴.

Bu önerisiyle birlikte *Hirsch*, tehlikesiz teşebbüs durumlarının cezalandırılmasının, modern ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşabilirliğini de bir sorun olarak görmektedir. “Fiil ceza hukuku (*Tatstrafrecht*)”, çoğu ülkenin ceza hukuku sisteminde olduğu gibi, Alman ceza hukukunun da temel ilkelerinden biridir. Sadece harekete geçme kararı, cezalandırılabilir değildir. Kimse, sadece düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz. Bilakis, kötü olan iradenin tamamen veya kısmen objektif olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu sadece iradenin henüz anlaşılabilir olmamasından değil, ayrıca ahlakın devlet aracılığıyla zorlanamamasından da kaynaklanmaktadır. *Hirsch*'e göre tehlikesiz teşebbüs durumlarında baştan itibaren *ex-ante* ve daha ziyade *ex-post* bakış açısından ilgili suçu gerçekleştirmeye yol açma olasılığı bulunmaması, bu anlamda bir eksiklik oluşturur. Burada sadece, haksızlığın nötr olduğu, kötülük iradesini gösteren bir hareket söz konusudur ve bu fiil ceza hukuku karşısında düşünce ceza hukukunun lehine bir ifade olmaktadır. Tehlikesiz teşebbüs durumlarında cezalandırmanın, işlenmiş somut fiilin haksızlık içeriğini cezalandırma ile bir alakasının olmadığını, aksine kötülük iradesini-tasavvurunun aksine objektif olarak -elverişsiz olsa dahi- göstermede çekince görmeyen bir kişiye karşı geleceğe yönelik bir koruma meselesi ile ilgili olduğunu ifade eden *Hirsch*, cezalandırma sebebinin bulunduğu tek teşebbüsü “gerçek teşebbüs” olarak görmektedir. Zira, cezalandırma sebebi olarak

⁵²³ **Hirsch**, *Tatstrafrecht*, s. 721.

⁵²⁴ **Hirsch**, *Tatstrafrecht*, s. 721.

sadece “kişinin tehlikeliliği” esas alınır, bu, “her zaman bir fiilin cezalandırılmasını gerektiren” fiil ceza hukuku ile fail ceza hukukunun yer değiştirmesi anlamına gelecektir⁵²⁵.

Dolayısıyla özet olarak, aslında ayırımın elverişli ve elverişsiz teşebbüs arasında değil, tehlikeli ve tehlikesiz teşebbüs arasında söz konusu olduğu düşüncesinde olan *Hirsch*, bu iki teşebbüs türünü de kapsayan “gerçek ve gerçek olmayan teşebbüs” terimlerinin kullanılabilmesini ifade etmektedir. Gerçek teşebbüs altında, klasik elverişli teşebbüsün (*tauglicher Versuch*) yanında, ilgili tipin gerçekleştirilmesi için *ex ante* bakış açısından objektif olarak tehlikeli davranışın söz konusu olduğu, suç işleme kararının gösterildiği elverişsiz teşebbüs (*untauglicher Versuch*) bulunur. *Ex-ante* bakış açısından objektif olarak tehlikeli olmayan, sadece suç işleme kararının gösterildiği gerçek olmayan elverişsiz teşebbüs ise, tür ve ağırlığına göre farklılık arz etmektedir. Bu yüzden, gerçek teşebbüsten keskin bir şekilde ayrılmalı ve bir suça teşebbüs olarak nitelendirilmemeli ve sınıflandırılmamalıdır. Gerçek olmayan teşebbüs durumlarının cezalandırılması, düşünce ceza hukukuna sebebiyet vereceği ve aynı zamanda geçerli olan fiil ceza hukuku ilkesi ile bağdaşmayacağı için, ceza hukukuna hiçbir şekilde dâhil olamaz⁵²⁶.

b. Teorinin Eleştirisi

Roxin, *Hirsch*'in tehlikeli teşebbüsü, yeni tehlike teorisi uyarınca ele alınan şekilde, failin suç planını bilen makul üçüncü kişinin *ex-ante* bakış açısından suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelik somut bir tehlikenin bulunması şeklinde anladığını ifade etmektedir. Diğer taraftan, düşünce ceza hukukuna yol açacağı ve geçerli fiil ceza hukuku ile bağdaşmayacağı düşüncesiyle, tehlikesiz elverişsiz teşebbüs durumlarının cezasız bırakılmasını istemesini de cezalandırılabilirliği sınırlamak için diğer yazarlarca ileri sürülen kanunla bağdaşmayan çözümlerden daha dikkate değer bulmaktadır. Çünkü, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası, üçüncü kişinin *ex-ante* bakış açısından tamamen tehlikesiz olan ve ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs durumlarının dahi kural olarak

⁵²⁵ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 721-723.

⁵²⁶ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 725-726.

cezalandırılabilir olduğunu açıklamaktadır. Bu nedenle *Roxin*'e göre, söz konusu hükmü, yanlış bir subjektif yorumun “*kabul edilemez*” sonuçlarını önleme işlevi taşıyan bir düzenleme olarak gören *Hirsch*'in⁵²⁷ perspektifinin kanuna aykırı olduğu söylenemez. Bununla birlikte, Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin 22. maddesinin makul üçüncü kişinin bakış açısına değil, hatta sadece failin tasavvuruna göre icraya başlama ölçütüne dayandığını ifade etmektedir⁵²⁸.

3. Teşebbüsün Soyut Tehlike Suçu Olduğu Görüşü

Kratzsch teşebbüsü soyut tehlike suçu olarak görmektedir ve görüşünü Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesi ile temellendirmektedir⁵²⁹. Bu bağlamda, *Kratzsch*'a göre öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken, kanunda tamamlanmış bir teşebbüs, başlamış bir fiil ve suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlamanın neden eşit değerde görüldüğüdür. Bu eşitlik, Kanun'dan açık bir şekilde anlaşılacak şekilde birlikte, Kanun'un 24. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesince doğrulanmaktadır. Buna göre, salt “*file başlama*” da sadece suç tipinin gerçekleşmesine ilişkin (kesin) tehlike durumunda ortaya çıkmaktadır⁵³⁰.

Teşebbüsün bu nedensel yapısı nedeniyle, istatistiksel bir olasılık hükmü şeklinde bir düzenleme yapmak ve suç tipinin gerçekleştirilmesine ilişkin tehlikenin derecesini değerlendirmek, kanunkoyucu için tek seçenek olarak kalmaktadır⁵³¹:

Kratzsch'a göre, Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin unsurlarını gerçekleştiren failin, aynı zamanda ilgili hukuki değeri tehlikeye sokacağına ilişkin

⁵²⁷ *Hirsch*'in 23. maddenin 3. fıkrasına ilişkin bu görüşü için bkz. **Hirsch**, *Tatstrafrecht*, s. 713, 727.

⁵²⁸ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 57. *Herzberg*'e göre *Hirsch*, Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesinde tüm teşebbüs durumları için gerekli, müşterek bir koşul olarak ifade edilen “doğrudan doğruya bir suç tipinin gerçekleştirilmesinin icrasına başlanılmasını”, “doğrudan doğruya *gerçekten* bir suç tipinin gerçekleştirilmesinin icrasına başlanılması” olarak yorumlamaktadır. Fakat *Herzberg*'e göre, icranın başlamasının makul anlayışlı üçüncü bir kişinin görüşüne bağlanmasından kaynaklanan bu durum, kanunun bir yorumu olmadığı gibi, aksine kanunun ilgili maddesinin (Alm. CK. m. 22) dikkate alınmadığını göstermektedir (**Herzberg**, *Versuch*, s. 261).

⁵²⁹ **Alm. CK. m. 24/1-** “*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 tamamlanmamış idi ise, fiilin tamamlanmasını önlemek için, gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olan fail cezalandırılmaz*” (**Yenisey/Plagemann**, s. 21).

⁵³⁰ **Kratzsch** Dietrich, “Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel-ein absolut untauglicher Versuch? (Teil 2)”, JA 1983, Heft 11, s. 581.

⁵³¹ **Kratzsch**, s. 580

kesin bir olasılık yeterlidir. Bu olasılıkla, tehlikenin somut olayda gerçekten meydana gelip gelemeyeceği tespit edilmez. Çünkü tüm olasılık hükümlerinde olduğu gibi, 22. maddeyi esas alan tehlike hükmü de somut olaya ilişkin bir şey ifade etmez, hatta sadece somut olaydaki fiilin “*tehlikeli teşebbüs hareketi sınıfına dâhil olma olasılığını*” ortaya koyar. Soyut anlamdaki bu istatistiksel olasılık hükmü, mutlak elverişsiz teşebbüs için de uygulanabilir. Mutlak elverişsiz teşebbüs, somut olaydaki suç konusu için değil, fakat X, Y, Z unsurlarıyla birlikte başka bir gerçeklikte ilgili hukuki değer için tehlike ortaya çıkarabilir. Ancak, tehlikesiz olduğu belirlenen bir elverişsiz teşebbüs, aynı zamanda soyut olarak da tehlikeli değildir. Mevcut olmayan koşullar altında tehlikeli olabilecekse, soyut bir tehlikeye sebebiyet vermez. Ayrıca, soyut tehlike suçları, neticenin meydana gelme olasılığının hiçbir zaman (veya neredeyse hiçbir zaman) imkânsızlaşamayacağı düşüncesine dayanmaktayken; tehlikesiz teşebbüste neticenin ortaya çıkma olasılığı *ex ante* kesin olarak imkânsızlaşabilecektir⁵³².

4. Orantılılık ve Belirlilik İlkesine Dayalı Görüş

a. Teorinin Esası

Alman ceza hukuku doktrinde, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini eleştiren ve bu konuda bir sınırlama çabasına giren bir diğer kişi de *Bottke*'dir. Bu konuda *Bottke*'nin, diğer yazarlara nazaran, Alman pozitif hukukunda yer alan düzenlemeleri daha çok göz önünde bulunduran bir yaklaşım sergilediği söylenebilir.

Bottke, suçta kullanılan araçların elverişsizliğinde ve suçun konusundan kaynaklanan elverişsizlikte Alman Ceza Kanunu'ndan çıkan sonuçları kabul etmektedir. Bununla birlikte, Alman Anayasası'nın elverişsiz teşebbüsü “*cezalandırılmaz*” hâle getirdiğini, esasen ceza hâkiminin de elverişsiz teşebbüs durumlarını cezalandıramayacağını ifade etmektedir. *Bottke*'ye göre Alman Ceza Kanunu'nun 22. ve 23/3. maddelerine ilişkin bir dava söz konusu olduğunda, bunun Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne sunulması gereklidir⁵³³.

⁵³² **Kratzsch**, s. 581; **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 54.

⁵³³ **Bottke** Wilfried, “Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt”, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, München 2000, s. 161.

Bottke, Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesinde farklı hukuki değerlerin aynı değerlendirmeye tabi tutulmasını görüşüne dayanak olarak göstermektedir. Örneğin, öldürmeye teşebbüste, teşebbüsün elverişli olup olmadığına göre farklı hukuki değerler korunmaktadır. Elverişli teşebbüs durumunda anayasal ve suçla korunan bir hukuki değer olan “yaşam hakkı” korunurken; elverişsiz teşebbüste sadece bir ceza hukuku değeri olan, Anayasa ile korunan bir hukuki değer niteliği taşımayan “toplum barışı ve toplumun hukuka olan güveni” korunmaktadır. Anayasa’da yer alan orantılılık ve belirlilik ilkelerinin ihlali anlamına gelen bu durum, Alman Anayasası’na aykırılık oluşturmaktadır⁵³⁴. Keza *Bottke*’ye göre, Anayasa’daki bu ilkelere “anayasal şekilde korunmayan hiçbir hukuki değer, suçla korunan hukuki değer olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla böyle bir değeri ihlal eden bir fiilin de suç olamayacağı” sonucuna ulaşılmaktadır⁵³⁵.

b. Teorinin Eleştirisi

Bottke’nin görüşü, elverişsiz bir teşebbüsün elverişli bir teşebbüsten daha az cezalandırmaya değer olduğu noktasında kabul edilmektedir⁵³⁶. Buna karşılık *Roxin*, bu durumun inatla savunmuş olduğu “düalist cezalandırma sebebi”nden kaynaklandığını, dolayısıyla ikisinin cezalandırılma nedenlerinin kısmen farklı temellere dayandığını ifade etmiştir. Teşebbüste düalist cezalandırılma sebebinden (*dualistische Versuchskonzeption*) hareket eden *Roxin*’e göre, elverişli teşebbüsün cezalandırılması “tipe yakın tehlikenin açığa çıkması”na dayanmaktayken; elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği, “hukuk düzenini bozucu norm ihlalinde bulunulmuş olması”ndan kaynaklanmaktadır⁵³⁷.

Roxin’e göre, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması, elverişli teşebbüs ile benzerlikleri de bulunması nedeniyle, Anayasa’ya aykırılık olarak görülemez. Elverişsiz teşebbüsün içerdiği daha az haksızlığın, ceza indiriminde ve koşulları oluştuğunda Alman Ceza Kanunu’nun 23. maddesinin 3. fıkrası uyarınca dikkate alınabileceğini ifade etmektedir⁵³⁸.

⁵³⁴ **Bottke**, s. 156-157; **Roxin**, Strafbarkeit, s. 830.

⁵³⁵ **Bottke**, s. 158.

⁵³⁶ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 56; **Herzberg**, Versuch, s. 263.

⁵³⁷ **Roxin**, AT II, 29 II, kn. 11, 13; **Roxin**, Strafbarkeit, s. 841.

⁵³⁸ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 56.

C. İdealist Felsefeye Dayalı Teoriler

1. Somut Bir Tanıma (Kabul Etme) İlişkisinin İhlali Olan Haksızlık Anlayışı

a. Teorinin Esası

Zaczyk'in görüşüne temel aldığı ve ihlalini haksızlık olarak addettiği ilişki, tanıma-kabul etme ilişkisidir. *Zaczyk*'in düşüncelerinin anlaşılabilmesi için öncelikle felsefik bir kavram olan tanıma-kabul etme ilişkisinin içeriğinin açıklanması gerekir. Burada kastedilen, *Fichte*'nin toplumsal ilişkinin bir koşulu olarak öngördüğü tanıma-kabul etme ilişkisidir ("*Anerkennungsverhältnis*").

Fichte'ye göre özne (ben), kendisini hem sınırlar koyan hem de bu sınırları aşan bir varlık olarak, kendi karşısına koyduğu maddi dünyayı etkin bir şekilde dönüştüren bir varlık olarak bulmuştur. Böylece, özne (ben), etkinlik olarak "ben-olmayan"la, yani maddi dünyayla sınırlandırılmıştır. *Fichte*'ye göre ben'in kendisini kavraması, kendisini bir çokluğun parçası olarak görmesi ile mümkün olabilecek; özgürlük ve özbilinç öznelerarası bir dolayımından geçerek oluşacaktır. Bu çoklukta ben, kendi özgürlüğünün (etkinlik-eylem alanının), diğerlerinin özgürlüklerini ortadan kaldırmayacak biçimde sınırlandırılmasını ister (davet-çağrı). İşte bu sınırlandırma isteğinde bulunanı akılsal bir varlık olarak idrak etmek ve eylemde bulunurken bunu dikkate almak, diğer "ben"i tanımak-kabul etmek (*Anerkennen*) anlamına gelir. Kendi özgürlüğünün sınırını oluşturan bireyler olduğunda ve diğerlerinin özgürlükleri kabul edildiğinde ben de özgür olur. Bireyin kendi faaliyet alanında mümkün olan bu özgürlüğü, özgür varlıklar arasında bir tanıma-kabul etme ilişkisinin varlığını gerektirir⁵³⁹.

Zaczyk'in idealist felsefeyle temellendirdiği düşüncesinde de kastedilen ilişki budur. *Zaczyk*'e göre, harekete haksızlık niteliğini veren onun ihlal için nedensel uygunluğu değildir, söz konusu hareket ile bir "*tanıma-kabul etme ilişkisi*"nin ihlal

⁵³⁹ **Bektaş** Canan, *Fichte'de Öznelerarasılık ve Beden Sorunu*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 54-55.

edilmesidir⁵⁴⁰. Bu bağlamda, teşebbüsün haksızlığı için de mevcut bir “*tanıma ilişkisi*”nin ihlal edilmesi gerektiği tezini savunmaktadır⁵⁴¹. Bu nedenle, hareketin araçsal olarak tamamlanmasının gerçekleşmediği durumlarda bile, güven ihlali (*Vertrauensverletzung*) sebebiyle haksızlık bulunmaktadır. Bu da teşebbüsün kapsamının hareketin yetersizliği sebebiyle tamamlanmaması durumlarına kadar uzanması anlamına gelmektedir. Örneğin şekerle zehirlenme, uzak mesafeye veya boş bir silahla ateş etme, zehrin dozunun çok az olması teşebbüs haksızlığı içermektedir⁵⁴².

Görüş, teşebbüsü hukuken tesis edilmiş özgürlük (etkinlik-eylem) alanına bir müdahale olarak haksız addetmektedir. Fail, fiiliyle sadece ülkedeki hukuki düzeni değil, ayrıca bir başkasıyla arasındaki tamamen somut bir ilişkiyi de ihlal etmiş olmaktadır. İhlalin söz konusu olabilmesi için, temelinde bir tanıma ilişkisinin mevcut olması gereklidir. Tanıma ilişkisi de saldırıda bulunulan kişi veya kamu yararı ile bir hukuki ilişkinin gerçekten varlığını gerektirir, çünkü yalnızca bu koşulda bir teşebbüs ihlali söz konusu olabilir. Haksızlığın gerçekleşmesi için, mağdurun fail tarafından somutlaştırılması gereklidir⁵⁴³. Bu nedenle, avcının yaşadığını zannederek bir ölüye veya bir insanla karıştırdığı ağaç gövdesine ateş etmesi, tanıma ilişkisi ihlal edilmediği için teşebbüs olarak cezalandırılmayacaktır. Buna karşılık, az önce mağdurun terk etmiş olduğu yatağa ateş etmede veya boş bir cebe el atmada, tanıma ilişkisi ihlali söz konusu olduğu için cezalandırılabilir bir teşebbüs söz konusudur⁵⁴⁴. Önceden ölmüş bir kişiye ateş edilmesinde artık bir güven ihlali bulunamayacak olmasına rağmen, fail boş bir cebe el attığında hırsızlığa teşebbüs etmiş olmaktadır. Çünkü mağdur, sahip olduğu olasılıklardan (parayı sağ veya sol cebine koyma) birini seçerek diğerini dışarıda bırakmıştır. Bu bağlamda, failin neticeyi gerçekleştirip gerçekleştirilememesi, tesadüfidir. Fiilin başarısızlığının, hukuki bir kişi olarak mağdurun özerkliğinden kaynaklandığı bir durumda, söz konusu teşebbüs bir haksızlık içerir⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ **Zaczyk**, Unrecht, s. 250-251; **Timpe**, s. 761; **LK-Hillenkamp**, Vor. § 22, kn. 88.

⁵⁴¹ **Roxin**, Strafbarkeit, s. 830; **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 52.

⁵⁴² **Zaczyk**, Unrecht, s. 251.

⁵⁴³ **Timpe**, s. 761-762.

⁵⁴⁴ **Roxin**, Strafbarkeit, s. 830.

⁵⁴⁵ **Zaczyk**, Unrecht, s. 256; **Timpe**, s. 762.

b. Teorinin Eleştirisi

Haksızlığı somut bir tanıma-kabul etme ilişkisinin ihlali olarak tanımlayan ve teşebbüsün haksızlık niteliği için de bunun aynı şekilde geçerli ve gerekli olduğunu savunan *Zaczyk*, doktrinde hâkim olan görüşle bağdaşmadığı için eleştirilerden uzak kalamamıştır. Öncelikle *Zaczyk*'in teşebbüsün cezalandırılma gerekçesine ilişkin felsefi düşüncelerden yola çıkarak elverişsiz teşebbüsün bir kısmının cezasızlığı sonucuna varma çabasının metodolojik yaklaşımda kabul edilemez olduğu, izlenen suç politikasının da bu gerekçelendirme yönteminin yol açtığı sonuçları desteklemediği ifade edilmiştir⁵⁴⁶.

Roxin'e göre, ceza hukukunun hukuki yararların korunmasındaki yardımcı işlevini etkili bir şekilde yerine getirebilmesi için, hukuki yarar için izin verilen riskin dışındaki tüm risklerin (tehlikelerin) kanunen yasaklanması gerekir. Hukuki yarar için izin verilmeyen bir riskin meydana getirilmesi, teşebbüsü de gerekçelendirmektedir. Bu husus, elverişsiz araçlarla ve suçun konusunun elverişsizliğinde teşebbüs için de aynı şekilde geçerlidir. Tabancanın mermi yüklü olup olmadığını bilmeden bir başkasının kafasına dayayan kişi ile yerde sabit şekilde yatan birine onun ölü olup olmadığını bilmediği için önlem olsun diye ateş eden kişi aynı derecede izin verilmeyen bir risk yaratmaktadır. Tehlikenin mevcudiyeti, ancak fiilin gerçekleştirilme anına göre bir değerlendirme ile ortaya çıkabileceğinden; tehlike hükmü, tabancanın boş veya mağdurun ölü olmasından bağımsızdır. Teşebbüsün belirleyici ölçütünü “*izin verilmeyen bir risk yaratılması*” olarak açıklayan *Roxin*, bunun elverişli ve tehlikeli elverişsiz teşebbüste de bulunduğunu ifade etmektedir. Ceza hukukunun amaçları doğrultusunda cezalandırma sebebi olarak, izin verilmeyen bir tehlikenin yaratılması yeterli olunca, felsefi temele dayalı öğretiyeye göre elverişsiz teşebbüste kısmen cezalandırıp kısmen cezasız bırakmaya yönelik yapılan ayırım benimsenebilir olmamaktadır. Hukukta hareket noktasının felsefi öğretiler değil, kanun olması gerektiğini vurgulamakla birlikte *Roxin*, felsefeye dayalı bakış açılarının ceza hukukuna ilişkin problemleri çözmeye yardımcı olabileceğini de inkâr etmemektedir. Ancak söz konusu görüşün olduğunun aksine

⁵⁴⁶ **Roxin**, Strafbarkeit, s. 831.

bu yaklaşımların, daima suç politikasının çerçevesinde kanunun makul yorumuyla sınırlı kalması gerektiğine vurgu yapmaktadır⁵⁴⁷.

Teoriyi Alman doktrininde eleştirenlerden bir diğeri olan *Herzberg*'e göre de *Zaczyk*, teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin kendi gerekçesini kanuni sebepten üstün kabul etmektedir. Çünkü *Zaczyk*, teşebbüsün haksızlığı için kanunun öngörmediği koşulları dâhil ederek oluşturmuş olduğu keyfi koşullarla, teşebbüsün cezalandırılabilirliğini kanuna aykırı şekilde sınırlandırmış olmaktadır⁵⁴⁸.

Teoriye yöneltelen bir diğeri eleştiri de “*şüpheden sanık yararlanır ilkesi*” bağlamında ulaşılan sonuç açısından getirilmektedir. Bir yaralıya ateş edilmesi durumunda, yaralı kişinin bu atış sonucu ölmüş olduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanamamış ve yaralının failin atışından önce zaten ölü olduğu olasılığı da tamamen dışlanamamışsa, bu teori doğrultusunda fail beraat edecektir. Böyle bir durumda fail, yerde yatan yaralının kafasına ateş etmiş ve muhtemelen mağdurun ölümüne de failin bu fiili neden olmuş olabilir. Maddi olayın sonradan açıklığa kavuşturulamadığı her durum için, hâkimin belirsizlik nedeniyle beraat kararı vermesi gerektiği söylenemez⁵⁴⁹.

2. Fail ve Mağdur Arasındaki Hukuki İlişkinin Bozulmasına Dayalı Görüş

a. Teorinin Esası

Rath ise, teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin temelini, “*mağdurun eşitlik ve etki edebilme gücünün (hareket gücü-etkinlik alanı) karşılıklı saygı gördüğü hukuki ilişkinin dışına tipte özgülünen şekilde çıkarılması ve bu durumun mağdurun eşdeğer ölçüde bir savunma hareketini gerektirmesi*” olarak açıklamaktadır⁵⁵⁰. Başka bir ifadeyle *Rath*'e göre, teşebbüs haksızlığı, fail ve mağdur arasındaki hukuki ilişkinin bozulmasını (“*Dekonstruktion des Rechtsverhältnisses*”) gerektirmektedir⁵⁵¹. Bu durum, elverişsiz teşebbüs için de aynı şekilde geçerlidir. Failin hatalı olarak mermi

⁵⁴⁷ **Roxin**, Strafbarkeit, s. 831-833.

⁵⁴⁸ **Herzberg**, Versuch, s. 259.

⁵⁴⁹ **Herzberg**, Versuch, s. 259; **Roxin**, Strafbarkeit, s. 832.

⁵⁵⁰ **Rath**, Heft 12, s. 1111; **Herzberg**, Versuch, s. 259.

⁵⁵¹ **Roxin**, Strafbarkeit, s. 831; **Herzberg**, Versuch, s. 259; **LK-Hillenkamp**, Vor. § 22, kn. 89.

yüklü olduğunu düşündüğü ancak gerçekte boş olan bir tabancayla mağduru öldürmek istemesi durumunda, fail mağduru kendisi ile olan eşit konumundan çıkardığı ve ona bir nesne gibi davrandığı için elverişsiz bir teşebbüs söz konusudur⁵⁵². Bununla birlikte *Rath*, teşebbüs haksızlığının belirlenmesi çerçevesinde -hâkim görüşün aksine- en azından mağdurun elverişsizliği hemen ve kolaylıkla idrak ettiği veya hukuki yarar sahibinin artık var olmadığı durumların cezalandırılabilirliğinin bir istisnası olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü, böyle bir durumda fail ile mağdur arasındaki hukuki ilişkinin dış dünyada etkili, kanuni tipte özgülenen şekilde (tipik) bozulmasının söz konusu olmadığını ve eşdeğer bir savunma hareketinin de gerekli olmadığını iddia etmektedir⁵⁵³.

b. Teorinin Eleştirisi

Rath'ın Alman doktrinindeki klasik görüşlerden farklılık arz eden ve idealist felsefeye temellendirdiği bu görüşü, *Zaczyk*'e karşı ileri sürülen benzer eleştirilerle karşılaşmıştır. Öncelikle, teşebbüsün haksızlığını salt felsefeye dayalı bir sebepten çıkararak bu görüşün pozitif hukuku aştığı ve Alman Ceza Kanunu'ndaki mevcut düzenlemeyle bağdaşmadığı ifade edilmiştir⁵⁵⁴.

Rath'ın teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin temelini “mağdurun eşitlik ve etki edebilme gücünün karşılıklı saygı gördüğü hukuki ilişkinin dışına tipte özgülenen şekilde çıkarılması ve bu durumun mağdurun eşdeğer ölçüde bir savunma hareketini zorunlu kılması” şeklinde açıklaması, kusurlu eylemi (davranışı) sadece bir saldırı olarak yansıtması nedeniyle *Herzberg* tarafından tehlikeli görülmektedir. Örneğin, evinde sadece bir defalığına deneme olarak, hayali bir isimle sahte belge düzenlemeye başlayan failin suçüstü yakalanmasında, mağdurun herhangi bir hukuki ilişkinin dışına çıkmaya zorlanmasından ve herhangi bir eşdeğer savunma hareketinin gerekliliğinden söz edilemeyecektir. *Rath*'ın görüşü doğrultusunda hareket edildiğinde, söz konusu örnek açısından failin fiilinin teşebbüs olarak cezalandırılmasının mümkün olmadığı, böyle bir sonucun ise Alman Ceza Kanunu'nun belgede sahtecilik suçunu düzenleyen 267. maddesi ve teşebbüsün

⁵⁵² **Rath**, Heft 12, s. 1111; **Roxin**, Strafbarkeit, s. 831.

⁵⁵³ **Rath**, Heft 12, s. 1112; **Roxin**, Strafbarkeit, s. 831.

⁵⁵⁴ **Herzberg**, Versuch, s. 259; **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 55.

cezalandırılmasının gerekçesini açık bir şekilde “failin fiiline ilişkin kendi tasavvuruna göre suçun kanuni tipini gerçekleştirmeye doğrudan doğruya başlaması” olarak belirten 22. maddesi karşısında savunulamaz olduğu ifade edilmektedir. Kanuni zeminin dışına çıkarak yeni gerekçeler ileri sürmenin faydasız olacağını, belirleyici olanın kanun olduğunu belirten *Herzberg*, eleştirisinde kanunda teşebbüsün içerdiği haksızlığın ne mağdurun görüşüne (bilgisine) ne de failin var olduğunu zannettiği mağdurun objektif varlığına bağlı olduğunu, sadece failin tasavvuruna dayalı olduğunu ifade etmektedir⁵⁵⁵. Bu bağlamda, gerçekte mermi yüklü olmayan bir silahın tetiğine, onu dolu zannederek parmağını götüren ve birkaç saniye içinde öldürücü bir atışta bulunmayı bekleyen fail, hedefteki kişi bunu hiç fark etmemiş veya silahın boş olduğunu biliyor veya daha önce ölmüş olsa bile, Alman Ceza Kanunu’nun mevcut düzenlemesine göre kasten insan öldürmeye teşebbüs etmiştir⁵⁵⁶ (Alm. CK. m. 212).

Felsefeye dayalı teorilerle elverişsiz teşebbüste ayrımlamalara gidilmesini doğru bulmayan *Roxin, Zaczky*’e yönelttiği eleştirileri *Rath* için de tekrarlamakta, söz konusu görüşleri izlenen suç politikası açısından benimsenebilir bulmamaktadır. Fail tarafından öldürülmek istenen mağdurun, atıştan hemen önce ölmüş olması ile yatağından ayrılmış olması arasında cezalandırılmaya değerlik açısından herhangi bir fark görmeyen *Roxin*’e göre, “teşebbüsün tehlikeliliği” hukuki yararların korunmasını tek başına sağlayabilecek bir kriterdir ve bu nedenle bu tür ayrımlardan bağımsızdır⁵⁵⁷.

3. Hukuki İlişkinin Koşullarına Failin Etki Edebilirliğini Arayan Teori

a. Teorinin Esası

Teşebbüsün haksızlığını, *Zaczky* ve *Rath* ile benzer şekilde, felsefi bir gerekçeyle açıklayan bir diğer yazar da *Köhler*’dir. *Köhler*, düşüncelerini açıklarken, *Kant* ve *Fichte*’ye atıfta bulunmaktadır⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ **Herzberg**, Versuch, s. 259. Benzer yönde bkz. **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 55.

⁵⁵⁶ **Herzberg**, Versuch, s. 259.

⁵⁵⁷ **Roxin**, Strafbarkeit, s. 832.

⁵⁵⁸ **Köhler**, s. 458, dn. 14; **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 53; **Herzberg**, Versuch, s. 258.

Köhler'e göre, haksızlığın objektif gerçekleşme koşulları, tecrübeyle sabit olarak imkânsızlaştığında, hiçbir suretle teşebbüs haksızlığı bulunamaz. Teşebbüsün bir haksızlık teşkil edebilmesi için, (*ex-ante*) objektif bir tahmine göre, ihlal olasılığının akla yatkın olması gerekir. Aksi takdirde, objektif haksızlık yani ceza hukuku haksızlığı (*Strafunrecht*) imkânsızlaşacaktır. *Köhler*, bu düşüncesini şöyle gerekçelendirmektedir: “Kişilerarası harici hukuki ilişkinin sonucu olarak, fail en azından bu ilişkinin objektif koşullarına sübjektif olarak etki edebilir olmalıdır. Zira hukuki ilişki, bireylerin fiili-harici ve karşılıklı olarak birbirleri üzerinde etkili olabilmelerini gerektirir⁵⁵⁹.”

b. Teorinin Eleştirisi

Köhler'in bu düşünceleri, *Roxin* ve *Herzberg* tarafından eleştirilmiştir. *Roxin*, *Köhler*'in felsefeye dayalı ve hukuk politikasına ilişkin bu düşüncelerinin, teşebbüsün cezalandırılma sebebini açıklamada çok faydalı olabileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, tüm elverişsiz teşebbüs durumlarının cezalandırılabilirliğini kabul eden Alman Ceza Kanunu'nun mevcut düzenlemesi ile *Köhler*'in söylediklerinin uyumlu olmadığını ifade etmektedir⁵⁶⁰. Benzer eleştirilerde bulunmakla birlikte, *Köhler*'in düşüncesine daha sert bir yaklaşım sergileyen *Herzberg* ise, *Köhler*'in teşebbüsün içerdiği haksızlığa ilişkin kanundan çıkardığı sonucu açıklamaktan ziyade, kendi bakış açısı doğrultusunda ideal bir hukuk düzenini değerlendirdiğini belirtmektedir⁵⁶¹. *Köhler* de öğretisinin sadece kendisi tarafından doğru bulunan görüşü yansıttığını, ancak mevcut hukuki düzenlemelerin bir yorumu olarak görülemeyeceğini kabul etmiştir⁵⁶².

D. Teşebbüsün Cezalandırılabilirliğini Sınırlandırma Çabalarının Değerlendirilmesi

Alman ceza hukuku doktrinde şaşırtacak kadar çok sayıda ve farklı şekillerde teşebbüsün cezalandırılabilirliğini sınırlandırma çabaları, en azından

⁵⁵⁹ **Köhler**, s. 258; **Herzberg**, Versuch, s. 258.

⁵⁶⁰ **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 53.

⁵⁶¹ **Herzberg**, Versuch, s. 258.

⁵⁶² **Köhler**, s. 463; **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 53; **Herzberg**, Versuch, s. 258.

elverişsiz teşebbüsün belirli şekillerinin cezalandırılabilirliğine ilişkin henüz Alman öğretisinde de son sözün söylenmediğini bize göstermektedir.

Yukarıda açıklamış olduğumuz Alman Ceza Kanunu'nun subjektif teşebbüs yaklaşımına karşı ileri sürülen teorilerin yanı sıra, bu sınırlandırma çabalarının ceza hukukuna ilişkin yapılan çeşitli toplantılara da yansındığını görmekteyiz.

Bu çerçevede, 1985 Frankfurt Ceza Hukuku Doktrini Günleri'nde, Alman ceza hukuku açısından ilk defa objektif teşebbüs teorisi öğretisi üzerine tartışılmıştır. Daha sonrasında ise, 1988 Japon-Alman Ceza Hukuku Kollekyumu'nda konu yeniden gündeme gelmiştir⁵⁶³. Elverişsiz teşebbüs probleminin yeni objektif teoriye göre çözülmesi gerektiği düşüncesinde olan *Naka*, teşebbüsün cezalandırılma nedeninin hukuki değer için yaratılan tehlikede bulunduğunu ifade etmiştir. Bu tehlikenin de fiilin gerçekleştirildiği anda herkes tarafından idrak edilebilir durumlar ve fail tarafından bilinen olgular temelinde değerlendirileceğini belirtmiştir⁵⁶⁴. Söz konusu toplantıda *Weigend*, *Naka* ile aynı görüşü savunmuş ve düşüncelerini objektif isnadiyet teorisiyle bağlantı kurarak açıklamıştır⁵⁶⁵. *Weigend*'e göre, “bir fiilin tipik neticenin ortaya çıkması için yasaklanmış bir tehlike yaratıp yaratmadığı, bilindiği üzere bugün sadece tehlike suçları için önem arz eden bir durum olarak kalmamış, aynı zamanda objektif isnadiyet öğretisinin de temel problemi hâline gelmiştir. Bu alandaki en son düşünceler, teşebbüsün objektif haksızlığını daha net bir şekilde ortaya koymaya katkıda bulunabilir. Ayrıca, hukuka düşman iradeyi değil, bilinçli olarak yaratılan tehlikeyi merkez noktasına koyan bir teşebbüs anlayışı, objektif isnadiyet öğretisinin öncülleriyle daha uygun olmaktadır⁵⁶⁶.”

⁵⁶³ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 713.

⁵⁶⁴ **Naka** Yoshikatsu, “Der Strafgrund des Versuchs”, in: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 1, Berlin 1989, s. 100; **Roxin**, Strafbarkeit, s. 833.

⁵⁶⁵ **Roxin**, Strafbarkeit, s. 833.

⁵⁶⁶ **Weigend**, Entwicklung, s. 127; **Roxin**, Strafbarkeit, s. 833.

V. MODERN CEZA HUKUKUNUN BAZI TEMEL İLKELERİ BAĞLAMINDA ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

A. Elverişsiz Teşebbüs ve Fiil Ceza Hukuku

1. Fiil Ceza Hukuku ve Fail Ceza Hukuku Kavramları

Suç, dış dünyada tezahür eden işlenmiş bir fiili gerektirir. Bununla birlikte, her zaman bir insan ürünü olması nedeniyle, failin karakterini ve gelecekteki suç işleme potansiyelini gösteren bir vakıadır. Bu, kanunkoyucu için, cezalandırılabilirliğin koşullarının fiilin unsurlarına göre mi belirlenmesi gerektiği veya burada kriminal yaşam şekillerinin (fail tiplerinin) vasıflandırılmasının mı tercih edilmesi gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir. Yasama tekniği açısından her iki olasılık da teorik olarak düşünülebilir. Fiil ceza hukuku (*Tatstrafrecht*) sisteminde; ceza, “hukuka aykırı fiil” üzerine kuruludur. Cezai sorumluluk için önemli olan, fail tarafından unsurları gerçekleştirilen fiilin isnadıdır (fiil kusuru) (“*Tatschuld*”)⁵⁶⁷. Yani bu anlayışta yaptırım, failin sürdürdüğü yaşamın veya gelecekte ondan beklenen tehlikelerin değil; sadece failin fiilinin bir karşılığıdır. Buna karşılık; fail ceza hukuku (*Täterstrafrecht*) sisteminde ceza, doğrudan doğruya failin kişiliğiyle, tehlikeliliğiyle bağlantılıdır. Failin asosyalliği ve bunun boyutları, yaptırıma karar vermede belirleyici olmaktadır⁵⁶⁸. Failin tehlikeliliğinin cezayı gerektirmesi için, sürdürülen yaşam tarzı kusuruna (“*Lebensführungsschuld*”) dayandırılması gerekir. Burada isnadiyet için belirleyici olan, failin kriminal bir kişilik hâline gelmiş olmasıdır⁵⁶⁹. Başka bir ifadeyle bu anlayışta fail, bir fiil gerçekleştirmiş olması nedeniyle değil, sadece kriminal-asosyal bir kişilik olmasından ötürü hukuken kınanabilirliğin konusu olmaktadır⁵⁷⁰.

Anayasal bir kural olan “*kanunda gösterilmeyen bir fiilin suç oluşturmayacağı ve suça ancak kanunda gösterilen bir cezanın uygulanabileceği*

⁵⁶⁷ Jescheck/Weigend, § 7 III, s. 54.

⁵⁶⁸ Roxin, AT I, § 6, kn. 1.

⁵⁶⁹ Jescheck/Weigend, § 7 III, s. 54.

⁵⁷⁰ Roxin, AT I, § 6, kn. 1.

(*nullum crimen, nulla poena sine lege*)” ilkesinin, fail ceza hukukuna kıyasla, fiil ceza hukuku anlayışını daha fazla desteklediği açıktır. Çünkü, failin kişiliğinde süreklilik arz eden kriminal özelliği esas alan ve yaptırımın türü ve miktarını buna göre tayin eden cezai düzenlemeler, kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olan belirlilik (*Bestimmtheitsgrundsatz*) ilkesiyle çok uyumlu değildir. Bu bağlamda, hareketin tanımlanması (tipleştirilmesi) ve fiilin cezalandırılması, söz konusu ilkeyle daha fazla paralellik arz etmektedir⁵⁷¹.

Liberal hukuk devleti ilkelerine dayalı bir hukuk düzeni, her zaman fiil ceza hukuku yönünde bir eğilim gösterecektir⁵⁷². Bu çerçevede fiil ceza hukuku, modern ceza hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Bununla birlikte; failin kişiliği, her zaman hareket tipleri şeklinde formüle edilen suç tipleri kapsamında, söz konusu suça ilişkin cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaktadır (TCK m. 61, Alm. CK m. 46/2). Gerçek anlamda failin cezalandırıldığına ilişkin bir örnek, mevcut sistemde bulunmamaktadır⁵⁷³.

2. Elverişsiz Teşebbüsün Fiil Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Sübjektif teorinin elverişsiz teşebbüs durumlarında, failin suç işlemeye yönelik (hukuka düşman) iradesinin hukuk düzeni açısından bir tehlike arz ettiğine yönelik düşüncesi, “*fiil ceza hukuku*” bağlamında eleştirilerle karşılaşmaktadır. Teori taraftarlarınca ileri sürülen bu gerekçenin, aslında “*somut fiil*” hakkında değil, hatta “*fail*” hakkında olduğu ileri sürülmektedir. Bu anlayışın fiil ceza hukukunda geçerli kabul edilen, somut fiilin haksızlık içeriğinin cezalandırılması gerekliliğiyle bağdaşmadığı ifade edilmektedir⁵⁷⁴. Bu bağlamda, daha sonraları yeni tehlike teorisi ve etki teorisi gibi çeşitli teoriler ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce, elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumlarda, fiil ceza hukukunun esasları ile çelişki oluşturan bir durum bulunmamaktadır. Elverişsiz teşebbüs, failin sadece düşüncesi nedeniyle bir ceza hukuku yaptırımı ile karşılaştığı

⁵⁷¹ **Roxin**, AT I, § 6, kn. 2.

⁵⁷² **Roxin**, AT I, § 6, kn. 2.

⁵⁷³ **Jescheck/Weigend**, § 7 III, s. 54.

⁵⁷⁴ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 723.

bir durum değildir. Zira elverişsiz teşebbüs durumlarında, bir suç işleme kararına sahip olan failin, bu iradesini objektif olarak ortaya koyduğu, başka bir ifadeyle kötülüğünü gösterdiği *somut bir fiili* söz konusudur. Dolayısıyla burada failin fiili, suçun konusu için somut bir tehlikeye sebebiyet vermese de açığa çıkmış bir fiil ve onun haksızlığından söz edilmektedir⁵⁷⁵.

Alman ceza hukuku öğretisinde elverişsiz teşebbüsün haksızlık içeriği değerlendirilirken, burada salt bir hareket değersizliğinin (*Handlungsunwert-Motivationsunwert*) bulunmadığı ifade edilmektedir. Buna ek olarak, *hukuki düzeni bozan etkinin ortaya çıkması* şeklinde sınırlı anlamda bir olgu değersizliğinden (*Sachverhaltsunwert*) de söz edilmektedir⁵⁷⁶. Dolayısıyla, her iki haksızlık türüne de sahip elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğine karar verirken, sadece ceza hukuku politikası gereğince, söz konusu fiilin cezalandırılmaya değerliğine ilişkin bir tercihte bulunulmuş olmaktadır.

Elverişsiz teşebbüsün fiil ceza hukuku bağlamında Alman ceza hukuku doktrininde tartışılmasına neden olan, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs durumlarıdır. Söz konusu düzenleme uyarınca, Alman ceza hukuku öğretisinde, elverişsiz teşebbüs ve failin ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs arasında yapılan bu ayrımın yerinde olmadığı düşüncesindeyiz⁵⁷⁷. Alman ceza hukuku doktrininde de eleştirilen düzenleme, failin alay konusu olmasına ya da acınacak duruma düşmesine sebebiyet verecek derecede ilgili suç tipini gerçekleştirmek için elverişsiz hareketlerini kapsamına almaktadır⁵⁷⁸. 1962 Alman Ceza Kanunu Tasarısı'nda "*akıl zayıflığından kaynaklanması gerekmeyen, genel olarak bilinen bir nedensellik bağlantısının failce tamamen yanlış tasavvur edilmesi*" şeklinde tanımlanan⁵⁷⁹ böyle bir durumun, ceza hukukunun müdahalesini gerektirmediği açıktır. Failin kuru sıkı tabancayla yüksekte uçan bir uçağı düşüreceğini veya papatya çayıyla birini zehirleyebileceğini düşünmesi şeklinde verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, söz konusu durumda akıl sağlığı tam

⁵⁷⁵ Suça elverişsiz teşebbüs durumunda faile ceza verilmemesinin, hukuksal değerlerin korunması ilkesinin ve fiil ceza hukukunun bir gereği olduğu yönünde bkz. Ünver, Hukuksal Değer, s. 1008.

⁵⁷⁶ S/S-Eisele, Vor. § 13, kn. 56.

⁵⁷⁷ Benzer yönde Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 466; Doğan, Tipiklik, s. 222.

⁵⁷⁸ Valerius, JA 2010, s. 116.

⁵⁷⁹ E 1962- Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962 = BT-Drucksache V/4095, s. 12.

anlamıyla yerinde olan bir failden de söz edilebileceği kanaatimizce şüphelidir. Uygulamada da ortaya çıkma ihtimali çok düşük olan bu durumda, tehlikeliliği ortaya çıkmış bir failden değil, aksine sadece tedavi edilmesi gereken bir kişiden söz edilebilir. Ayrıca böyle bir durumda, fail olmaya özenen kişinin amaçlamış olduğu netice, bir şekilde fiilen gerçekleşmiş olsa dahi, failin hareketi ile söz konusu netice arasında bir nedensellik bağlantısının kurulması da mümkün değildir. Yine ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs durumları ile gerçek dışı (batıl inanca dayalı) teşebbüs durumları arasında net bir ayrımın yapılmasının teşkil ettiği zorluk da hükme ilişkin olarak getirilen eleştirilerden bir diğeridir. Kanaatimizce Alman Ceza Kanunu'nun kural olarak cezalandırılabilirliği kabul ettiği, var olan veya var olmayan güçlerin böyle açık bir şekilde yanlış değerlendirilmesinde, ceza hukukunun kapsamına giren bir durumdan söz edilemez.

Bununla birlikte, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasındaki durum, kabul edilen sübjektif ağırlıklı sistemin getirdiği zorunlu bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Aksi takdirde, teşebbüs belirlemede *doğrudan doğruya icraya başlama* dışında herhangi bir objektif ölçüte sahip olmayan Alman Ceza Kanunu, hem batıl inanca dayalı teşebbüs durumlarını hem de ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs durumlarını da kapsamına alacak, bu da cezalandırılabilirlik alanının aşırı genişlemesine yol açacaktır. Bununla birlikte, 23. maddesinin 3. fıkrasında yer alan bu spesifik durumda dahi Alman Ceza Kanunu, kural olarak cezalandırılabilirliği benimsemiş ve cezadan vazgeçme veya ceza indirimini hâkimin takdirine bırakmış durumdadır.

B. Elverişsiz Teşebbüs ile Ceza Hukukunun Son Çare Olması İlkesi ve Orantılılık İlkesi

1. Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Orantılılık İlkesi

“*Ultima ratio ilkesi*”, önemli bir politik ve hukuki kavramdır. Ultima ratio ilkesinin bilimsel bir şekilde ele alınabilmesi için, öncelikle terimsel olarak kendisinin ifade ettiği anlamın göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Latince “*ultimus (son, sonuncu, en uzak olan)* ve “*ratio (akıl yürütme, düşünme)*”

terimlerinin bir araya getirilmesiyle oluşan “ultima ratio”, genellikle izlenen bir amaca ulaşılması için son veya en sonuncu çare olarak anlaşılmaktadır. Burada, kronolojik olarak en son çare değil, en geniş kapsamlı etkiye sahip, en çok müdahalede bulunan bir son çareden söz edilmektedir⁵⁸⁰.

Hukuki meselelerde ultima ratio düşüncesi, birçok hukuk dalının temel kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; iş hukukunda işverenin sözleşmeyi olağanüstü feshi, “ultima ratio”dur. Benzer şekilde, iş uyuşmazlıklarında grevin “ultima ratio” olduğu düşüncesi hâkimdir. Bununla birlikte, ultima ratio ilkesinin uygulamasına en sık rastlandığı alan, muhtemelen ceza hukukudur. Modern ceza hukuku teorisinde, hemen hemen her yerde ele alınan bu teorem genel bir mahiyet taşımaktadır⁵⁸¹.

Ultima ratio ilkesinin içerdiği temel düşünce, genellikle “ikincilik/talilik” (*Subsidiarität*⁵⁸²/*Akzessorietät*) veya “ceza hukukunun parçalanmış yapısı” (*fragmentarisch Charakter des Strafrechts*)⁵⁸³ olarak da adlandırılmaktadır. İlke, ceza hukukunun ağır ve müdahaleci hukuki sonuçları karşısında, devletin ceza hukuku aracılığıyla müdahalesinin nihai, son çare olması gerektiğini ifade eder. Devlet, ancak diğer önlemlerle (özel hukuk ve idare hukuku önlemleri gibi)⁵⁸⁴ istenen amaca ulaşamaması hâlinde, belirli sosyal bir davranışın uygulanmasını zorlamak için ceza hukukunun zecri-sert tedbirlerine başvurabilecektir. Bu nedenle ceza, sosyal politikanın son çaresi olarak adlandırılmakta ve ceza hukukunun görevi de hukuki değerlerin korunmasında ikincil, başka bir ifadeyle yardımcı olarak nitelendirilmektedir⁵⁸⁵.

Ayrıca burada, suç ve kabahatlerin sınıflandırılması da farklı bir ceza hukuku politikası sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Ceza hukukunun hukuki değerlerin korunması bağlamında yardımcı bir fonksiyon üstlenmesini sağlamak üzere,

⁵⁸⁰ **Wendt** Rudolf, “The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionality”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 3, No. 1, 2013, s. 84.

⁵⁸¹ **Wendt**, s. 85.

⁵⁸² **Jakobs**, kn. 2/26; **Roxin**, AT I, § 2, kn. 97 vd.; **Kaspar** Johannes, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Neue Schriften zum Strafrecht, Band 6, 2014, s. 248.

⁵⁸³ **Jescheck/Weigend**, § 7 II, s. 52; **Rengier**, § 3, kn. 7; **Haft**, s. 119.

⁵⁸⁴ Örneğin; sözleşmenin basit ihlali, medeni hukuk davasıyla ve haciz tedbirleri ile kolayca tazmin edilebilir, bu durumda ceza hukuku aracılığıyla bir müdahalede bulunulması ölçüsüz/orantısız olacaktır (**Roxin**, AT I, § 2, kn. 98).

⁵⁸⁵ **Roxin**, AT I, § 2, kn. 97; **Rengier**, § 3, kn. 5-6; **Kaspar**, s. 248; **Roxin/Arzt/Tiedemann**, s. 5-6. *Günümüzde, tamamen aksi yönde bir eğilim olduğu eleştirisi için bkz. Haft*, s. 119.

kanunkoyucunun, cezai olmayan bir yaptırımın hukuki değerin korunmasında izlenen amacı yerine getirmek için yeterli olduğu durumları, idari kabahat şeklinde düzenlemesi gerekmektedir. Bu, genellikle sadece önemsiz bir hukuki değer ihlali oluşturan durumlar içindir. Bu yüzden kanunkoyucu, genel hükümleri oluştururken, kabahat türünde ihlalleri doğru bir şekilde ceza kanunundan çıkararak, büyük ölçüde idari kabahat şeklinde düzenlemiştir⁵⁸⁶. Böylelikle, söz konusu durumlar için idari kabahatler karşılığı öngörülen idari yaptırımlara başvurulacaktır. Bu da ceza hukukunun son çare olmasının bir başka görünümünü oluşturmaktadır.

İlkenin yukarıda ifade edilen işlevleri değerlendirildiğinde, Alman hukukunda bir kamu hukuku ilkesi olarak benimsenen *orantılılık ilkesi* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) ile arz ettiği paralellik görülmektedir. Orantılılık ilkesi olarak ifade edilen bu ilke, hukuk devleti ilkesinin (*Rechtsstaatsprinzip*) bir sonucudur⁵⁸⁷. Vatandaşların devlet karşısındaki bireysel özgürlük haklarının bir ifadesidir. Kamu otoritesine, sadece kamu yararının korunması için zorunlu olduğu sürece, özgürlükleri sınırlama izni verilmektedir. Bu nedenle, hem yasadanda hem de hukukun uygulanmasında, ultima ratio ilkesinin yanı sıra orantılılık/ölçülülük ilkesi de devletin makul (ölçülü) bir reaksiyonunu gerekli kılan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda hem ultima ratio ilkesi hem de orantılılık ilkesi, hukuk devletinin gereklerine uygun, ölçülü-orantılı sonuçları hedeflemektedir. Bu yüzden, bu iki ilkenin birbirinden nasıl ayırt edilebileceği ve böyle bir ayırımın sadece kavramsal nitelikte olup olmayacağı ile ilgili sorunlar ortaya çıkmaktadır⁵⁸⁸.

Orantılılık ilkesi, öncelikle Alman kamu hukukunda geliştirilmiş bir yaklaşım olarak ifade edilmektedir⁵⁸⁹. Bu bağlamda, ilk olarak Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında söz konusu ilkenin nasıl anlaşıldığının ifade edilmesi gerekmektedir. Mahkeme'ye göre orantılılık ilkesi, çok sayıda denetim noktası içermektedir. Buna göre; temel hakları sınırlandıran bir kanuni düzenleme, meşru bir amaca sahip olmalı ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olmalıdır. Yani, orantılılık ilkesi (istenilen amaca ulaşmak için araçlar bağlamında) *elverişlilik* (*Geeignetheit*), daha hafif/az sınırlayıcı/yumuşak bir aracın yokluğunu ifade eden

⁵⁸⁶ **Roxin**, AT I, § 2, kn. 99.

⁵⁸⁷ **Rengier**, § 3, kn. 5; **Wendt**, s. 85.

⁵⁸⁸ **Wendt**, s. 85.

⁵⁸⁹ **Wendt**, s. 86.

*gereklilik (Erforderlichkeit)*⁵⁹⁰ ve *uygunluk (Angemessenheit)* (aşırılık yasağı - *Übermaßverbot*- olarak yorumlanan- dar anlamda orantılılık-) olmak üzere üç alt unsurdan oluşmaktadır⁵⁹¹.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, ceza hukukunun son çare olması ilkesi, anayasa hukuku da dâhil olmak üzere kamu hukukuna hükmeden bir ilke olan orantılılık ilkesinin bir sonucudur⁵⁹². Nitekim Alman ceza hukuku doktrininde de ceza hukukunun hukuki değerleri korumada son çare olmasını ifade eden bu ilkenin, anayasal olarak güvence altına alınmış orantılılık ilkesinden (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) çıkartılabileceği ifade edilmektedir: Devletin hukuki değerlerin korunması için daha hafif bir araca sahip olduğu durumlarda, artık ceza hukukuna başvurulması bir gereklilik olmaktan çıkmaktadır⁵⁹³.

Ceza hukukuna diğer hukuk dalları içinde son çare olarak başvurulması gerektiğini ifade eden ultima ratio ilkesi ve onunla paralellik arz eden orantılılık ilkesinin, ceza hukuku yaptırımları açısından da geçerli olması gereklidir⁵⁹⁴. Ceza hukuku, yaptırım sistemi açısından hem cezalara hem de güvenlik tedbirlerine yer vererek "*iki şeritli (Zweispurigkeit)*" bir yapıya sahip olmuştur⁵⁹⁵. Yine öngördüğü cezalar ise, hapis ve adli para cezası olarak ayrılmaktadır. Bu bağlamda; ceza hukukunda sadece özgürlüğü bağlayıcı cezalara yer verilmeyerek, belli ağırlıktaki suçlar bakımından, para cezası veya suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi gibi kurumlar da düzenlenmiş bulunmaktadır. Özgürlüğü bağlayıcı ceza da bu anlamda ikincil bir nitelik taşımaktadır⁵⁹⁶.

Ceza hukuku yaptırımları, toplumda korunmaya değer görülen hukuki değerlerin ihlaline karşı, devletin gösterdiği bir tepki olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet, toplumsal bakımdan önem taşıyan hukuksal değerleri korumak üzere sahip olduğu ceza hukuku yaptırımını uygulama yetkisini istediği şekilde ve kapsamda kullanamaz. Söz konusu yetkisini kullanırken, suç ve ceza arasındaki adil dengenin

⁵⁹⁰ BVerfGE 90, 145, 172 (**Roxin**, AT I, § 2, kn. 86).

⁵⁹¹ **Roxin**, AT I, § 2, kn. 86; **Wendt**, s. 86.

⁵⁹² BVerfGE 39, 1 (47). Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımının, ceza hukukunun son çare olması ilkesini, Anayasa çerçevesinde belirleme çabasının bir sonucu olduğu yönünde görüş için bkz. **Wendt**, s. 86.

⁵⁹³ **Roxin**, AT I, § 2, kn. 98.

⁵⁹⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 82.

⁵⁹⁵ İki izlilik, İsviçreli ceza hukukçusu *Carl Stooss*'a (1849-1934) kadar geriye gitmektedir (**Roxin**, AT I, § 1, kn. 4, dn. 1; **Haft**, s. 123; **Yüce**, s. 109). Almanya'daki öncüsü ise, ceza hukuku bilim adamı *Franz von Liszt* olmuştur (**Roxin**, AT I, § 1, kn. 4, dn. 1).

⁵⁹⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 82.

korunmasını da göz önünde bulundurmamak zorundadır. Bu bağlamda, orantılılık ilkesi ile bağdaşabilir şekilde, faile işlediği suçun ağırlığı ile orantılı ceza veya failin tehlikeliliğiyle orantılı güvenlik tedbiri uygulanması gereklidir. Orantılılık ilkesi, ifade ettiği bu anlamıyla, cezaya ve güvenlik tedbirine hükmedilmesinde de önemli bir sınırlayıcı fonksiyon üstlenmektedir. Bu noktada, orantılılık ilkesi hem yasama organını hem de hâkimi bağlamaktadır⁵⁹⁷.

2. İlkelerin Elverişsiz Teşebbüs Açısından Değerlendirilmesi

Elverişsiz teşebbüs, elverişli bir teşebbüse göre daha az haksızlık içeriğine sahiptir. Zira, elverişli bir teşebbüste gerçekleştirilen hareket ile “*tipe yakın bir tehlike*” ortaya konulmuş olmaktadır. Elverişsiz bir teşebbüste ise, objektif olarak tehlikesiz bir hareketten söz edilmektedir. Bununla birlikte, hukuk düzenini bozan etkinin ortaya çıkması şeklinde, elverişsiz teşebbüste de sınırlı anlamda da olsa bir olgu değersizliğinin bulunduğunu, daha önceki açıklamalarımızda ifade etmiş bulunmaktayız. Hem elverişli hem de elverişsiz teşebbüste hareketin haksızlığının gerçekleşmiş olması ise, ortak nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, her iki durumda da fail hukuka aykırı bir durumu gerçekleştirmek üzere harekete geçmiştir.

Konunun orantılılık ilkesi bağlamında Alman ceza hukuku öğretisinde tartışılması ise, Alman Ceza Kanunu’nun 22. maddesinde elverişli ve elverişsiz teşebbüs durumlarının ortak bir değerlendirmeye tabi tutulması, cezalandırılabilirlik açısından her iki kurum arasında herhangi bir fark yaratılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Toplum barışı ve toplumun hukuka olan güveninin korunduğu elverişsiz teşebbüste, anayasal olarak korunan bir hukuksal değerden söz edilememesi nedeniyle, elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumların suç olarak ihdas edilemeyeceği ifade edilmektedir⁵⁹⁸.

Kanaatimizce Alman Ceza Kanunu’nun 22. maddesindeki düzenleme, elverişli teşebbüs ve elverişsiz teşebbüs arasında cezalandırılabilirlik açısından bir ayırım öngörmemekle birlikte, teşebbüs konusunda ceza indirimini hâkimin takdirine bırakmış durumdadır. Elverişli veya elverişsiz teşebbüs açısından bir indirim yapılması konusunda takdirini kullanan hâkim, söz konusu haksızlık içeriği

⁵⁹⁷ Any.M., 5.5.2016, E. 2016/16, K. 2016/37 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁵⁹⁸ **Bottke**, s. 158.

farklılığını, Alman Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrası doğrultusunda yapacağı indirimde göz önünde bulundurabilecektir. Bu anlamda 22. madde açısından bir sorun bulunmamaktadır. Nitekim bununla paralel şekilde, Türk ceza hukukunda da aslında nisbi elverişlilik taşıdığı yorumuyla teşebbüs olarak nitelendirilen durumlar, kanunumuzun 35. maddesi kapsamında değerlendirilmekte ve cezalandırılmaktadır. Türk Ceza Kanunu, bu noktada teşebbüste öngördüğü *zorunlu ceza indirimi* bakımından farklılaşmaktadır. Bu çerçevede, söz konusu durumların haksızlık içeriğinin daha az olmasının, zorunlu ceza indiriminin oranıyla sınırlı olacak şekilde, hâkim tarafından cezanın tayininde göz önünde bulundurulması mümkündür.

Bununla birlikte burada Alman Ceza Kanunu açısından getirilebilecek eleştiri, yine 23. maddesinin 3. fıkrası bakımındandır. Zira düzenleme uyarınca, ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs durumları da kural olarak cezalandırılabilir. Burada *cezadan vazgeçme imkânına* ek olarak, *ceza indirimi imkânı* öngörülmüş olmakla birlikte; bu yönde bir tercihte bulunulması, yine hâkimin takdirine bırakılmış durumdadır. En azından, söz konusu düzenleme bakımından, orantılılık ilkesinin bir gereği olarak öngörülen yaptırımda bir farklılığa gidilmesi yerinde olabilirdi. Ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs durumları, uygulamada genellikle cezadan vazgeçilmesine ve takipsizliğe konu olsa da kanuni düzenlemede, anayasal bir ilke olan orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulmaması eleştirilmelidir. Bu anlamda kanaatimizce, söz konusu düzenlemenin koşulları olduğu takdirde cezasızlık veya ceza indirimi sonucu doğurabileceği, anayasal bir ilke olan orantılılık ilkesinin ihlaline bir savunma argümanı olarak⁵⁹⁹ ileri sürülemez.

⁵⁹⁹ Görüş için bkz. **Roxin**, AT II, § 29 II, kn. 56.

VI. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILABİLİRLİK SORUNUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

A. Elverişli ve Elverişsiz Teşebbüs Ayrımının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

Elverişsiz teşebbüs konusuna ve cezalandırılabilirlik sorununa yaklaşım, teşebbüs konusunda ülkelerin kabul ettiği sistemle paralellik arz etmektedir. Ancak kabul edilen sistemin sübjektif veya objektif olması, konuya ilişkin tüm sorunları çözecek bir sonuç doğurmamaktadır. Her iki sistem açısından da farklı noktalarda problemler ortaya çıkmaktadır.

Alman ceza hukuku gibi sübjektif anlayışın ağırlıklı olduğu sistemler açısından *teşebbüs cezalandırılabilirliğinin sınırlandırılması* sorunlar ortaya çıkarken (örneğin; ağır bilgi ve anlama eksikliğine ve batıl inanca dayalı elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği bağlamında); objektif anlayışın benimsendiği Türk ve İtalyan Ceza Kanunu gibi sistemler bakımından, *elverişli ve elverişsiz teşebbüs arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı* sorun oluşturmaktadır. Zira somut olayda, bu ayrım bazen çok zorlaşmaktadır. Hatta bu çerçevede, mutlak elverişsiz teşebbüs ile nisbi elverişsiz teşebbüs veya elverişsiz teşebbüs ile tipiklikte eksiklik gibi ayrımlardan önce, elverişli ve elverişsiz teşebbüs ayrımının gerçekten mümkün olup olmadığı meselesinin irdelenmesi gerektiği dahi ifade edilmektedir⁶⁰⁰.

Örneğin; geceleyin hırsızlık amacıyla girilen evde/lokantada çalmaya değer bir şeyin bulunamaması, hırsızlık suçuna elverişli bir teşebbüs müdür veya elverişsiz bir teşebbüs müdür? Hırsızlık amacıyla girdiği bankadan paraları alıp kaçarken, kendisini takip etmek üzere harekete geçen güvenlik görevlisine, bankanın kurşun geçirmez camı üzerinden ateş eden failin durumunda elverişli bir teşebbüs mü elverişsiz bir teşebbüs mü gerçekleşmiştir? Çalıntı olduğu şüpheli olan, ancak gerçekte bir suçun işlenmesinden elde edilmemiş olan eşyayı satın alan kişi, suç eşyasının satın alınması suçuna elverişli bir teşebbüs mü gerçekleştirmiş olmaktadır⁶⁰¹? İçinde para olduğu zannedilerek açılan mektup zarfının boş olması

⁶⁰⁰ Maiwald, Bestandsaufnahme, s. 164.

⁶⁰¹ BGH, Urteil vom 24.09.1991- 5 StR 366/91 (LG Bremen), (NStZ 1992, 84).

durumu, hırsızlık suçuna elverişli bir teşebbüs müdür? elverişsiz teşebbüs müdür⁶⁰²? Birini zehirleyerek öldürmek isteyen fail, bu kararını mağdurun ölmesi için yeterli olmayan bir dozda zehir ile gerçekleştirirse, burada elverişli bir teşebbüs mü elverişsiz bir teşebbüs mü söz konusu olacaktır⁶⁰³? Yankesici bir başkasının çantasına el atıp, çantanın boş olduğunu fark ettiğinde, bu hırsızlığa elverişli bir teşebbüs müdür veya elverişsiz bir teşebbüs müdür⁶⁰⁴?

Yukarıda verilen örneklerin neredeyse tamamı, Türk ceza hukuku doktrininde ve uygulamada elverişli ve elverişsiz teşebbüs ayrımına ilişkin farklı görüşlerin bulunduğu örneklerdir. İlk örnek açısından failin sadece konut dokunulmazlığını ihlal nedeniyle cezalandırılabilceğini ifade edenler olduğu gibi⁶⁰⁵, burada hırsızlığa teşebbüsü kabul eden görüşler de söz konusudur⁶⁰⁶. Yargıtay kararına da konu olmuş ikinci örnek açısından ise⁶⁰⁷, yine doktrinde elverişsiz teşebbüsten söz edenler olduğu gibi⁶⁰⁸, Yargıtay'ın görüşüne paralel şekilde elverişli bir teşebbüsün gerçekleştiği düşüncesini savunanlar da bulunmaktadır⁶⁰⁹.

Alman ceza hukuku öğretisi açısından da Alman Ceza Kanunu'nda elverişsiz teşebbüse ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde tartışmalara neden olan ayrıma yönelik olarak, çeşitli kriterler ileri sürülmüştür:

⁶⁰² 4. CD., 9.10.1989, 1989/5272-1989/5973 (Yargıtay'ın hırsızlık suçuna eksik teşebbüsün varlığını kabul ettiği bu olayda, failin ancak haberleşmenin gizliliğini ihlal nedeniyle cezalandırılabilceği yönünde aksi görüş için bkz. **Özgenç**, s. 501).

⁶⁰³ “*Olay sanığın mağduru öldürmek maksadı ile mağdurun içeceği suya koyduğu zehir miktarının azlığı ve mağdurun zehirli suyu az miktarda içmesi sebebiyle ölümün sanığın iradesi dışında meydana gelmemek suretiyle zehirleyerek öldürme cürmünün eksik teşebbüs derecesinde kalmasından ibarettir. Kullanılan zehir öldürmeye elverişli olup ancak miktarın azlığından dolayı ölüm meydana gelmemiş ve böylece vasıtada nisbi imkânsızlık dolayısıyla cürmün 61. maddede yazılı eksik teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekli görülmüştür.*” CGK., 18.4.1938, 169/388. “*Sanık tarafından suçta kullanılan strychnine zehrinin 61. maddedeki elverişli vasıtalarından olduğu şüphesiz bulunmaktadır. Ancak miktarı mağduru öldürmeye kâfi gelmediği anlaşılmasına göre vasıtada nisbi imkânsızlık hali bahis konusu olmaktadır. Vasıtada kati imkânsızlık (zehir yerine zararsız bir maddenin verilmesi gibi) halinde teşebbüsün cezalandırılması mümkün değilse de bu olayda olduğu gibi nisbi imkânsızlıkta nakis teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekli görülmüştür.*” 1. CD., 16.5.1963, 320/1134 (Kararlar için bkz. **Sözür**, s. 188; **Özgenç**, s. 500, dn. 864).

⁶⁰⁴ Boş cebe el atılması, Alman ceza hukuku doktrininde elverişsiz teşebbüs olarak nitelendirilmektedir (**Jescheck/Weigend**, § 50 I, s. 530).

⁶⁰⁵ **Özgenç**, s. 501.

⁶⁰⁶ **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 483, 485.

⁶⁰⁷ 1. CD., 04.11.2008, 2007/6932-2008/7041, Kazancı Mevzuat ve İhtihat Programı.

⁶⁰⁸ **Doğan**, Tipiklik, s. 194.

⁶⁰⁹ Somut olayda, failin elinde olmayan nedenlerle icrasına başladığı fiili tamamlayamamasının söz konusu olduğu ve hareketin elverişsizliği ile bu durumun birbirine karıştırılmaması gerektiği yönünde görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 429-430.

Mezger'e göre, elverişli veya elverişsiz teşebbüse ilişkin bir değerlendirme yapılırken başvurulacak ölçüt, suç fiilinin gerçekleştiği esnada (*ex ante*) “suçun konusunun somut olarak tehlikeye düşürülmesi”dir⁶¹⁰. Yani örnek olarak verilen bu durumların her biri için, failin suçun maddi konusu üzerinde, başka bir ifadeyle hareketin yönelmiş olduğu insan, eşya vb. üzerinde somut bir tehlike yaratıp yaratmadığının incelenmesi gerekir. Örneğin, hırsızlık amacıyla tesadüfi boş olan bir çantanın cebine el atan yankesici, *Mezger*'in ölçütü uyarınca “tehlakelilik” nedeniyle cezalandırılabilir bir teşebbüsün faili olarak kabul edilmektedir⁶¹¹.

Franz von Liszt'ten itibaren ise, tehlikeliliğe karar vermek için “sonradan yapılan tahmin (*ex ante-nachträgliche Prognose*)” kuramı ortaya çıkmıştır. Örneğin, failin bilgisi dışında daha önceden içindeki mermilerin boşaltıldığı bir silah ile veya yeterli menzili olmayan bir tüfekle hasmını öldürmek için ateş etmesi, *Schmidt*'in kabul ettiği kriter uyarınca, tehlikeli bir harekettir ve dolayısıyla cezalandırılabilir elverişli bir teşebbüs olarak kabul edilir. Çünkü bu görüş uyarınca, tehlike kavramı için, “icra hareketi anında genel olarak bilinen (*erkennbar*) koşullar” belirleyicidir. Dolayısıyla, silahın rastlantısal olarak boş olması veya tüfeğin menzil kapasitesinin yetersizliği, icra hareketi anında genelde bilinmeyen, olayın seyrinde meydana çıkabilecek durumlardır⁶¹². Bununla birlikte, teşebbüsün tehlikeliliğinin değerlendirmesinin ne kadar belirsiz olduğu, aynı örneğe ilişkin ulaşılan farklı sonuçlardan anlaşılmaktadır. Bir diğer görüşe göre bu durum, fail boş bir silahla nişan almış ve tetiği çekmiş de olsa, öldürmeyi düşündüğü kişiyi asla öldüremeyeceği için, “mutlak elverişsiz teşebbüs” olarak değerlendirilmektedir⁶¹³.

Bugün itibariyle Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası karşısında, literatürde, boş bir silahla öldürme amacıyla ateş etmenin, elverişsiz teşebbüs olarak değerlendirileceği noktasında şüphe bulunmamaktadır⁶¹⁴. Zira, Alman Ceza Kanunu m. 23/3 gereği, fiili işlemekte kullanılan vasıtaların “hiçbir

⁶¹⁰ Cezalandırılabilir ve cezasız teşebbüsün ayrımı için kural olarak tehlike teorilerinden hareket edilmesi yönünde görüş için bkz. *Mezger*, § 53, s. 396.

⁶¹¹ *Mezger*, § 53, s. 397.

⁶¹² *v. Liszt/Schmidt*, § 47, s. 314. Benzer yönde, gerçek durumda silahın boş olması hâlinde elverişli teşebbüsün bulunduğu yönünde görüş için bkz. *Özgenç*, s. 499.

⁶¹³ *Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich I, 10. Auflage, 1916, § 43, Nr. 22.

⁶¹⁴ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 22, kn. 38; *Kindhäuser*, § 30, kn. 10, s. 236; *Kühl*, § 15, kn. 89, s. 423; *Haft*, s. 233; *Heinrich*, AT, § 22, kn. 671; *Valerius*, JA 2010, s. 114; *Rengier*, § 35, kn. 3. Silahının boş olduğundan habersiz olan aldatılan kocanın, karısının sevgilisine öldürme kastıyla ateş etmesi örneği için bkz. *Satzger*, s. 1019.

suretle, yani, hiçbir koşul altında” suçun tamamlanmasına yol açamayacak olması durumu, elverişsiz teşebbüs olarak nitelendirilmekte ve elbette 22. maddedeki subjektif çözüm uyarınca cezalandırılabilirliktedir.

Geçmişte ve günümüzde “*elverişli*” veya “*elverişsiz*” teşebbüs ayrımına ilişkin çelişkili sonuçlara ulaşılan örnekler, kolaylıkla çoğaltılabilir. Öyle ki, söz konusu örneklere ilişkin varılan sonuçlar, “*elverişli*” ve “*elverişsiz*” şeklinde bir belirlemenin genellikle *keyfilik* taşıdığı izlenimini uyandırmaktadır⁶¹⁵. Bu durum, teşebbüs konusunda objektif yaklaşımı benimseyen ceza hukuku sistemlerinin ortak bir sorunudur⁶¹⁶. Bu çerçevede, söz konusu ceza hukuku sistemleri açısından, nirengi noktası olarak ifade edilebilecek husus, elverişli teşebbüsün nasıl tespit edileceğidir. Elverişli ve elverişsiz teşebbüs arasında bir ayrımın yapılmasında rasyonel bir ölçütün ortaya konmasının imkânsız olması nedeniyle, bu ayrımın yapılmasında ciddi anlamda zorluklar bulunmakla birlikte, Türk Ceza Kanunu açısından bu ayrımın yapılması, bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuya ilişkin görüşümüze, elverişsiz teşebbüsün koşullarını ele aldığımız bölümde değineceğiz. Ancak elverişli ve elverişsiz teşebbüs ayrımına ilişkin kabul ettiğimiz görüş, belirlediğimiz güvenlik tedbiri yaptırımının hangi durumlarda uygulanacağı noktasında bir ön sorun oluşturmaktadır. Bu çerçevede, elverişli ve elverişsiz teşebbüs ayrımına ilişkin olarak esas aldığımız görüşe burada da değinmek durumundayız.

B. Elverişli ve Elverişsiz Teşebbüs Ayrımına ve Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılabilirlik Sorununa İlişkin Ulaştığımız Sonuçlar

1. Elverişli ve Elverişsiz Teşebbüs Ayrımına İlişkin Olarak

Elverişli hareket kavramına ilişkin olarak, kanunun madde metninde bir açıklık olmamakla birlikte, gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmeye çalışılmıştır.

⁶¹⁵ **Maiwald**, Bestandsaufnahme, s. 165.

⁶¹⁶ Elverişli ve elverişsiz teşebbüs arasındaki ayrımın İtalyan ceza hukukunda da sorun oluşturduğu ifade edilmektedir. İtalyan ceza hukukunda, tehlike hükmüne ilişkin değerlendirmenin objektif gözlemci olan üçüncü kişinin gözünden yapılacağı kabul edilmekle birlikte, bunun *ex ante* mi, *ex-post* olarak mı yapılacağı konusunda tartışmalar devam etmektedir (**Maiwald**, Einführung, § 11, s. 128).

Madde gerekçesine göre, “*elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır*⁶¹⁷.” Kanun maddesinin gerekçesinin, yorum faaliyetinde yararlanılabilecek bir araç olmakla birlikte, madde metnine dâhil olmadığı unutulmamalıdır⁶¹⁸. Bununla birlikte, gerekçedeki ifadenin de sorunun çözümünde yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilirlik sınırını belirleme noktasında taşıdığı önem nedeniyle, elverişli-elverişsiz teşebbüs ayırımında bir teklik sağlanması adına, “*elverişli hareket*” kavramının ifade ettiği anlamın ne olduğu ve nasıl belirleneceği, kanunkoyucu tarafından madde metninin içinde açıklığa kavuşturulmalıdır.

Mevcut durum itibarıyla, Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinde “*elverişli hareket*” kavramının nasıl tespit edileceğine ilişkin bir açıklık bulunmadığından, burada “*elverişli hareket*” ibaresi açısından yapılacak belirlemede bir yorum faaliyeti yapılmak durumundadır. Kanunilik ilkesinin katı bir şekilde geçerli olduğu ceza hukukunda yapılan yorum konusunda hassas olunması bir gereklilik olmakla birlikte, yorum bazı durumlarda kaçınılmaz olmaktadır. Yapılan yorum faaliyetinin sonucunda, “*elverişli hareket*” kapsamında değerlendirilebilecek fiillerin, Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesi kapsamında cezalandırılması gerekmektedir. Bununla birlikte, teşebbüs hükümlerinin zaten cezalandırılabilirlik alanını genişleten kanuni düzenlemeler olduğu düşünüldüğünde, burada “*elverişli hareket*” ibaresine ilişkin olarak yapılacak yorumda, kanuni düzenlemenin amacından ve kanunumuzun teşebbüs konusunda benimsemiş olduğu neticenin haksızlığını (*Erfolgsunrecht*) ön plana çıkaran objektif anlayıştan uzaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yukarıda bahsettiğimiz örneklerin çoğu, teşebbüs konusunda hem subjektif anlayışı hem de objektif anlayışı benimseyen sistemler açısından cezalandırılabilir alanda tutulmak istenen durumlardır. Söz konusu örnekler, Alman ceza hukukunda elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirilmektedir. Çünkü, elverişli ve elverişsiz teşebbüs arasındaki ayırım, Alman ceza hukuku gibi etki teorisinin hâkim olduğu, subjektif anlayışın ağırlığa sahip olduğu sistemlerde kural olarak ceza hukuku yaptırımını bakımından bir fark yaratmamakta ve dolayısıyla bir sorun da teşkil

⁶¹⁷ Bkz. TCK. m. 35’in gerekçesi, son paragraf.

⁶¹⁸ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bir kararında “*madde gerekçelerinin yalnızca yorum aracı olduğunu ve bağlayıcı olmadığını, metne aykırı olan madde gerekçesinin maddenin uygulanma alanını genişletmesine olanak sağlamayacağını...*” ifade etmektedir (CGK, 12.5.2009, 6-80/123, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı).

etmemektedir. Keza Alman ceza hukuku doktrinde, elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımının, Alman Ceza Kanunu uyarınca her ikisinin de cezalandırılabilir olması karşısında pratik bir anlamının olmadığı dahi ifade edilmektedir⁶¹⁹. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu, teşebbüs konusunda objektif anlayışa dayalı olduğu için, bu durumların elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirilmesi, cezalandırılabilirlik alanının dışında kalmasına neden olmakta ve söz konusu fiillerin haksızlık içeriğinin lâyük olduğu ceza hukuku yaptırımına tabi tutulamamasına, dolayısıyla ceza adaletinin sağlanamamasına neden olmaktadır. Bu nedenle, bu başlık altında değerlendirdiğimiz durumların, aslında *nisbi elverişlilik* taşıdıkları kabulüyle Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi kapsamında cezalandırılmasının, Türk ceza hukuku sistemi açısından, *saf-katı objektif anlayıştan zorunlu bir sapma teşkil ettiği*nin ifade edilmesi gereklidir.

Bu çerçevede, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin ileri sürülen objektif teoriler değerlendirildiğinde söz konusu ayrımın yapılmasında, tek bir teorinin ileri sürdüğü tüm argümanların kabul edilip, mutlak anlamda tek bir teoriye bağlı kalınarak sonuca ulaşılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Ne objektif teori ne de yeni objektif teori, her olay açısından sorunun tam anlamıyla çözümünü tek başına sağlayabilmektedir.

Pekâlâ birçok olay örneğinde doğru sonuca götüren objektif teori, bazı örnekler bakımından objektif soyut bir değerlendirmeden hareket etmesine paralel olarak sorun arz edebilmektedir. Failin şekerle mağduru öldürmek istemesi durumu, objektif teori kapsamında mutlak elverişsizlik olarak değerlendirilse de somut olayda mağdurun şeker hastası olması noktasında sorun arz edebilecektir. Yine tüm aksamı bozuk bir silahın, somut olayda mağdurun başına vurmak suretiyle öldürme veya yaralama için elverişli bir araç olarak kullanılması mümkündür. Söz konusu örneklerde görüldüğü gibi, somut olaya ilişkin olan elverişlilik veya elverişsizlik, objektif teorinin bu ayırmadaki sorunlu noktasını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, somut olayın özelliklerini göz ardı ederek suçun konusunun veya suçta kullanılan aracın objektif elverişliliğini esas alan objektif teori, somut olay kapsamında bir değerlendirme ile desteklenme gereksinimi göstermektedir.

⁶¹⁹ **Roxin**, § 29 I, kn. 346. *Elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımının önem taşımadığı yönünde benzer görüş için bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 22, kn. 39.

Tehlikeliliğe ilişkin olarak, salt fiilin gerçekleştirilme anına göre (*ex-ante*) bir değerlendirme yapmasıyla objektif teoriden ayrılan, objektif teorinin aksayan yönlerini telafi amacıyla ortaya atılan ve bugün Türk ceza hukuku doktrininde hâkim görüş olduğu ifade edilebilecek yeni objektif teori de⁶²⁰ kanaatimizce sorun arz etmektedir. Zira hareketin elverişliliğini veya elverişsizliğini değil, tamamen *tehlikeliliğini* ön plana çıkarmış durumdadır. Teoriye göre, fiilin gerçekleştirilme anında makul (ortalama) bir insana göre tipik neticenin gerçekleşmesi olası olarak görülüyorsa, bir teşebbüs tehlikeli olarak nitelendirilmektedir⁶²¹. Teori, suçun neticesinin hiçbir şekilde gerçekleşmeyecek olduğu bazı durumlarda, tehlikelilik durumuna ilişkin yaptığı *ex-ante* belirleme nedeniyle, Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi kapsamında değerlendirme yapılması sonucunu doğurabilmesi noktasında kanaatimizce sorun arz etmektedir. Örneğin, gebe olmayan kadına karşı çocuk düşürtmeye yönelik fiillerin gerçekleştirilmesi⁶²² veya annenin ölü doğan veya doğumdan hemen sonra ölmüş olan çocuğunu canlı zannederek öldürmeye yönelik hareketlerde bulunması⁶²³ veya failin dolu zannettiği ancak gerçekte boş silahla mağduru öldürmek istemesi⁶²⁴ başlangıç anına göre tehlikeli olarak nitelendirildiğinden (*kadının gebe olmadığı, çocuğun ölü olduğu veya silahın boş olduğu tespitinin hareket gerçekleştirildikten sonra ortaya çıkabileceğinden*) teorinin

⁶²⁰ Türk ceza hukuku doktrininde somut tehlike teorisini kabul eden yazarlar için bkz. **Soyaslan**, Genel, s. 326, 329; **Demirbaş**, s. 487; **Öztürk/Erdem**, kn. 690, 692, s. 397-398; **Doğan**, Tipiklik, s. 221; **Aydın M.**, s. 84. Somut tehlike teorisini kabul etmekle birlikte, suçun konusunun mutlak biçimde yokluğunu istisna kabul eden, bu hâlde hareketin gerçekleştirildiği anda suçun konusunun varlığı olası görülse bile, teşebbüsü kabul etmeyen görüş için bkz. **Tozman**, s. 179. Somut olaya ve günlük hayat tecrübelerine göre, failin fiilinin tipik neticeyi gerçekleştirme imkân ve uygunluğunun bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği yönünde görüşler de söz konusudur. Bu görüşler de *ex-post* bir değerlendirme yapılması gerektiği yönünde (**Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 173, s. 166-167) ve *ex-ante* objektif gözlemcinin esas alınması gerektiği yönünde ikiye ayrılmaktadır (**Sözüer**, s. 187).

⁶²¹ **Welzel**, § 24, s. 192.

⁶²² Gebe olmayan bir kadına karşı çocuk düşürtmeye yönelik fiillerde bulunmak isteyen failin durumunda, klasik objektif teori ile yeni objektif (tehlike) teorinin ulaştığı sonuçlar birbirinin tamamen zıttını oluşturmaktadır. Zira, *ex-post* bir belirlemeyi esas alan klasik objektif teori uyarınca kadının gebe olmadığı açığa çıkmış olacağından elverişsiz teşebbüs olarak değerlendirilen bu durum; *ex-ante* bir belirlemeden yola çıkan yeni objektif teori uyarınca, tehlikelilik arz ettiğinden çocuk düşürtmeye elverişli bir teşebbüs olarak nitelendirilmektedir (v. **Hippel**, § 46, s. 156, dn. 9 ve s. 157; **Albrecht**, s. 12; **Sözüer**, s. 64; **Doğan**, Tipiklik, s. 207). Benzer yönde, gebe olduğunu zanneden kadının 10 haftadan sonra çocuğunu aldırma için doktora gitmesi durumunda, devam eden süreçte kadının gebe olmadığı anlaşılabilirse bile, doktorun, çocuk düşürtmeye teşebbüsten, kadının ise çocuk düşürmeye teşebbüsten sorumlu tutulacağı yönünde bkz. **Demirbaş**, s. 487.

⁶²³ Örnek için bkz. **Demirbaş**, s. 487-488.

⁶²⁴ **Doğan**, Tipiklik, s. 208.

vardığı sonuç uyarınca elverişli teşebbüs kapsamında değerlendirilerek cezalandırılabilir alana dâhil edilmiş olacaktır. Tehlike yargısı ve failin tasavvuru örtüştüğü takdirde, failin bilinç durumundan aynı zamanda hareketin tehlikeliliğine ulaşıldığı ve tehlike yargısı (*Gefahrurteil*) için bunun yeterli olduğunu ifade etmesiyle teori, objektif bir teoriden ziyade sübjektif bir anlayışa yaklaşmış olmaktadır. Zira, failin tasavvurunun esas alındığı bir yaklaşım, objektif olamayacaktır. Dolayısıyla, verilen bu üç olay örneğinin Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi karşısında elverişli bir teşebbüs kapsamında değerlendirilip cezalandırılması, kanaatimizce imkân dâhilinde değildir. Bu, failin tasavvurunu esas alan, sübjektivist bir yaklaşımı ifade etmektedir. Keza burada fail, gebe olmayan kadını sadece tasavvurunda gebe olarak addetmekte, anne gerçek durumda ölü doğan çocuğunu yaşıyor zannetmekte veya fail boş silahı dolu zannetmektedir. Ayrıca böyle bir durum, gerçekten gebe bir kadın üzerinde bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi veya doğduğunda hayati fonksiyonlara sahip bir çocuğa öldürmeye yönelik hareketlerde bulunulması ile verdiğimiz örneklerin aynı şekilde değerlendirmeye tabi tutulması sonucunu doğuracak, orantılılık ilkesi açısından da sorun arz edecektir. Yeni objektif teorinin, objektif teori tarafından mutlak biçimde elverişsiz olarak değerlendirilen ve tipik neticenin gerçekleşmesinin imkân dâhilinde olmadığı bu durumlarda teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilirlik sonucunu doğurması ve aslında failin tasavvurunu ön plana çıkarmış olması da bu teorinin zayıf yanını oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, aslında tek bir teoriye bağlı olmayan görüşümüz çerçevesinde, hem suçta kullanılan araçtan kaynaklanan elverişsizlikte hem de suçun maddi konusundan kaynaklanan elverişsizlikte *mutlak-nisbi elverişsizlik* ayrımının yapılması kanaatindeyiz⁶²⁵. Mutlak-nisbi elverişsizlik ayrımının belirsiz bir ayrım olduğu veya bu ayrımın yapılmasının bazı durumlarda zorluk teşkil ettiği ifade ediliyor olsa da mevcut kanuni düzenlememiz karşısında, çözüme ulaştırmaya en yakın yöntemin bu olduğu düşüncesindeyiz. Türk Ceza Kanunu'nun mevcut düzenlemesi karşısında bu ayrımın yapılması kaçınılmazdır, zira nisbi olarak dahi elverişli addedilemeyen bir hareketin, Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin

⁶²⁵ Benzer şekilde, *mutlak-nisbi imkânsızlık (elverişsizlik) ayrımı* yapan görüşler için bkz. **Taner**, s. 287, kn. 192; **Erem**, s. 305; **Artuk/Gökçen**, s. 661; **Aydın D.**, s. 101-103.

“*elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama*” ibaresi karşısında, elverişli teşebbüs kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Bu bağlamda, öncelikle suçta kullanılan araçtan kaynaklanan elverişsizlik, suçun maddi konusundan kaynaklanan elverişsizlik ve failden kaynaklanan elverişsizlik durumlarını ***hareketin elverişsizliği*** üst başlığı altında ele aldığımızın ifade edilmesi gereklidir. Bu elverişsizlikler, nihai olarak somut olayda hareketin elverişli veya elverişsiz olmasına neden olmakta, başka bir ifadeyle teşebbüsü elverişli veya elverişsiz kılmaktadır. Bu çerçevede, yaptığımız ayrımın aslında nihai olarak ***hareketin mutlak ve nisbi elverişsizliği / elverişliliği*** olduğu ifade edilmelidir.

İkinci olarak ifade edilmesi gereken, aracın elverişliliğinin veya elverişsizliğinin, her somut olaya ilişkin ayrı olarak ve somut olayda aracın kullanılış biçimi, kime ve neye karşı kullanıldığı da göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiğidir. Dolayısıyla, soyut olarak elverişsiz olarak nitelendirilen bir araç, somut olayda elverişli bir hâle gelebilecektir veya tam tersi soyut olarak elverişli olan bir araç, somut olayda elverişsiz bir nitelik kazanabilecektir. Bu nedenle, somut olayın özellikleri göz ardı edilerek bu noktada sağlıklı bir sonuca ulaşılamayacağı kanaatindeyiz.

Suçun maddi konusundan kaynaklanan elverişsizliğe ilişkin olarak ise, suçun maddi konusunun varlığını veya yokluğunu belirlerken esas alınacak zamanın, *failin fiilini gerçekleştirdiği an* olması gerektiği ifade edilmelidir⁶²⁶. Bu ana göre, suçun konusuna ilişkin olarak mutlak bir yokluktan değil de tesadüfi veya geçici bir yokluktan söz ediliyorsa, ilgili suça teşebbüsün kabul edilmesi gereklidir. Buna karşın mutlak anlamda bir yokluk söz konusuysa, teşebbüsten söz edilemeyecektir. Yine başlangıçta mevcut olan suç konusunun olayın devam eden sürecinde ortadan kalkmış olması, bir teşebbüsün varlığını engellemeyecektir. Suçun konusundan kaynaklanan elverişsizliği, elverişli bir araç olmasına rağmen; elverişli hareketi belirlemede yola çıktığımız diğer unsur olan suçun konusundan kaynaklanan bir elverişsizliğin bulunduğu bir durum olarak değerlendirmekteyiz. Dolayısıyla bu noktada araç elverişli olsa da suçun konusunun mutlak elverişsizliği, hareketi de mutlak olarak elverişsiz kılmaktadır. Örneğin, failin bir ağaç gölgesine veya korkuluğa insan olduğu düşüncesiyle ateş etmesinde; suçta kullanılan silah araç

⁶²⁶ Erem, s. 305.

olarak elverişli olmasına rağmen, öldürme suçunun konusu olan yaşayan bir insan bulunmadığından (mutlak elverişsizlik), aslında öldürme suçunun tipik neticesini ortaya çıkarma bakımından mutlak anlamda elverişsiz bir hareketten söz edilmektedir. Buna karşın, paranın yankesicinin el attığı cepte değil, mağdurun diğer cebinde olması durumunda konu bakımından ortaya çıkan nisbi elverişsizlik, hırsızlık suçu açısından nisbi elverişli bir hareketin bulunduğuna, dolayısıyla bir teşebbüsün varlığı sonucuna götürecektir.

Tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak, yaptığımız ayırım şu şekilde ifade edilebilir:

➤ ***Suçta kullanılan araçtan kaynaklanan elverişsizlik:***

Mutlak elverişsizlik: Suçta kullanılan aracın, somut olayın koşulları da göz önünde bulundurulduğunda, hiçbir koşulda tipik neticeyi doğurma imkânının bulunmadığı durumlar, aracın mutlak elverişsizliği nedeniyle mutlak elverişsiz teşebbüs olarak kabul edilmelidir. Bu şekilde yapılan bir belirlemeyle, mutlak elverişsizlik teşkil ettiği kabul edilen durumların, Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu çerçevede, burada verdiğimiz örneklerin mutlak bir kategori oluşturmadığı, hâkim tarafından her somut olaya ilişkin olarak ayrıca değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmelidir. Failin, dolu zannettiği ancak gerçekte boş bir silahla veya tüm aksamı bozuk bir tabanca ile mağduru öldürmek istemesi veya fail tarafından zehirlemek istediği mağdura arsenik zannederek şeker verilmesi, açık bir şekilde atış mesafesinin dışında kalan mağdura havalı tüfekle ateş edilmesi durumları.

Nisbi elverişsizlik: Suçta kullanılan aracın miktarından ve kullanılış tarzından kaynaklanan eksiklikler ise, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zehrin dozajının mağduru öldürmek için yetersizliği, mağdurun zehre karşı bağışıklığının olması, mağdurun bünyesinin kuvvetli olması veya failin kullandığı zehrin bozulmuş olması nedeniyle zehrin öldürücü etkisini gösterememesi.

Suçta kullanılan araçtan kaynaklanan elverişsizlik durumuna ilişkin olarak, aracın elverişsizliğinin mutlak-nisbi elverişsizliğine ilişkin bir belirlemede bulunulurken, somut olayın göz önünde tutulması gerektiği bir kez daha önemle vurgulanmalıdır. Bu çerçevede, mutlak elverişsizliğe örnek olarak vermiş

olduğumuz, açık bir şekilde atış mesafesinin dışında kalan mağdura havalı tüfekle ateş edilmesi durumunda⁶²⁷, somut olay şu şekilde gerçekleşse, farklı bir değerlendirmede bulunulabilecektir: Havalı bir tüfekle, vücudun hayati bir bölgesine, tüfeğin menziline çok yakın ancak yine de menzilin dışında kalan (*ikisi arasında 1 m'lik bir fark bulunması gibi*) bir mesafeden atışta bulunulması hâlinde, gerçekleştirilen fiilin öldürme neticesini meydana getirmek için elverişliliğinden söz edilebileceğinden, Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılması mümkün olabilecektir.

➤ **Suçun maddi konusundan kaynaklanan elverişsizlik:**

Mutlak elverişsizlik: Hiçbir koşulda suçun tipik neticesinin ortaya çıkamayacağı, yani failin suç işleme amacını gerçekleştirmesinin imkânsız olduğu durumlar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Öldürülmek istenen kişinin daha önceden ölmüş olması veya gebe olmayan kadına çocuk düşürtmeye yönelik faaliyetlerde bulunulması, anne tarafından ölü doğan çocuğunu öldürmeye yönelik hareketlerde bulunulması veya kapısı-penceresi olmayan, metruk bir binaya hırsızlık amacıyla girilmesi gibi örnekler bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Nisbi elverişsizlik: Suçun konusunun nisbi elverişsizliğinde, suçun konusu vardır, ancak failin fiili icrası sırasında bulunduğunu zannettiği yerde değildir. Hırsızın girdiği evde/lokantada çalacak bir şey bulamaması⁶²⁸, yankesicinin el attığı

⁶²⁷ 50 metre menzili olan küçük çaplı havalı tüfekle, 200 m uzaklıkta bulunan mağduru öldürme kastıyla hareket eden failin durumu, Alman ceza hukuku doktrininde *ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüse* örnek olarak verilmektedir. Alman ceza hukuku sisteminin teşebbüs konusunda benimsediği yaklaşım açısından bu durum da cezalandırılabilir olmakla birlikte, hâkimin Alm. CK. m. 23/3 uyarınca cezadan vazgeçme veya cezada indirim yapma imkânı bulunmaktadır (**Joecks/Jäger**, § 23, kn. 5, 6). *Benzer yönde örnek için bkz. Fischer*, § 23, kn. 7.

Yargıtay kararına da konu olan olayda; atış mesafesinden kaynaklanan aracın elverişsizliği, failin öldürmeye yönelik kastını belirlemede bir ölçüt olarak kullanmıştır. *Karar için bkz. "Sedri'nin Mehmet'in elinde av tüfeği olduğunu görmesi üzerine aracıyla uzaklaşmaya başladığı, Mehmet'in ise araçla Sedri'yi takip ederek, Sedri'nin aracının arka kısmına av tüfeği ile 3-4 el ateş ettiği, saçma tanelerinin bir kısmının Sedri'ye ait aracın arkasına, bir kısmının da sol kapı dikiz aynasına isabet ettiği ancak şöför mahalline geçmediği anlaşılan olayda öldürme kastıyla hareket edildiğini gösterir, her türlü kuşku uzak, kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı gibi, atış mesafesine göre vasitanın da elverişsiz olduğu ve mağdurun şikâyetinin de bulunmadığı anlaşıldığı hâlde, silahla tehdit suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, suçun niteliğinde hataya düşülerek öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması..."* (1.CD., 19.11.2015, 1423/5601, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁶²⁸ 6.CD., 14.6.1983, 4019/5620 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı; **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 174, dn. 774, s. 167; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 483).

çantanın boş olması⁶²⁹, paranın failin hırsızlık amacıyla el attığı sağ cepte değil sol cepte olması⁶³⁰, mutfağa su içmek üzere giden mağdurun az önce boşalttığı yatağa bıçak saplanması gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilmelidir.

➤ ***Failden kaynaklanan elverişsizlik:***

Failden kaynaklanan elverişsizliğin ortaya çıkış şekillerine ve tüm bunların Türk ceza hukuku açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin düşüncelerimize, çalışmamızın son bölümünde, elverişsiz teşebbüsün görünüm şekilleri başlığı altında yer vermiş bulunmaktayız⁶³¹. Bununla birlikte; burada, failden kaynaklanan elverişsizlik bağlamında *ters tipiklik hatası (umgekehrter Tatbestandsirrtum)* ve *ters niteleme hatası (umgekehrter Subsumtionsirrtum)* ayrımını yaptığımızı, ters tipiklik hatası olarak değerlendirilebilecek durumların elverişsiz teşebbüs, ters niteleme hatası şeklinde ortaya çıkan failin elverişsizliği hâllerinin ise mefruz suç oluşturduğunu kabul ettiğimizi ifade etmekle yetineceğiz.

2. Elverişsiz Teşebbüsün Cezalandırılabilirlik Sorununa İlişkin Olarak

Yukarıda ayrı bir kategori olarak ele aldığımız ve somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak nisbi bir elverişlilik taşıdığı sonucuna ulaşılan durumlar dışında kalan hâllerde, yani ***mutlak elverişsizlik (imkânsızlık)*** gösteren durumlarda failin Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesindeki "*elverişli hareket*" ibaresi karşısında teşebbüs kapsamında cezalandırılmayacağı kanaatindeyiz. Zira aslında kanunkoyucunun kanun metninde yer verdiği bu ibare, onun teşebbüs konusundaki tercihinin *failin tasavvuru olmadığını* ortaya koymaktadır. Dolayısıyla elverişli harekete ilişkin yapılacak bu belirlemede, sübjektif bir değerlendirmeden yola çıkılmayacaktır. Bu çerçevede, daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi, objektif bir teori olduğu iddiasıyla ortaya çıkan *somut tehlike teorisi* çerçevesinde ulaşılan bazı sonuçlar, mutlak anlamda elverişsiz olan bazı fiillerin cezalandırılabilirliği sonucunu doğurmaktadır. Somut tehlike teorisini savunanlardan tehlikeyi sübjektif

⁶²⁹ "Sanık, elini soktuğu cepte para bulamadığına göre suçu eksik kalkışma derecesindedir" (6.CD., 24.8.1976, 4834/4566, **Erem**, s. 307, dn. 49).

⁶³⁰ **Artuk/Gökçen**, s. 660.

⁶³¹ *Değerlendirme için bkz. Üçüncü Bölüm, II, E, 5.*

anlamda kabul edenler tarafından, bir hareketin elverişli olmasa dahi tehlikeli olabileceği ifade edilmektedir⁶³². “*Elverişli hareket*” kavramına yer veren Türk Ceza Kanunu açısından, bu düşünce bir anlam ifade etmemektedir.

Bu başlık altında değerlendirdiğimiz durumlarda, fiili tipik neticeyi gerçekleştirmek için nisbi de olsa bir elverişlilik taşımamasına rağmen, gerçekleştirdiği somut fiili ile hukuka aykırı bir durumu meydana getirmek için harekete geçen bir fail söz konusudur. Aslında bu, hareketin haksızlığını (*Handlungsunrecht*) ifade etmektedir. Bu durumlar açısından ise, failin gerçekleştirdiği fiil objektif olarak, herhangi bir tehlike ya da zarar ortaya koymasa da artık söz konusu fiili ile tehlikeliliğini açığa vurmuş bir failden söz edileceğinden, hâkime güvenlik tedbiri uygulanması konusunda takdir yetkisinin tanınması gerektiği düşüncesindeyiz. Örneğin, gebe olmayan kadına karşı çocuk düşürmeye yönelik hareketlerde bulunulması, fiilin gerçekleştirildiği anda çoktan ölmüş bir kişiye karşı öldürmeye yönelik hareketlerde bulunulması, annenin ölü doğan çocuğunu canlı zannederek öldürme hareketlerinde bulunulması, insan olduğu düşüncesiyle bir ağaç gövdesine veya korkuluğa ateş edilmesi veya failin zehirlemek istediği mağdura arsenik zannederek şeker vermesi gibi, hiçbir koşulda tipik neticenin ortaya çıkma ihtimalinin olmadığı, yani mutlak elverişsizlik teşkil eden durumlar, bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Bahsettiğimiz örneklerde, suça yönelmiş iradesini açık bir şekilde ortaya koyan bir failden söz edilmektedir. Suç işleme iradesini somut ve şüpheye yer bırakmayacak derecede fiili ile açığa çıkaran fail, böylelikle toplum için arz ettiği tehlikeliliği ortaya koymuş olmaktadır. Sadece, tesadüfi olarak somut bir zarar veya tehlike meydana getirmiş değildir. Bu bağlamda failin toplum açısından arz ettiği tehlikelilik konusunda *kriminolojik bir yaklaşım* izlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kanaatimizce söz konusu faile karşı, ceza hukukunun kayıtsız kalmaması gereklidir. Nitekim İtalyan ceza hukuku doktrininde İtalyan kanunkoyucusunun da *reato impossibile* başlığıyla, 49. maddesinin 2. fıkrasında elverişsiz teşebbüse ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer vererek failin teşebbüsü elverişsiz olmasına rağmen, bu durumda hâkime güvenlik tedbiri uygulama konusunda takdir yetkisi tanınması, failin tehlikeliliğiyle açıklanmaktadır. İlgili düzenlemeyi getirirken, İtalyan

⁶³² Teorinin bu düşüncesi için bkz. **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 170, s. 164.

kanunkoyucusunun ileride failin elverişli hareketlerle teşebbüsünü tekrarlayabileceğinden hareket etmiş olduğu ifade edilmektedir⁶³³.

Elverişsiz teşebbüsün bir ceza hukuku yaptırımına tabi tutulması önerimiz şöyle bir argümanla karşılaşabilir: Elverişsiz teşebbüs durumunda söz konusu olan gerçekleşmeyen tipiklik, ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutulmaya değer midir? Hareketin haksızlığının söz konusu olduğu ancak objektif tipikliğin gerçekleşmediği bir durum olarak elverişsiz teşebbüs ile hem hukuka aykırılığın söz konusu olduğu hem de tipe uygun bir hareketten söz edilen mazeret durumlarının varlığı (*zorunluluk hali, amirin emri ve meşru savunmada sınırın mazur görülebilir heyecan, korku ya da telaş nedeniyle aşılması*), aslında bu bakımdan birbirinin karşısında yer almaktadır. Mazeret sebebinin varlığı hâlinde tipik hareketine rağmen mazur görülen failin, elverişsiz teşebbüs durumunda tipik olmayan hareketine rağmen kanaatimizce mazur görülmemesi gereklidir. Zira mazeret sebebinin varlığı hâlinde, failin içinde bulunduğu olağandışı psikolojik durum nedeniyle harekete geçme iradesi göstermesi, onun kusurunun ve fiilinin haksızlık içeriğinin azalmasına yol açar. Oysa elverişsiz teşebbüs failini, harekete geçiren böyle bir dürtü değildir. Aksine, elverişsiz teşebbüs faili hukuken kınanabilir bir netice için tamamen özgür iradesiyle hareket etmekte ve herhangi bir psikolojik baskı içinde de bulunmamaktadır. Şahsi haksızlık öğretisi temelinde hareketin haksızlığının gerçekleştiği bu durumun, bir ceza hukuku yaptırımına değer olduğunun ifade edilmesi gereklidir.

Mutlak elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumlara ilişkin olarak getirilecek düzenlemede faile uygulanacak güvenlik tedbiri açısından, Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinde yer alan tedbirlerden esinlenilebileceği kanaatindeyiz. Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinde, kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesi düzenlenmektedir. Burada uygulanmasını önerdiğimiz yaptırımların, Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesindeki adli para cezası dışında kalan, tedbir niteliğindeki yaptırımlar olduğu açıktır. Zira, yaptırım olarak güvenlik tedbirini önermemiz, bir ceza niteliği taşıyan adli para cezasını otomatik olarak dışarda bırakmaktadır.

⁶³³ **Maiwald**, Einführung, § 11, s. 133-134. Benzer yönde, söz konusu fiiler açısından failin tehlikeliliğinden ve fiili tekrarlama ihtimalinden yola çıkan *Dönmezer/Erman*, burada faile teşebbüse oranla daha hafif bir ceza verilmesi veya failin cezasız bırakılması yönünde hâkime takdir yetkisi tanınmasının yerinde olacağını ifade etmiştir (**Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 176, s. 169).

Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinde sınırlı sayıda (*numerus clausus*) belirtilen tedbirler şunlardır:

- Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme ve tazmin suretiyle tamamen giderilmesi (TCK m. 50/1-b)
- En az iki yıl süreyle, bir eğitim kurumuna devam etme (TCK m. 50/1-c)
- Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (TCK m. 50/1-d)
- Ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (TCK m. 50/1-e)
- Gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırma (TCK m. 50/1-f)

Sıralanan bu tedbir niteliğindeki yaptırım türlerinden ise, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, suçtan önceki hâle getirme ve tazmin suretiyle giderilmesi de elverişsiz teşebbüs nedeniyle öngörülebilecek yaptırımların dışında kalmaktadır. Zira elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumlar, mahiyeti itibariyle bir zarar neticesi meydana getirmez. Bu nedenle, zarar tazminine yönelik söz konusu tedbir dışında kalan diğer yaptırımların elverişsiz teşebbüs durumunda uygulanabileceği düşüncesindeyiz.

Burada, elverişsiz teşebbüs açısından getirilecek düzenlemede önerdiğimiz güvenlik tedbiri yaptırımı açısından yol gösterici mahiyette olabilecek Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesindeki tedbirlerin, elverişsiz teşebbüs faili açısından süresinin ne olacağı sorusunun da cevaplanması gereklidir. Bir eğitim kurumuna devam etme için kanuni düzenlemede "*en az iki yıl süreyle*" şeklinde bir ibare ile bir süre düzenlemesine gidilmiş, diğer yaptırımlar ise kısa süreli hapis cezasına birer seçenek olarak öngörülmeleri nedeniyle, süreleri de mahkûm olunan cezaya bağlanmış bulunmaktadır. Burada elverişsiz teşebbüs faili açısından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hâkime takdir yetkisi verilmesini önerdiğimiz tedbir niteliğindeki bu yaptırımların süresinin de hâkimin takdirine bırakılması gerektiği kanaatindeyiz. Hâkim, elverişsiz teşebbüs faili açısından tedbirlerden birine hükmedip hükmetmeyeceğine karar verirken, tedbirin uygulanması konusunda bir karar vermesi hâlinde söz konusu tedbirlerden somut olaya uygunluk arz edeni tercih edecek ve sonrasında tedbirin uygulanacağı süreye ilişkin olarak da mâkul bir

belirlemede bulunabilecektir. Nitekim söz konusu durumlar için, önerimize benzer şekilde, güvenlik tedbiri öngören İtalyan Ceza Kanunu, tedbirin süresi konusunda bir belirlemede bulunmamıştır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN
TEMEL KOŞULLARI, GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ,
ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSTEN VAZGEÇME
ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSE İLİŞKİN DİĞER SORUNLAR

I. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN TEMEL KOŞULLARI

A. Elverişsiz Teşebbüste Sübjektif Koşul: Suç İşleme Kararının Varlığı

1. Genel Olarak

Bugün yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 21. maddesinin 1. fıkrasında kastı, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” olarak tanımlamaktadır. Kanun, teşebbüse ilişkin 35. maddesinin 1. fıkrasında ise “işlemeyi kastettiği bir suçu” ibaresine yer vererek, teşebbüs hükümlerinin sadece kasten işlenebilen suçlarda uygulanabileceğini belirlemiş olmaktadır.

Almanya’daki duruma bakıldığında ise, Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak, kastın tanımının Kanun’da yapılmadığı görülür. Kanunkoyucu, Alman Ceza Kanunu’nun 16. maddesinde sadece, kastın ters yönünü, yani kanuni suç tipinin unsurlarını oluşturan durumlarda (maddi unsurlar) hatayı (Alm. CK. m. 16/1) ve suçun nitelikli unsurlarının hatalı olarak var zannedilmesi (Alm. CK. m. 16/2) durumunu ele almıştır. Hâl böyle olunca, bu tanımın yapılması doktrin ve içtihat hukukuna bırakılmış olmaktadır⁶³⁴. Bugün içtihat hukukunda ve doktrinde kastın “bilme” (*intellektuelles Moment-das Wissen*) ve “isteme” unsurlarından (*voluntatives Moment-das Willen*) oluştuğu baskın görüşüne rağmen⁶³⁵, Alman ceza öğretisinde bir kesim kast kavramını “isteme” unsurundan bağımsız, “bilme” unsuru şeklinde

⁶³⁴ RG 58, 247 (248); 70, 257 (258); BGH 36, 1 (9); BGH NStZ 1988, 175 (Jescheck/Weigend, § 29 II, s. 293).

⁶³⁵ Jescheck/Weigend, § 29 II, s. 293; Roxin, AT I, § 12 I, kn. 4; Wessels/Beulke/Satzger, § 7, kn. 306; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 11, kn. 7; Gropp, § 4, kn. 116; Kühl, § 5, kn. 6; Hauf, s. 29; Heinrich, AT, § 12, kn. 264; Joecks/Jäger, § 15, kn. 7; S/S-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15, kn. 9; Haft, s. 151; Rengier, § 14, kn. 5; Ebert, s. 54; Otto, § 7, kn. 3.

anlamaktadır⁶³⁶. Alman doktrinindeki bu tartışmaların bir yansıması olarak, kanunumuzdaki açık düzenlemeye (TCK. m. 21/1) rağmen, istemenin kastın bir unsurunu oluşturmadığı Türk ceza hukuku doktrininde de bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır⁶³⁷.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin klasik kast tanımı şu şekildedir: “Kast, kanundaki suç tipinin unsurlarını oluşturan tüm durumların bilinmesi ve istenmesidir⁶³⁸.” Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin düzenlemesinde ise, teşebbüsün “sübjektif koşulu” açık bir şekilde belirtilmemiştir. 1871 sayılı İmparatorluk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin 1. fıkrasında, teşebbüsün varlığı için bir suç işleme kararının (*Tatentschluß*) gerekli olduğu açık bir şekilde ifade edilmekteydi. Bununla birlikte, mevcut düzenlemedeki “*kendi tasavvuruna göre (nach seiner Vorstellung)*” ibaresinden, suç işleme kararının kısmen çıkarıldığı ifade edilmektedir. Çünkü, “tasavvur (*Vorstellung*)” terimi, kastın sadece zihinsel olan “bilme” (*Wissen -kognitive Element*) unsurunu kapsarken, “isteme” (*Wollen -voluntative Element*) unsurunu içermemektedir. Bununla birlikte, “suç işleme kararı” unsurunun pozitif hukukta düzenlenmemiş olması bir eksiklik oluşturmaz. Bir suç işleme kararının gerekli olduğu, taksirli bir suça teşebbüsün kanunda hiçbir yerde cezalandırılmamasından ve kasıtlı suçlara teşebbüsün, icra hareketleri aşamasına kadar tamamlanmış suçlardan bir farkı olmamasından anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kullanılan kavramdaki bu değişikliğin bir şeyi değiştirmedığı ifade edilmiştir⁶³⁹. Ayrıca yargı kararlarında da Alman Ceza Kanunu'nda geçen “tasavvur” ibaresinin, “suç işleme kararı” şeklinde anlaşılacağı ifade edilmektedir. Bu bağlamda Alman ceza hukuku açısından, (elverişsiz) teşebbüsün sübjektif koşulunun “suç işleme kararı” olduğunun ifade edilmesi gereklidir.

Türk ve Alman ceza kanunlarındaki düzenlemeler bu şekilde ifade edildikten sonra, kast ve suç işleme kararı gibi açıklığa kavuşturulması gereken kavramlar ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, çalışmamızın bu kısmında öncelikle, teşebbüste ve dolayısıyla elverişsiz teşebbüste yüklendikleri önemli fonksiyon nedeniyle söz konusu kavramlara ilişkin açıklamalarda bulunulacak, ardından da elverişsiz

⁶³⁶ **Jakobs**, kn. 8/8; **Kindhäuser**, § 13, kn. 3.

⁶³⁷ *Görüş için bkz. Özgenç*, s. 247.

⁶³⁸ BGHSt 19, 298 (**Haft**, s. 151; **Hauf**, s. 56, dn. 29).

⁶³⁹ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 60.

teşebbüste suç işleme kararının belirlenmesine yönelik değerlendirmelerde bulunulacaktır.

2. Suç İşleme Kararı ve Kast Kavramları Arasındaki İlişki

Alman ceza hukuku doktrinde, teşebbüsün subjektif tipikliğini açıklarken genellikle “*kast (Vorsatz)*” yerine “*suç işleme kararı (Tatentschluß)*” kavramının kullanılması, bu kavramlar ile ifade edilenin ne olduğunun ve aralarında bir fark bulunup bulunmadığının irdelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Alman ceza hukuku öğretisinde, suç işleme kararı ile kast genellikle birbiriyle eşit tutulmaktadır⁶⁴⁰. Bununla birlikte, aralarında terminolojik olarak şöyle bir fark bulunmaktadır: Suç tipinde ayrı bir subjektif unsura yer verilmişse, suç işleme kararı bunu da içine alan bir anlama sahip olmakta, suç işleme kararı ile kast bu anlamda farklılaşmaktadır⁶⁴¹. Örneğin; hırsızlık suçunu işleme kararı, sadece eşyayı bulunduğu yerden alma kastını değil, mal edinme maksadını (*Zueignungsabsicht*) da içermektedir⁶⁴². Daha açık bir ifadeyle, teşebbüsün subjektif koşulunu “suç işleme kararı” olarak belirleyen görüş, “*diğer subjektif haksızlık unsurları (die sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale)*” olarak ifade ettikleri, failin bir suç tipinde belli bir saik, amaç veya maksatla hareket etmesinin arandığı durumlarda (Türk ceza hukuku öğretisindeki özel kast kavramı⁶⁴³) kast ile suç işleme kararının

⁶⁴⁰ **Jescheck/Weigend**, § 49 III, s. 515; **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 40 I, kn. 68.

⁶⁴¹ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 61; **Gropp**, § 9, kn. 20; **Kühl**, 15, kn. 23; **Kindhäuser**, § 31, kn. 4; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 851; **Kühl/Heger**, § 22, kn. 2; **Joecks/Jäger**, § 22, kn. 4; **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 13; **Krey/Esser**, § 40, kn. 1193, s. 496; **Murmann**, § 28, kn. 38; **Freund**, § 8, kn. 14a; **Jäger**, § 7, kn. 284; **Rath**, Heft 11, s. 1011; **Hirsch**, Versuchstheorie, s. 495; **Ebert**, s. 153.

⁶⁴² **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 61; **Murmann**, § 28, kn. 38; **Freund**, § 8, kn. 14a. Alman Ceza Kanunu’nda hırsızlık suçu (m. 242) dışında, yağma (m. 249), şantaj (m. 253), suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi (m. 259) ve dolandırıcılık (m. 263) genel kastın dışında subjektif haksızlık unsuru içeren suçlara örnek olarak verilmektedir (**Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 851). Dolandırıcılık suçunda subjektif haksızlık unsuru, zenginleşme maksadı (*Bereicherungsabsicht*) olarak ifade edilmektedir (**Joecks/Jäger**, § 22, kn. 4; **Kindhäuser**, § 31, kn. 5).

⁶⁴³ Türk ceza hukuku öğretisinde de failin suç tipinde düzenlenmiş maksat ve saikinin özel kast şeklinde genel kasttan ayrı bir sınıfı oluşturması eleştirilmektedir. Böyle bir ayrıma gerek olmadığı, Fransız hukukundan Türk hukukuna geçmiş bu kavramın kast kavramına ilişkin karışıklığa sebep olacağı ifade edilmiştir (**Önder**, s. 304. *Aksi yönde görüş için bkz. Keçelioglu Elvan*, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştiren Bir Yaklaşım”, TBB Dergisi, S. 83, 2009, s. 126). Bu bağlamda, failin suç tipinde düzenlenmiş amaç veya saikini, Alman ceza hukuku öğretisindeki ilk görüş gibi “kastın bir şekli” olarak kabul etmelerine rağmen, yerleşik olan bu ayırım kimi yazarlar tarafından korunmaktadır

farklılaştığını, suç işleme kararının bunları da içine alan bir anlam taşıdığını kabul etmektedir⁶⁴⁴.

Sonuç olarak suç işleme kararı ile kast arasında yapılan bu terminolojik ayırım, teşebbüsün sadece kasten işlenebilen suçlarda mümkün olduğu ve taksirli suçlarda söz konusu olamayacağı gerçeğini Alman ceza hukuku açısından da değiştirmemektedir. Dolayısıyla, kanaatimizce şu yaklaşım daha doğrudur: Suçun kanuni tanımı, suçun oluşumu bakımından failin kasten hareket etmesini yeterli görmemiş, kasta ek olarak, failin belirli bir maksat veya saik ile hareket etmesini aramışsa, bunların da gerçekleşmiş olması gereklidir. Bu, teşebbüs ve tamamlanmış suç açısından bir farklılık arz etmez. Yani teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan söz edilebilmesi için de ilgili suç tipinde kast dışında başka manevi unsurlar öngörülmüşse, bunların da gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁴⁵.

3. Suç İşleme Kararının İçeriği

Kast ile arasındaki terminolojik ayırımı yukarıda ifade etmiş olduğumuz ve kural olarak kastın bilme ve isteme unsurlarını ifade eden suç kastı biçiminde anlaşılması gereken suç işleme kararı kavramının⁶⁴⁶ içeriğinin de bu kapsamda değerlendirilebileceği hususunda şüphe yoktur.

Alman ceza hukuku açısından teşebbüsün subjektif koşulunu teşkil eden suç işleme kararı, bir yandan failin tamamlanmasına yönelik failin niyetini ifade eden ve iç davranışın zorunluluğunu vurgulayan bir kavram iken, diğer yandan içeriksel olarak tamamlanmış suç ile aynı olduğunu reddetmeyen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁴⁷. Bu bağlamda, kasttan ve gerektiğinde diğer subjektif haksızlık

(Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 262). Alman ceza hukukundaki ikinci anlayışı benimseyip, amaç ve saikin yeni Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde kastla özdeş veya kastın bir türü olmadığını, bunların, suçun temel/nitelikli şekillerinde yer aldıkları suçlar açısından bir unsur oluşturduğunu, genel-özel kast ayırımının terk edildiğini ifade edenler de söz konusudur (Özgenç, s. 302-303). Benzer yönde "*diğer subjektif haksızlık unsurları*" şeklinde sınıflandırma için bkz. Koca/Üzülmez, s. 250.

⁶⁴⁴ Roxin, AT II, § 29 I, kn. 61; Frister, kn. 23/17.

⁶⁴⁵ Koca/Üzülmez, s. 420.

⁶⁴⁶ Roxin Claus, "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", Juristische Schulung, 1979, Heft 1, s. 2.

⁶⁴⁷ LK-Hillenkamp, § 22, kn. 30-31.

unsurlarından oluşan suç işleme kararının⁶⁴⁸ içeriğine, öncelikle kastın dolayısıyla kastın bilme ve isteme unsurlarının dâhil olduğunun ifade edilmesi gereklidir.

Çalışmamızda kast kavramı, klasik anlayış olarak ifade edilen ve kastın bilme ve isteme unsurlarından oluştuğunu kabul eden görüş kapsamında ele alınacaktır. Kanaatimizce kastın varlığından söz edebilmek için bilme yanında isteme unsurunun da gerçekleşmesi aranmalıdır. Zira, bir şeyin bilinmesi onun istendiği anlamına gelmez. Ayrıca isteme unsuru olmaksızın olası kast ve bilinçli taksir arasında tam anlamıyla bir ayırım yapılamaz⁶⁴⁹. Kişi, fiilin olası sonucu olarak bir hukuki değer ihlaline sebebiyet vereceğini, bu sonucu istemeksizin tasavvur edebilir. Her şeyin yolunda gittiğini ve başkasına zarar vermekten kaçınabildiğini düşünen kişi, beklentisinin aksine bir şekilde nihai olarak meydana gelmiş neticeyi istemez. Kasten ve taksirle hareket eden failer arasındaki belirleyici fark, kasten hareket eden failin korunan hukuki değere yönelik bilinçli bir karar vermiş olmasıdır⁶⁵⁰.

Kastın bilme ve isteme unsurları, ayrıntılı bir incelemeyi gerektirir. Kastın bilme unsuruna ilişkin yapılacak incelemede, kastın bilme unsurunun referans noktasını, tüm objektif haksızlık unsurları (*objektive Unrechtsmerkmale*) oluşturmaktadır. Dolayısıyla haksızlığın tüm objektif unsurlarının fail tarafından bilinmesi gerekir⁶⁵¹. Objektif haksızlık unsurları ile ifade edilmek istenen, suçun kanuni tanımında yer alan ve fiilin haksızlık içeriği üzerinde etkisi olan *deskriptif (tanımlayıcı)* ve *normatif (değerlendirici)* unsurlardır.

Kanunkoyucunun bir suçun kanuni tanımını yaparken, unsurların nitelendirilmesinde faydalandığı deskriptif ve normatif unsurlar, kast bakımından farklı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Buna göre, zihni bir bilgiyi gerektiren deskriptif unsurlara ilişkin suç işleme kararı, onların tabii anlam içeriğini (*natürlicher Sinngehalt*) ifade etmektedir. Buna karşın normatif unsurlarda tam anlam bilgisi (*Bedeutungskennntnis*) gereklidir. Bunun için “uzman olmayan kişiler alanında paralel bir değerlendirme (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)” gerekli ve de yeterlidir. Buna göre failin, uzman olmayan kişilere göre normatif unsurların

⁶⁴⁸ **Gropp**, § 9, kn. 20.

⁶⁴⁹ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 7, kn. 308; **Önder**, s. 269; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 256.

⁶⁵⁰ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 7, kn. 308.

⁶⁵¹ **Hauf**, s. 30.

ne anlama geldiğini bilmesi gerekir⁶⁵². Fail tarafından, hukuki olarak doğru bir niteleme yapılması gerekli değildir⁶⁵³.

Yine bir suç işleme kararının varlığından söz edilebilmesi için objektif haksızlık unsurlarının bilinmesi dışında, bunların istenmesi de gereklidir. Kastın irade unsuru olarak da ifade edilen⁶⁵⁴ isteme unsuru, failin iradesinin suç tipini oluşturan tüm objektif (maddi) unsurlara yönelik bir iradeyi ifade etmektedir⁶⁵⁵. Bu anlamda bilme ve isteme unsurları, karşılıklı bir ilişki içinde bulunur⁶⁵⁶.

Son olarak, suç işleme kararının içeriğini genel kasttan farklı kılan ve bu ayrıma sebep olan (eğer ilgili suç tipinde yer alıyor ise) diğer subjektif haksızlık unsurlarının da gerçekleşmiş olması gereklidir. Başka bir ifadeyle, suç işleme kararının varlığı için her zaman gerekli olan genel kastın yanında, eğer suç tipinde yer verilmişse failin saikinin de gerçekleşmesi gerekmektedir. Tüm bu hususların birlikte gerçekleşmesi durumunda, bir suç işleme kararının varlığından söz edilebilecek ve dolayısıyla teşebbüsün subjektif koşulunun gerçekleştiği ifade edilebilecektir.

4. Elverişsiz Teşebbüste Suç İşleme Kararının Belirlenmesi

Elverişsiz teşebbüste suç işleme kararının belirlenmesi için öncelikle kastın bilme ve isteme unsurlarının incelenmesi gereklidir:

Kasta ilişkin yapılan incelemede, bilme unsurunun öncelik arz etmesi, mantığa uygundur. Zira, ancak bilinen bir şeyin istenmesi mümkündür. Bu nedenle öncelikli olarak yanıtlanması gereken soru, kastın bilme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğidir⁶⁵⁷.

Kastın bilişsel, zihinsel unsuru olan bilme unsurunun kapsamına nelerin dâhil olması gerektiği ise, hem Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasından hem de hataya ilişkin düzenlemelerinden (TCK m. 30/1, 2, 3) çıkarılabilir. Alman Ceza Kanunu'nda ise kastın bilme unsurunun kapsamı, kastın açık bir kanuni tanımı

⁶⁵² **Jescheck/Weigend**, § 29 II, s. 295; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 7, kn. 352-353; **Hauf**, s. 30.

⁶⁵³ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 7, kn. 353; **Hauf**, s. 30.

⁶⁵⁴ “İrade unsuru” terimi için bkz. **İçel**, s. 440.

⁶⁵⁵ **Artuk/Gökçen**, s. 338.

⁶⁵⁶ **Hauf**, s. 30.

⁶⁵⁷ **Heinrich**, AT, § 12, kn. 269.

olmadığı için tipiklikte hataya ilişkin düzenleme olan 16/1. maddesi aracılığıyla belirlenmektedir⁶⁵⁸.

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz.*” Buna göre, kastın bilme unsurunun gerçekleşebilmesi için, suç tipini oluşturan tüm objektif unsurların bilinmesi gereklidir⁶⁵⁹. Yani, ilgili suç türünün tipik haksızlığını nitelendiren tüm unsurlar, fail tarafından bilinmelidir⁶⁶⁰. Bu unsurların bilinmemesi durumunda, failin kastından da söz edilemeyecektir. Keza, tipiklik hatasına ilişkin düzenlemede, bunlara ilişkin bir “bilmeme” durumunda kişinin kasten hareket etmiş olmayacağı ifade edilmektedir. Örneğin, kişi, vestiyerden kendisine ait paltoyu almak isterken, benzerlikleri nedeniyle paltosunu bir başkasınıniki ile karıştırmış ve başkasına ait bir paltoyu almışsa, bu durumda hırsızlık suçunun unsurunu oluşturan “başkasına ait olma (*Fremdheit*)” unsurunu, başka bir ifadeyle “paltonun başkasına ait olduğunu” bilmediği için, Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası anlamında (Alm. CK. m. 16/1) bir tipiklik hatası içindedir. Dolayısıyla kastı bulunmamaktadır.

TCK. m. 30/1'in tersi bir durumda ise, failin kasten hareket etmiş olacağı sonucuna varılmaktadır⁶⁶¹. Başka bir ifadeyle, tipiklik hatasının ters yönde gerçekleştiği böyle bir durumda, artık failin kastı ortaya konmuş olmaktadır. Örneği tersine çevirecek olursak, kişi vestiyerden başkasına ait olan paltoyu almak isterken, yanlışlıkla kendi paltosunu aldığı anda, artık hırsızlık suçunu işleme kastı bulunmaktadır. Burada failin “paltonun kendi paltosu olduğunu bilmeme” şeklinde bir hatası yine söz konusudur, ancak failin bu ters yönde gerçekleşen hatası hırsızlık suçu açısından önem taşımaz. İşte bu ters tipiklik hatası şeklinde gerçekleşen ikinci örnek, elverişsiz teşebbüs durumunu ifade etmektedir. Dolayısıyla elverişsiz teşebbüs durumunda da failin kastının bulunduğundan söz edilecektir. Bu bağlamda, elverişsiz

⁶⁵⁸ **Jescheck/Weigend**, § 29 II, s. 293; **Kindhäuser**, § 13, kn. 1.

⁶⁵⁹ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 7, kn. 306.

⁶⁶⁰ **Jescheck/Weigend**, § 29 II, s. 295.

⁶⁶¹ Alman Ceza Kanunu m. 16/1 uyarınca hatanın tersine gerçekleşmesi durumunda kasta sebebiyet vereceğine ilişkin bkz. **Jescheck/Weigend**, § 29 II, s. 293; **Kühl**, § 5, kn. 8; **Roxin**, AT II, § 29 V, kn. 404; **Roxin**, Abgrenzung, s. 985; **Ebert**, s. 153. Doktrinde, durumu “*tersine unsur yanılması*” terimi ile nitelendiren yazarlar da burada failin kasten hareket ettiğini ifade etmişlerdir. *Görüş için bkz.* **Dönmezer/Erman**, kn. 71, s. 73; **Koca/Üzülmez**, s. 260; **Özgenç**, s. 466. Yine bu hâlde kastın olduğu yönünde görüş için bkz. **Alacakaptan Uğur**, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 31; **Tosun**, s. 237; **Öztürk/Erdem**, kn. 676, s. 394.

teşebbüs durumunda bilme unsurunda eksikliğin bulunduğu yönündeki görüşe⁶⁶² katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Zira bu durum düz tipiklik hatası için geçerlidir ve böyle bir durum da kastın ortadan kalkmasına sebebiyet verir. Ancak bir ters tipiklik hatası görünümünde ortaya çıkan elverişsiz teşebbüs durumu, tipiklik hatasının tam tersini oluşturmaktadır, bu bağlamda varılan sonucun da tipiklik hatasına ilişkin varılan sonucun tersi olması gerekmektedir (*Umkehrschluß*).

Kanunda kastın tanımı, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde yapılıncaya, kasıtlı bir fiil için yapılacak incelemenin ikinci aşamasında isteme unsurunun varlığının aranması gerekir. Kastın isteme unsuru, elverişsiz teşebbüs bakımından bir özellik arz etmez. Örneğimize dönecek olursak, başkasının zannederek kendi paltosunu alan kişinin hırsızlık suçunu gerçekleştirmek yönünde irade ve isteminin bulunduğu açıktır.

Elverişsiz teşebbüsün subjektif koşulu olan suç işleme kararının varlığından söz edebilmek için kastın tespitinden sonra, ilgili suç tipinde eğer öngörülmüşse subjektif haksızlık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin ortaya konması gereklidir. Örneğimizde, hırsızlık suçuna ilişkin suç işleme kararı için, Alman Ceza Kanunu uyarınca taşınabilir eşyanın “*mal edinme maksadı ile*” alınması gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu’nda aranan subjektif koşul ise, “*yarar sağlama maksadı*”dır. Dolayısıyla elverişsiz teşebbüsün varlığı için bu hususların da gerçekleşmesi gereklidir. Bu bağlamda, bunları da kapsayan bir terim olarak, “*suç işleme kararı*” kavramının kullanılmasının Türk ceza hukuku açısından da daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Yine bu nedenle, elverişsiz teşebbüsün subjektif koşulunu ele alırken suç işleme kararı kavramını tercih ettiğimiz ifade edilmesi gerekir.

5. Taksirle İşlenen Suçlara Elverişsiz Teşebbüsün Kabul Edilmemesi

Suç tipinin teşebbüse elverişli olması, teşebbüsün ön koşulu olarak ifade edilmektedir⁶⁶³. Teşebbüse ilişkin olarak getirilen düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, taksirle işlenen suçların teşebbüs alanının dışında bırakıldığı görülmektedir. Zira teşebbüse ilişkin getirilen subjektif koşula bakıldığında, Türk

⁶⁶² Görüş için bkz. Doğan, Tipiklik, s. 188.

⁶⁶³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 449.

Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin 1. fıkrasında “işlemeyi kastettiği” ibaresinin yer aldığı görülmektedir. Alman ceza hukuku doktrininde ise, Alman Ceza Kanunu'ndaki “failin suça dair tasavvuruna göre” ibaresinin “suç işleme kararı” şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Kast ve suç işleme kararı arasındaki ilişkiye ilişkin başlıkta, iki kavramın sadece ilgili suç tipinin bünyesinde diğer sübjektif haksızlık unsurlarını da barındırması durumunda birbirinden ayrıldığı, bu anlamda suç işleme kararının daha kapsamlı olduğu ifade edilmişti. Dolayısıyla hem Türk Ceza Kanunu açısından hem de Alman Ceza Kanunu açısından taksirle işlenen suçlara teşebbüs kabul edilmemiştir. Yine ceza hukukunun müdahale alanını genişleten bir kurum olan teşebbüs, suç olarak kabul edilen neticeye yönelmiş bir iradenin söz konusu olduğu eksik bir objektif tipikliğin cezalandırıldığı bir durumu teşkil etmektedir. Bu anlamda neticenin gerçekleşmediği bu durum, kanunkoyucu tarafından kasten işlenen suçlar açısından ceza sorumluluğunun öne çekildiği bir alanı oluşturmaktadır.

Bunun dışında, Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasında taksire ilişkin genel bir tanıma yer verilmek yerine; taksir, bilinçli ve bilinçsiz taksir şeklinde ikiye ayrılmış ve taksirin bu türleri ayrı fıkralarda tanımlanmıştır. 22. maddenin 2. fıkrasında bilinçsiz taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleşmesi olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâli ise, bilinçli taksir olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla Kanun'da taksir, suç tipinde belirtilen netice ile ilişkilendirilmiş durumdadır⁶⁶⁴. Taksirli suçlarda cezalandırılan ortaya çıkan neticedir, taksirli suçlarda bir netice ortaya çıkmadığı sürece failin cezalandırılması mümkün değildir⁶⁶⁵. Failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin meydana gelmemesi olarak tanımlanan teşebbüste dışlanan taksirin, failin failinin tipik neticeye sebebiyet vermesinin başlangıçtan beri

⁶⁶⁴ Doktrinde, kanunda kast ve taksir gibi suç genel teorisinin temelini oluşturan kavramların tanımına yer verilmesi eleştirilmekte ve bunun yerinde bir tercih olmadığı ifade edilmektedir. Getirilen bu tanımların, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde geçerli olduğu ceza hukuku açısından kavramlara yönelik teorik gelişmenin önünde engel teşkil edeceği yönünde bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 189. Ayrıca kastın tanımı ve TCK m. 22'nin eleştirisi için bkz. **Ünver Yener**, “YTCK'da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, S. 1, s. 47-56. Alman Ceza Kanunu'nda bu endişeyle kast ve taksirin tanımı yapılmamış, bu kavramların içerik olarak doldurulması doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır.

⁶⁶⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 450.

imkânsız olduğu elverişsiz teşebbüs durumlarında da kabul edilemeyeceği pozitif hukuk açısından açıktır.

Pozitif hukuk açısından taksirli suçlara elverişsiz teşebbüsün söz konusu olamayacağı konusunda tereddüt olmamakla birlikte, burada teorik bir tartışma yapılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, suçun tamamlanmamış şeklini oluşturan teşebbüs, suçun kasıtlı ve taksirli işlenmiş şekli açısından farklılık arz etmez. Taksirle gerçekleştirilen bir hareketin de failin elinde olmayan nedenlerle veya suçta kullanılan aracın veya suçun konusunun elverişsizliği nedeniyle tamamlanamaması ihtimali düşünülebilir. Karşılaşılma olasılığı çok düşük olan bu duruma aracın elverişsizliği açısından, dikkatsizlik sonucu açık bırakılmış bir tüpten çıkan gazın, odadaki hava akımı sebebiyle herhangi bir zehirlemeye sebebiyet vermemesi örnek verilmektedir. Suçun konusunun yokluğu açısından verilen örnek ise, bir atletin hız sınırlarının üstünde olan bir arabanın sademesinden, çevikliği sayesinde havaya fırlayıp kaportanın üstüne oturarak kurtulmasıdır⁶⁶⁶. İlk örnek, makul gözükmeyle birlikte, ikinci örnekte elverişsiz teşebbüs açısından suç konusunun yokluğu kanaatimizce gerçekleşmemiştir.

B. Elverişsiz Teşebbüste Objektif Koşul: Elverişsiz Hareketlerle Suç İşleme Kararının İcrasına Başlanılmış Olması

1. Objektif Koşula Yönelik Tercihimizin Sebebi

Elverişsiz teşebbüsün objektif koşulu, çalışmamızda “*elverişsiz hareketlerle suç işleme kararının icrasına başlanılmış olması*” olarak ele alınacaktır. Böyle bir tercihte bulunulmasının ilk nedeni, *hareketi* üst kavram olarak kabul etmemizdir. Bu çerçevede, elverişsiz teşebbüsün görünüm şekilleri olarak ortaya çıkan tüm hâlleri, yani suçun konusundan kaynaklanan elverişsizlik, suçta kullanılan araçlardan kaynaklanan elverişsizlik ve failden kaynaklanan elverişsizlik durumlarının tamamını kapsayan bir kavram olarak, somut olay açısından *hareketin elverişsizliğini* esas almış bulunmaktayız. Zira tüm bu durumlarda fail, hareketinin işlemek istediği suçun

⁶⁶⁶ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 28.

tipik neticesini gerçekleştirmek için elverişliliği konusunda hatalıdır⁶⁶⁷. Suçun unsurunu oluşturan fiili duruma ilişkin failin yanlış tasavvuru, nihai olarak somut olayın koşullarına göre, hareketi, dolayısıyla teşebbüsü elverişsiz kılmaktadır.

Elverişsiz teşebbüsün objektif koşuluna yönelik olarak böyle bir belirlemeye gitmemizin ikinci nedeni ise, elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirdiğimiz durumlarda, failin suç işleme kararını icraya koyduğu söylenebilirse de teşebbüs konusunda objektif anlayışı benimseyen bir sistem açısından işlenmesi kastedilen bir suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmasından söz edilemeyeceğidir⁶⁶⁸. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, failin suç tipini doğrudan doğruya gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetleri esas almak üzere, icra hareketlerinin başlangıç zamanına ilişkin olarak yapılacak belirlemede “*objektif teori*” yönünde görüş bildirmiş durumdadır. Elverişsiz teşebbüs durumunda fail, kastını ortaya koyan somut bir fiil gerçekleştirmiş olsa da gerçekleştirmek istediği suça yönelik icra hareketlerinde bulunmamıştır. Örneğin; failin zehirlemek istediği mağdura arsenik zannederek şeker vermesi papatya çayıyla mağduru öldürmek isteyen failin papatya çayını mağdura vermesi, insan öldürme suçu bakımından icra hareketi olarak değerlendirilemeyecektir. Yine suçun konusunun mutlak elverişsizliğinde de paralel şekilde düşünülmelidir. Gebe olmayan bir kadın üzerinde çocuk düşürtme suçunun icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi, ölmüş bir kişi üzerinde insan öldürme suçunun icrasına başlanması söz konusu olamaz. Bununla birlikte, suçun konusunun nisbi elverişsizliği, dolayısıyla hareketin nisbi olarak elverişli olduğu sonucuna ulaşılan, yankesicinin mağdurun sağ eline değil sol cebine el atması örneğinde farklı düşünülmelidir. Burada hırsızlık suçu açısından mağdurun alanına girilmiş ve hırsızlık suçunun icra hareketlerine başlanılmış durumdadır. Sadece suçun konusunun icra anında geçici veya tesadüfi yokluğu nedeniyle, tamamlanamayan bir fiil söz konusudur. Bu durum, Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesi kapsamında elverişli bir teşebbüs olarak değerlendirilebilecektir.

Son olarak, elverişsiz teşebbüsün objektif koşulunu belirlerken, *suçun maddi unsurlarında (tipiklikte) eksiklik* gibi bir objektif koşulu da tercih etmemiş bulunmaktayız⁶⁶⁹. Çünkü hem elverişli hem de elverişsiz teşebbüs durumunda suçun

⁶⁶⁷ Valerius, JA 2010, s. 113.

⁶⁶⁸ Aynı yönde Toroslu/Toroslu, s. 309; Tozman, s. 182.

⁶⁶⁹ Suçun maddi unsurlarında (tipiklikte) eksiklik koşulu için bkz. Doğan, Tipiklik, s. 188.

maddi unsurlarından biri olan netice bulunmamaktadır, yani bir tipiklikte eksiklik hâli, aslında her iki teşebbüs durumu için de söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla “*tipiklikte eksiklik*” koşulu, suçun kanuni tipine ilişkin fiili bir durumdan kaynaklı elverişsizliğin bulunduğu elverişsiz teşebbüs durumunun teşebbüs karşısında özel olarak taşıdığı anlamı, kanaatimizce tam anlamıyla karşılamamaktadır.

2. Elverişsizlik Sorunu

Hem mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda elverişsiz teşebbüse ilişkin bir düzenleme mevcut olmasa da “*hareketin elverişsizliğine*” ilişkin bir sonuca varabilmek için teşebbüse ilişkin düzenlemelerden yola çıkılabilir. Zira teşebbüs aşamasında kalan bir suç için elverişliliğe, elverişsiz teşebbüs için de elverişsizliğe konu olan şey kapsam olarak aynıdır.

Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinde elverişli hareketin belirlenmesinde nasıl bir yol izleneceğine ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte, söz konusu maddenin gerekçesinde bu durum şöyle ifade edilmektedir: “*Suçta teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.*”⁶⁷⁰

Bu çerçevede teşebbüse ilişkin bir belirlemede bulunurken, suçun konusu “*elverişli hareket*” kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Buna karşın, doktrinde elverişsiz teşebbüste suçun konusundan kaynaklanan elverişsizliğe niçin hareketin elverişsizliğinden ayrı bir varlık tanındığı anlaşılamamaktadır.

Elverişlilik, bir hukuki yarara yönelmiş olan suç teşkil edecek (kriminal) fiili yaratma gücüdür⁶⁷¹. Yine başka bir ifadeyle ise, hareketin tipikliğin unsurlarını meydana getirebilme iktidarındır⁶⁷². Elverişsizlik konusunda ise, söz konusu tanımların aksi anlamından yola çıkılabilir: 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 varlığında elverişsizlikten söz edilecektir.

⁶⁷⁰ Bkz. TCK. m. 35’in gerekçesi, son paragraf.

⁶⁷¹ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 108.

⁶⁷² Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 61.

Bununla birlikte, elverişsizlik tanımından ziyade öncelikli olarak cevaplanması gereken ve asıl önem arz eden husus, elverişsizliğin nasıl tespit edileceğidir. Burada yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, somut olaya göre yapılan bir belirlemeyi esas almaktayız. Soyut bir belirlemeden değil de işlenmek istenen suça göre yapılan bir elverişsizlik belirlemesinden hareket edilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, söz konusu değerlendirmenin tüm olayı kapsayacak mahiyette yapılması gerekmektedir⁶⁷³.

Soyut bir değerlendirme ile işlenmesine karar verilen suç tipi açısından elverişli gözüken bir araç, somut olayın şartlarına göre elverişsiz bir nitelik kazanabilir veya bu durumun tam tersi de mümkün olabilir⁶⁷⁴. Örneğin; soyut olarak değerlendirildiğinde bir ayakkabı, adam öldürme suçu açısından elverişli bir araç olamazken, sivri topuklu bir ayakkabının topuğuyla mağdurun kafasına sert bir şekilde vurulacak olması hâlinde, somut olay açısından ayakkabı insan öldürme suçu açısından elverişli bir nitelik kazanabilecektir. Aynı şekilde kasten öldürme suçu için soyut anlamda elverişsiz olan bir iğne, somut olayda hemofoli hastası kişi üzerinde kullanıldığında, hemofoli hastasındaki kan pıhtılaşma bozukluğu nedeniyle elverişli bir araç hâline gelebilir.

Yine aynı şekilde, silahını mağduru öldürmek kastıyla ateşleyen failin aslında bir gölgeye ateş etmesi durumunda, soyut olarak öldürme için elverişli olan hareket somut olayda bir ağaç gölgesine ateş edildiği için, insan öldürmeye yönelik teşebbüsü elverişsiz kılacaktır. Ateş edilen yerde bir ağaç gölgesi yerine insan bulunsaydı, hareketin kastedilen neticeyi meydana getirebileceği şeklinde yapılan bir değerlendirme⁶⁷⁵, kanaatimizce elverişlilik veya elverişsizlik açısından somut olaya bağlı olarak yapılan bir değerlendirmeyi karşılamamakta, soyut bir değerlendirmeyi ifade etmektedir.

3. Mutlak-Nisbi Elverişsizlik Ayrımı

Teşebbüsün cezalandırılmasının sebebini ortaya koyarken, objektif bir anlayıştan yola çıkan 18. ve 19. yüzyıl ceza hukukçuları tarafından, objektif soyut

⁶⁷³ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 124, s. 117; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 482.

⁶⁷⁴ Sözüer, s. 187; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 482.

⁶⁷⁵ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 115.

değerlendirmeye dayalı mutlak-nisbi elverişsizliğe ilişkin bir ayırım yapılmaktadır⁶⁷⁶. Teorilere ilişkin açıklamalarda bulunduğumuz başlık altında yer vermiş olduğumuz mutlak-nisbi elverişsizlik ayırımının, mevcut düzenlemeler kapsamında Türk ceza hukuku açısından hâlen önemini koruduğu ifade edilmektedir⁶⁷⁷.

Teori, aslında mutlak elverişsiz teşebbüs durumlarının cezasız bırakılması gereğini, nisbi elverişsizlik teşkil eden durumların da cezalandırılması isteğini ifade etmektedir. Teşebbüs konusunda objektif anlayışı kabul ederek, objektif bir tehlikeyi arayan ceza hukuku sistemlerinin teşebbüsün cezalandırılabilirlik alanını bu şekilde sınırlandırması, nisbi elverişsiz olarak addedilen durumların cezasızlığı sonucunu doğuracağından ceza adaletinin sağlanmasında sorun yaratmaktadır. İşte bu sorunu ortadan kaldırmak için böyle bir ayırlamaya gidilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Burada öncelikle teorinin mutlak ve nisbi elverişsizlik kavramı ile neyi ifade etmek istediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Teoriye göre, bir hareket yapısı itibariyle suçun tamamlanmasını sağlayamayacak, failin bu hareketi ile hiçbir koşulda amaçlanan suç gerçekleştirilemeyecekse, mutlak elverişsizlikten söz edilir. Bir insanı öldürmek için arsenik zehri yerine şeker kullanılmasında olduğu gibi gerçekleştirilen hareket, somut olayın koşullarından bağımsız olarak tehlikesizdir. Bu durumda, bir teşebbüsten söz edilmeyecektir. Nisbi elverişsizlik durumunda ise, failin hareketi planına esas aldığı durumda tehlikesiz olmasına karşın, başka koşullar altında tehlikeli olabilecektir. Bu duruma da çelik yelek giymiş kişiye ateş edilmesi veya ateş edilme anında silahın tutukluk yapması örnek olarak verilmektedir⁶⁷⁸.

Nisbi elverişsizlik durumu, suçun konusuna ilişkin olarak da ortaya çıkabilecektir⁶⁷⁹. Nitekim suçun konusuna yönelik olarak bu ayırım, mutlak-nisbi yokluk (imkânsızlık) şeklinde de adlandırılmaktadır⁶⁸⁰.

Alman ceza hukuku sistemi açısından, teşebbüste objektif anlayışın esas alındığı dönemde etkili olan teorinin günümüzde etkisini kaybettiğinin ifade edilmesi gerekir. Bununla birlikte, elverişlilik veya elverişsizlik konusunda objektif soyut bir değerlendirme yapan teori, günümüz Türk ceza hukuku doktrininde ve uygulamasında somut olaya ilişkin yapılan bir değerlendirmeye sürdürülmektedir.

⁶⁷⁶ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, 90; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 482.

⁶⁷⁷ Artuk/Gökçen, s. 661.

⁶⁷⁸ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 90-91; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 482.

⁶⁷⁹ Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 483.

⁶⁸⁰ Soyaslan, Genel, s. 328.

4. Suçun Konusunun Yokluğuna İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

a. Genel Olarak

Daha önceki açıklamalarımızda ifade etmiş olduğumuz üzere, “elverişsiz teşebbüs” üst başlığıyla ele aldığımız çalışma konumuzun kapsam ve içeriğine yönelik tartışmalar söz konusudur. Bu bağlamda sadece hareketin elverişsizliği durumlarını elverişsiz teşebbüs altında inceleyip, suçun konusunun yokluğunu işlenemez suç olarak ifade edenler olduğu gibi⁶⁸¹; hareketin elverişsizliği ve suçun konusunun yokluğunu işlenemez suç üst başlığı altında toplayanlar da söz konusudur⁶⁸². Üçüncü bir görüş ise, suçun konusunun yokluğunu da hareketin elverişsizliği içinde değerlendirmekte, suçun konusunun yokluğuna ilişkin olarak da nisbi elverişsizlik hâlinin ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir⁶⁸³. Çalışmamızın bu kısmında temelde suçun konusunun yokluğuna dayalı olarak ortaya çıkan bu tartışmalara değinilecektir. Konunun ifade edilmesine ilişkin terim sorununa da yönelik olan söz konusu görüşlere, bu başlık altında yer vermemizin nedeni, elverişsiz teşebbüsün objektif koşuluna yönelik yaptığımız belirlemeyi doğrudan etkiliyor olmasıdır. Bu çerçevede, elverişsiz teşebbüsün objektif koşulunu somut olayın şartlarına göre elverişsiz hareketlerle suç işleme kararının icrasına başlanması olarak belirleyerek, suçun konusunun yokluğunu da hareketin elverişsizliği bağlamında ele alan görüşü benimsemiş olduğumuzun ifade edilmesi gereklidir.

b. Suçun Konusunun Yokluğunu Hareketin Elverişsizliği Bağlamında Değerlendiren Görüş

Konuyu, Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinde, teşebbüs düzenlemesinde getirilen “*elverişli hareket*” koşulu bağlamında ele alan bu görüş, hareketin neticeyi meydana getirmek bakımından elverişsiz olmasını üst koşul olarak kabul etmektedir.

⁶⁸¹ Özgenc, s. 498-502.

⁶⁸² Hareketin elverişsizliğinin ve suçun konusunun yokluğunun işlenemez suçun unsurları bağlamındaki ayrımı için bkz. Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 61. vd. ve s. 113 vd.; Aydın M., s. 80.

⁶⁸³ Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 480, 483; Sözüer, s. 192.

Böylelikle, suçun konusunun yokluğunu da aracın elverişsizliği ile birlikte “*hareketin elverişsizliği*” üst başlığı altında değerlendirmiş olmaktadır. Bu doğrultuda görüşe göre, hareketin, kullanılan araç veya suçun konusu nedeniyle, neticeyi meydana getirmek için elverişsiz olduğu hâllerde işlenemez suçtan, bizim kullandığımız terimle elverişsiz teşebbüsten söz edilir ve fail teşebbüsten cezalandırılmaz. Araç ve konu bakımından hareketin elverişli olduğu durumlarda, teşebbüsün diğer koşullarının da gerçekleşmiş olması hâlinde, fail teşebbüsten sorumlu tutulur⁶⁸⁴.

c. Elverişsiz Teşebbüs ve İşlenemez Suç Ayrımı Yapan Görüş

Elverişsiz teşebbüs ve işlenemez suç ayrımının yapılmasının ilk nedeni, Türk Ceza Kanunu’nun teşebbüse ilişkin getirdiği düzenlemedir. Türk Ceza Kanunu, 35. maddesinde, düzenlemenin alındığı mehz Alman Ceza Kanunu’ndan farklı olarak, “*elverişli hareketi*” teşebbüsün bir koşulu olarak öngörmektedir. Bu doğrultuda, elverişsiz hareketlerin söz konusu olması, kastedilen suçun icrasına başlanmış sayılmasını engelleyeceği için, elverişli bir teşebbüsten söz edilemeyeceğini ifade eden yazarlar, bu durum için elverişsiz teşebbüs terimini kullanmışlardır. Suçun konusu açısından ise, elverişsizlikten değil ancak bir yokluktan söz edilebileceği düşüncesinde oldukları için işlenmek istenen suç açısından konunun mevcut olmamasını işlenemez suç olarak nitelendirmektedirler. Bu, suçun maddi unsurlarından olan konunun yokluğu hâlinde, artık kastedilen suçun gerçekleştirilemediği bir durumun söz konusu olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁶⁸⁵. Zira burada icra hareketinin elverişliliği bakımından bir sorun bulunmadığı ifade edilmektedir⁶⁸⁶.

Suçun konusunun yokluğuna ilişkin bu düşünce tarzının, *tipiklikte eksiklik teorisine* dayandığı ifade edilebilir. Bununla birlikte suçun konusuna yönelik böyle bir ayrıma giden yazarlar, failden kaynaklanan durumlara ilişkin bir belirlemede bulunmamaktadırlar. Nitekim aynı durum suçun maddi unsurlarından bir diğerini oluşturan fail açısından da ortaya çıkabilmektedir. Doktrinde yapılan bu ikili ayrım,

⁶⁸⁴ Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 480. Benzer yönde Sözüer, s. 192.

⁶⁸⁵ Özgenç, s. 500; Koca/Üzülmez, s. 430-431.

⁶⁸⁶ Koca/Üzülmez, s. 430.

uygulamada da belirsizliklere neden olmaktadır⁶⁸⁷. Aslında bu durum, konuya ilişkin açık bir düzenlemenin yapılması gereğini de ortaya koymaktadır.

Yukarıda ifade ettiğimiz “elverişsiz teşebbüs-işlenemez suç” ayrımını yapan yazarlarca, işlenemez suçun bir ceza hukuku yaptırımına (güvenlik tedbiri) tabi tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸⁸. Bu durumda, hareketin elverişsizliğinde ortaya çıkan durumun *ceza hukuku yaptırımına değerlik açısından* işlenemez suç olarak ifade ettikleri durumdan nasıl bir farka sahip olduğu soru işaretidir. Zira, işlenemez suçun varlığı hâlinde ortaya çıktığı ifade edilen failin tehlikeliliği, elverişsiz teşebbüs olarak ifade ettikleri durum için de aynı şekilde söz konusudur. Söz konusu görüşe göre, hareketin elverişsizliği hâlinde işlemeye karar verdiği suçta teşebbüsten de cezalandırılmayacak olan fail, sadece o ana kadar gerçekleştirdikleri bir suç teşkil ediyorsa bu kapsamda cezalandırılabilir. Örneğin, hareketin elverişsizliği kapsamında değerlendirilen menzili 100 m olan ruhsatsız bir silahla 400 m uzaklıktaki bir mağdura ateş etme ile suç konusunun yokluğu kapsamında ele alınan gebe olmayan kadına yönelik gerçekleştirilen çocuk düşürtmeye yönelik hareketlerin söz konusu olduğu durumlarda her iki failin de tehlikeliliğini ortaya koyduğu açıktır. Bu görüşe göre, ilk durumda fail, sadece ruhsatsız silah bulundurmaktan cezalandırılabilir. İkinci durumda ise, çocuk düşürtme suçunun konusu bulunmadığı için bu suç oluşamayacak, kasten yaralama suçundan söz edilebilecektir.

d. Hareketin Elverişsizliği ve Suçun Konusunun Yokluğunu İşlenemez Suç Bağlamında Değerlendiren Görüş

Doktrinde ifade edilen İtalyan ceza hukuku doktrini etkisiyle oluşturulan bir diğer görüşe göre, hareketin elverişsizliği ve suçun konusunun yokluğu “*işlenemez suç*” (*Reato Impossibile*) üst başlığı altında toplanmaktadır. Buna göre, suçun

⁶⁸⁷ “Suça sürüklenen çocuğun şikâyetçiye 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 çocuğun hırsızlığa teşebbüsten beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” (13. CD. 22.5.2017, 17287/5738, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁶⁸⁸ Özgenç, s. 502; Koca/Üzülmez, s. 432.

meydana getiren hareket ile suçun konusu arasında sıkı bir ilişki bulunmasına rağmen, bu iki kurumun birbirinden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir hareketin elverişli olup olmadığı belirlenirken, hareketin yöneldiği suçun konusunun da dikkate alınması gerektiği açıktır, ancak bu şekilde nisbi bir kavram olan elverişlilik veya elverişsizliğe ilişkin bir belirlemede bulunulabilir. Bununla birlikte, hareketin elverişli olup olmadığına ilişkin bir belirlemede bulunurken, suçun konusunun göz önünde bulundurulması gerektiğini söylemek ile elverişli harekete rağmen suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suçtan söz edilebileceğini söylemek farklı durumlardır. Bu görüşe göre, örneğin, bir gölge veya cesede ateş edilmesi örneğinde, elverişli bir hareket bulunmasına rağmen, suçun konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez bir suç söz konusudur. Zira ateş edilen yerde gölge veya ceset yerine yaşayan bir insan bulunsaydı, hareket kastedilen neticeyi meydana getirebilecektir⁶⁸⁹. Bu görüşün, suçun konusunun yokluğu yönünden ikinci olarak ifade ettiğimiz görüşle örtüştüğü söylenebilir.

5. Değerlendirme

Bu başlık altında öncelikle ifade etmek istediğimiz husus, Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüs konusundaki yaklaşımı ile Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin benimsediği anlayış arasındaki farklılıktır. Çünkü söz konusu durum, doğrudan ve zorunlu olarak her iki hukuk sistemi açısından elverişsiz teşebbüs altında değerlendirilen durumların kapsamının farklılaşmasına neden olmaktadır.

Türk ceza hukuku öğretisinde yapılan mutlak-nisbi elverişsizlik veya mutlak-nisbi yokluk gibi ayrımların kaynağını oluşturan durum, teşebbüs konusunda benimsenen objektif anlayıştır. Daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi, Türk Ceza Kanunu'nun elverişsiz teşebbüse ilişkin ayrı bir düzenleme içermemesi ve teşebbüse ilişkin maddesinde de "*elverişli hareket*" koşulunu getirmiş olması, teşebbüs konusunda Alman Ceza Kanunu'ndan farklı bir yol izlemiş olduğunu ortaya koymaktadır. Temel olarak objektif bir teşebbüs anlayışından yola çıkan Türk Ceza Kanunu, elverişsiz teşebbüs altında değerlendirilen durumların cezalandırılmasına müsaade etmemektedir. Buna karşılık Alman ceza hukuku

⁶⁸⁹ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 114-115.

sisteminde, teşebbüs konusunda “*failin suç işleme kararı (Tatentschluß)*” esas unsur kabul edilmiş ve dolayısıyla manevi unsur ön plana çekilmiş durumdadır. Failin kastının yanına, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamayı yerleştiren Kanunumuz, böylelikle Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeden esaslı bir farklılığa gitmiş olmaktadır.

Teşebbüsün elverişli veya elverişsiz olduğuna yönelik bir tespitte bulunmanın zorluğu, Türk Ceza Kanunu gibi teşebbüs düzenlemesinde “uygun (elverişli) hareket” kavramına yer veren ve dolayısıyla teşebbüs konusunda objektif anlayışı benimseyen İtalyan Ceza Kanunu açısından da ifade edilmektedir⁶⁹⁰. Bu durumu açıklamak üzere de şu örnekler verilmektedir: B’yi öldürmek isteyen A’nın bıçak darbesi, B’nin dışarıdan görülemez bir çelik yelek giymiş olması durumunda elverişsiz teşebbüs olarak değerlendirilirken; B’nin çelik yeleğinin dışarıdan görülebiliyor olması durumunda elverişli bir teşebbüs olarak kabul edilmektedir. Yine mağdura karşı bir zehir uygulanmış ancak mağdur bu zehre karşı daha önceden bağışıklık kazanmış durumdaysa, elverişli teşebbüsten söz edilmektedir⁶⁹¹.

Yürürlükteki Alman Ceza Kanunu açısından ise, elverişli ve elverişsiz teşebbüs arasında bir ayırım yapmanın çoğunlukla zor ve imkânsız olması nedeniyle, somut olarak bir teşebbüsün elverişli veya elverişsiz olduğu üzerine karar vermekten vazgeçildiği belirtilmektedir⁶⁹².

Elverişli ve elverişsiz teşebbüs ayırımının yapılması ne kadar zor olsa da kanunumuzdaki düzenleme karşısında bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, hem suçta kullanılan araca hem de suç konusuna dayalı olarak yapılan hareketin mutlak-nisbi elverişsizliği ayırımını benimsediğimizi daha önceki açıklamalarımızda ifade etmiş bulunmaktayız. Söz konusu ayırım çerçevesinde, aslında tipik neticeyi ortaya çıkarmak bakımından nisbi bir elverişlilik taşıdığı kabul edilen durumlar, “elverişli hareket” kapsamında değerlendirilecek ve söz konusu durumlarda failin teşebbüs nedeniyle sorumluluğuna gidilebilecektir. Buna karşın, failin fiilinin tipik neticeyi gerçekleştirme imkânının hiçbir koşulda söz konusu

⁶⁹⁰ İtalyan ceza hukuku doktrininde *Mario Romano*’nun bu görüşünü aktaran **Maiwald**, Einführung, § 11, s. 128.

⁶⁹¹ **Maiwald**, Einführung, § 11, s. 128.

⁶⁹² **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 25; **Maiwald**, Bestandsaufnahme, s. 167.

olmadığı, yani mutlak elverişsizlik teşkil eden durumlar, Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi kapsamında değerlendirilemeyecektir.

II. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSÜN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

A. Genel Olarak

Elverişsiz teşebbüs, farklı görünüm şekilleri ile ortaya çıkmaktadır. Elverişsiz teşebbüsün görünüm şekilleri arasındaki ayırım, esasen teşebbüsün elverişsizliğinin, suç tipinin maddi unsurunu oluşturan hangi duruma (koşula) ilişkin ortaya çıktığına bağlı olarak yapılmaktadır⁶⁹³. Bu çerçevede, elverişsiz teşebbüsün ortaya çıkış şekillerinin genellikle dört başlık altında toplandığı ifade edilebilir: Bunlar, *suçun konusundan kaynaklanan elverişsizlik*, *suçta kullanılan aracın elverişsizliği*, *suçun konusunun elverişsizliğinde elverişsiz araçlarla teşebbüs (iki yönlü elverişsizlik)* ve *failden kaynaklanan elverişsizliktir*.⁶⁹⁴

Elverişsiz teşebbüsün bu görünüm şekillerinden, aracın (vasitanın) elverişsizliği ile suçun konusunun elverişsizliğinde teşebbüse ilişkin olarak, önceleri Alman ceza hukukunda bu iki grubun aynı şekilde ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu nedenle de aracın elverişsizliğine ilişkin ilkelerin, suçun konusundan kaynaklanan elverişsizlik hâlinde de uygulanabilir olduğu varsayımı ortaya atılmıştır⁶⁹⁵. Her ikisi de farklı temellere dayanan aracın elverişsizliği ile suçun konusundan kaynaklanan elverişsizlikte teşebbüs durumları arasında mutlak bir sınırın çizilmesi, önceleri ihmal edilmişse de artık iki ayrı kategori olarak görülmekte ve ele alınmaktadır⁶⁹⁶.

Alman Ceza Kanunu'nda teşebbüse ilişkin düzenleme, 22. ve 23. maddelerde yer almakta, elverişsiz teşebbüse ilişkin yapılan bu ayrımlarda ise, 23. maddenin 3. fıkrasından faydalanılmaktadır. Söz konusu hükümde, suçun konusundan

⁶⁹³ Valerius, JA 2010, s. 114.

⁶⁹⁴ Wessels/Beulke/Satzger, § 17, kn. 880; Roxin, AT II, § 29 I, kn. 347-350; Valerius, JA 2010, s. 114-115; Rengier, § 35, kn. 3; LK-Hillenkamp, § 22, kn. 179.

⁶⁹⁵ Öyle ki Alman İmparatorluk Mahkemesi, 10 Haziran 1880 tarihli kararında, 24 Mayıs 1880 tarihli Birleşik Ceza Senatosu kararı ile aracın elverişsizliğine ilişkin geliştirilmiş olan ilkelerin, aynı şekilde suçun konusundan kaynaklanan elverişsizliğe de uygulanacağını belirtmiştir (Langenbach Otto, Der Versuch am untauglichen Objekt und der Mangel am Thatbestand, Inaugural Dissertation, Druck von A.W. Hayn's Erben, Berlin 1901, s. 14).

⁶⁹⁶ Langenbach, s. 14.

kaynaklanan elverişsizlik ve aracın elverişsizliği durumları açıkça ifade edilmesine karşın, elverişsiz failin teşebbüsü yer almamaktadır. Bu sonuç, bir tesadüf değildir. Elverişsiz failin teşebbüsü, elverişsiz teşebbüsün görünüm şekilleri arasında, Alman ceza hukuku doktrininde en fazla tartışılmış olan ve hâlen de üzerine tartışmaların devam ettiği bir konu olarak kanunkoyucunun düzenlemeden kaçındığı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Suçun Konusundan Kaynaklanan Elverişsizlik

Failin kasten hareket ettiğinin kabulü için, suçun kanuni tanımında yer alan tüm maddi unsurları bilmesi gerekir (*Bedeutungskennntnis*). Suçun maddi konusu da tipe uygunluğun objektif maddi nitelikteki unsurlarından birini oluşturduğu için, suçun maddi konusu ve ona ilişkin özellikler de fail tarafından bilinmesi gereken unsurlara dâhil olmaktadır⁶⁹⁷.

Suçun konusundan kaynaklanan elverişsizliğin belirlenebilmesi için, öncelikle “suçun maddi konusu” ile neyin ifade edilmek istendiğinin ortaya konulması gereklidir. Suçun maddi konusu, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği (somut) maddi şeydir. Suçun maddi konusu (*Angriffsobjekt*, *Handlungsobjekt*) ile suçla korunan hukuki değer⁶⁹⁸ (*Rechtsgut*, *Schutzobjekt*) kavramı özdeş değildir⁶⁹⁹. Suçla korunan hukuki değer, kanunkoyucuyu suç tipini düzenlemeye iten soyut hukuki değerdir⁷⁰⁰. Bu ifade edilenlerden de anlaşılacağı üzere, suçun maddi konusu somut (*maddi*) bir şeyi ifade ederken, suçla korunan hukuki değer soyut (*manevi*) bir nitelik taşır⁷⁰¹. Örneğin, kasten öldürme suçunda suçun maddi konusu “yaşayan insan”ken, suçla korunan hukuki değer “yaşam hakkı”dır. Hırsızlık suçunda suçun maddi konusu “taşınabilir bir mal” iken, suçla

⁶⁹⁷ Kühn, § 5, kn. 13; Önder, s. 45; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 255; Doğan, Tipiklik, s. 188-189; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 365.

⁶⁹⁸ Suçla korunan hukuki değer için kullanılan, “suçun hukuki konusu” terimi için bkz. Dönmezer/Erman, C. II, kn. 31, s. 33; Hafızoğulları/Özen, Genel, s. 199; Artuk/Gökçen, s. 317; Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 7; Toroslu/Toroslu, s. 109.

⁶⁹⁹ Jescheck/Weigend, § 26 I, s. 260; Maurach/Zipf, Teilband 1, § 19 II, kn. 14; Roxin, AT I, § 2, kn. 65; Wessels/Beulke/Satzger, § 1, kn. 14; Haft, s. 63; Murmann, § 8, kn. 9; Otto, § 1, kn. 31, 42; Önder, s. 45; Özgenç, s. 214; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 255; Koca/Üzülmez, s. 118; Toroslu/Toroslu, s. 112; Artuk/Gökçen, s. 316.

⁷⁰⁰ Önder, s. 45; Artuk/Gökçen, s. 317; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 255.

⁷⁰¹ Wessels/Beulke/Satzger, § 1, kn. 14; Önder, s. 45; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 212.

korunan hukuki değer “zilyetlik”tir⁷⁰². Yine suçun maddi konusu, suç tipinde bir unsuru oluşturmaya rağmen; suçla korunan hukuki değer böyle bir mahiyete sahip değildir⁷⁰³. Suçun maddi konusu açısından, suçun işlenmesiyle bir zarar veya tehlikeye maruz bırakılma söz konusu olmaktadır. Buna karşın, suçla korunan hukuki değer bakımından, suçun işlenmesi bir ihlal niteliği taşımaktadır⁷⁰⁴.

Failin üzerinde tipe uygun hareketini gerçekleştirdiği, hareketinin yönelik olduğu maddi şey olan suçun maddi konusunun elverişsizliği durumu, elverişsiz teşebbüsün görünüm şekillerinden ilkinin oluşturmaktadır. Suç, ilgili suçun maddi konusu üzerinde hiçbir şekilde gerçekleştirilemeyecekse, suçun maddi konusunun elverişsizliğinden söz edilir. Teşebbüsün başarısızlığı baştan itibaren bellidir⁷⁰⁵. Bu durum, Alman Ceza Kanunu’nun 23. maddesinin 3. fıkrasında “*fail, suçun konusunu teşkil eden şeyin...suçun tamamlanamamasına yol açamayacağını*” (“*dass der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem ... die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung konnte*”) ifadesiyle açık bir şekilde belirtilmektedir. Bu gibi durumlarla çok sık karşılaşıldığından, Alman Ceza Kanunu’nda bir sayımdan kaçınılmış, kapsayıcı genel bir düzenlemeye gidilmiştir⁷⁰⁶.

Suçun maddi konusunun elverişsizliğinde teşebbüste ikili bir ayırım yapılır:

Birincisi, suçun maddi konusunun hiç mevcut olmadığı, ancak failin düşünce dünyasında var olduğu durumdur. Bu duruma verilebilecek pek çok örnekten bir tanesi, çocuk düşürtme suçunda mağdurun gebe olmamasıdır.

İkinci durumda ise, aslında bir suç konusu mevcuttur, ancak niteliği gereği, söz konusu suçun maddi konusu olmaya elverişli değildir. Başka bir ifadeyle, suç konusunun elverişsizliği, kanuni tipi yerine getirmek için başka tür bir suç konusunun mevcut olması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle işlenmek istenen suçun gerçekleştirilemeyeceği durumlar, bu kapsamdadır. Örneğin, ruhsatsız avlanan bir avcının yatağında uyuduğunu düşündüğü orman korucusunu öldürmek kastıyla bıçaklaması, orman korucusunun zaten failin eyleminden bir saat önce kalp

⁷⁰² **Toroslu/Toroslu**, s. 112. Hırsızlıkta suçla korunan hukuki değer ne olduğu tartışmalı olmakla birlikte, önceleri burada mülkiyet hakkının korunduğuna ilişkin ileri sürülen görüş genel itibarıyla terk edilmiştir (**Hafızoğulları Zeki / Özen** Muharrem, “Hırsızlık”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 776).

⁷⁰³ **Önder**, s. 45; **Öztürk/Erdem**, kn. 311, s. 194.

⁷⁰⁴ **Özgenç**, s. 214.

⁷⁰⁵ **Lewinsky**, s. 21.

⁷⁰⁶ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 347.

krizi geçirerek ölmüş olması⁷⁰⁷. Yine, failin insan ile karıştırdığı bir korkuluk veya cansız vitrin mankenine silahla ateş etmesi, bu duruma verilebilecek örneklerdendir. Görüldüğü gibi, suçun maddi konusunun elverişsizliğine ilişkin tipik örnekler, genellikle öldürme ve yaralama suçlarında karşımıza çıkmaktadır. Bahsi geçen örneklerde, öldürme suçu için elverişli bir maddi konu olan, “yaşayan insan” yoktur; ancak fail, objektif olarak kaçınılabilir hatası nedeniyle bunu var zannetmektedir⁷⁰⁸.

Malvarlığına karşı suçlarda ise, örneğin hırsızlıkta (TCK m. 141, Alm. CK. m. 242) başkasına ait olduğunu zannettiği taşınır bir malı haksız bir şekilde sahiplenmek amacıyla hareket eden kişi, yanlışlıkla kendi eşyasını aldığı anda suçun maddi konusu elverişsiz olmaktadır. Yine başka bir örnek olarak, sahipsiz bir eşyanın yanlışlıkla başka birinin mülkiyetinde olduğunu zanneden kişi, eşyayı telef eder veya ona zarar verirse, mala zarar verme suçuna (TCK m. 151, Alm. CK. m. 303) elverişsiz bir teşebbüs söz konusu olur⁷⁰⁹. Tüm bu durumlar, Alman Ceza Kanunu’nun 23. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bir (elverişsiz) teşebbüs olarak cezalandırılabilir⁷¹⁰. Türk ceza hukuku doktrinde kimi yazarlar tarafından, söz konusu durumlarda failin suçun kanuni tanımının esasında değil, unsurlarında yanlışlığı ve bu durumun hukuki niteliğinin fiili hataya dayanan mefruz suç teşkil ettiği ifade edilmektedir⁷¹¹. Bazı yazarlar ise, bu durumun işlenemez suç olduğunu ve failin tipik olmayan eylemi nedeniyle cezalandırılmayacağını belirtmektedir⁷¹². Kanaatimizce de *ters tipiklik hatası* şeklinde ortaya çıkan tüm bu durumlar, elverişsiz teşebbüsün tipik örneklerini oluşturmaktadır.

C. Suçta Kullanılan Araçlardan Kaynaklanan Elverişsizlik

Elverişsiz teşebbüsün bu görünüm şekli, suçta kullanılan aracın (vasitanın) elverişsiz olmasından kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır. Kullanılan araç, suçun

⁷⁰⁷ Lewinsky, s. 21.

⁷⁰⁸ Roxin, AT II, § 29 I, kn. 347.

⁷⁰⁹ Valerius, JA 2010, s. 114, dn. 12; Roxin, AT II, § 29 I, kn. 347.

⁷¹⁰ Roxin, AT II, § 29 I, kn. 347.

⁷¹¹ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 71, s. 72-73; İçel, s. 301; Demirbaş, s. 224; Hafizoğulları/Özen, Genel, s. 319; Tozman, s. 149.

⁷¹² Özgenç, s. 466; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 423. “Tipiklikte tersine yanılma” ibaresi için ayrıca bkz. Dönmezer/Erman, C. II, kn. 71, s. 73.

işlenmesi için uygun ve elverişli değilse, elverişsiz bir teşebbüs söz konusu olmaktadır⁷¹³.

Söz konusu durum, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında da “*failin, fiili işlemekte kullanılan araçların cinsinden dolayı suçun tamamlanmasına yol açamayacağı*” şeklinde açıklanmaktadır. Failin arsenik zannederek şekeri mağdurun çayına katması veya failin mermi yüklü zannettiği ancak aslında boş bir tabanca ile öldürme kastıyla mağdura ateş etmeye çalışması, suçta kullanılan araçlardan kaynaklanan elverişsizlik durumlarına verilen çok sayıda örnekten sadece birkaçıdır⁷¹⁴.

Alman ceza hukukunda aracın elverişsizliğine verilen örneklerden bir diğeri, dolandırıcılık suçu (Alm. CK. m. 263) açısından yanlış olguları gerçek gibi gösterme (*Vorspiegelung*) fiilinin, aldatmak için veya malvarlığı zararına sebebiyet vermek için elverişli olmamasıdır⁷¹⁵. Bu bağlamda, dolandırıcılık (TCK. m. 157) ve sahtecilik suçları açısından (TCK. m. 204, m. 207) “*aldatma yeteneğinin bulunmaması*”nın aracın elverişsizliği bağlamında ele alınabilecek bir sorun olduğu düşüncesindeyiz⁷¹⁶. Dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarında, hareketin mağduru aldatmaya elverişli olması, elverişli hareket kavramıyla ilgilidir⁷¹⁷. Zira söz konusu suçlar açısından, “aldatma yeteneği” koşuluna ilgili maddede açık bir şekilde yer verilip verilmediğinden bağımsız olarak, hareketin karşı tarafı aldatmaya elverişli olması gerekir⁷¹⁸. Aldatabilecek nitelikte olmayan hareketler, söz konusu suçlar açısından “*elverişsiz hareket*” olarak değerlendirileceğinden, elverişsiz teşebbüse sebebiyet verecektir.

⁷¹³ Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 483.

⁷¹⁴ Roxin, AT II, § 29 I, kn. 348.

⁷¹⁵ Roxin, AT II, § 29 I, kn. 348; Beckemper, § 22, kn. 65.1.

⁷¹⁶ Aynı yönde Doğan, Tipiklik, s. 193.

⁷¹⁷ Benzer yönde doktrinde, dolandırıcılık suçu açısından hilenin mağduru aldatmaya elverişli nitelikte olmasının “elverişli hareket” kavramıyla ilgili olduğu ve bunun maddede yer almamasının bir eksiklik oluşturmadığı ifade edilmiştir. Görüşe göre, “*elverişli hareketler*” teriminin, hem suç tanımında gösterilen fiili meydana getirmeye elverişli araç kullanmayı hem de suçun konusu dâhil olmak üzere eylemin bütünü yönünden elverişliliği karşılaması doğrultusunda, aldatma yeteneği olmayan hileli davranışların dolandırıcılık suçu açısından elverişli hareket olarak nitelendirilemeyecektir. Böyle bir durumda dolandırıcılık suçundan da söz edilemeyeceği (işlenemez suç) görüşü için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 504-505.

⁷¹⁸ Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 714-715.

D. Suçun Konusunun Elverişsizliğinde Aracın Elverişsizliği

Teşebbüs iki yönlü de elverişsiz olabilir. Elverişsiz teşebbüsün bu görünüm şekline, sahte bir doktorun, gebe olduğunu zannettiği kadının üzerinde, tamamen elverişsiz bir iğneyle çocuk düşürtme neticesini meydana getirmek istemesi örnek verilebilir. Keza bu örnekte kadının gebe olmaması, suçun konusunun elverişsizliği; sahte doktorun çocuk düşürtme için uygun olmayan enjeksiyonu kullanması ise aracın elverişsizliğinin bir görünümü olarak bir araya gelmiş durumdadır⁷¹⁹. Elverişsizliğin iki yönlü olduğu bu duruma bir diğer örnek olarak ise, silahı boş olan failin silahını dolu zannederek, çoktan ölmüş olduğunu bilmediği mağdura öldürme kastıyla ateş etmeye çalışması verilebilir⁷²⁰.

Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin düzenlemesinin yer aldığı 22. maddesinde sadece “*failin suça dair tasavvurunun*” esas alınması karşısında, söz konusu durumun da Alman ceza hukukunda cezalandırılabilir bir durum olduğu açıktır. Buna göre, enjeksiyon ile çocuk düşürtme suçunun icrasına başlanmasıyla veya failin çoktan ölmüş bir kişi üzerinde boş silahını ateşlemeyi denemesi ile cezalandırılabilir bir (elverişsiz) teşebbüs söz konusu olacaktır⁷²¹.

➤ *Suçta Kullanılan Araçtan Kaynaklanan Elverişsizlik ile Suçun Konusundan Kaynaklanan Elverişsizlik Arasındaki Fark:*

Elverişsiz teşebbüs üst kavramı altında yer alan suçun konusundan kaynaklanan elverişsizlik ve suçta kullanılan araçtan kaynaklanan elverişsizlik durumları tamamen farklı temellere dayanmaktadır.

Araç kavramı, her zaman belirli bir amaca ulaşma imkânını gerektirmektedir; buna karşın belirlenen amaca ulaşma olanağı hiçbir şekilde yoksa aracın elverişsizliğinden de söz edilemeyecektir. Ulaşılabilir bir neticeye sebebiyet verme imkânı varken, somut olayda aracın yetersiz (noksan) veya elverişsiz niteliği nedeniyle bu imkân ortadan kalkmışsa, söz konusu hareketin failin suça yönelik iradesini fiili (gerçek) duruma dönüştürmek için elverişsizliğinden söz edilir. Başka

⁷¹⁹ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 349. Benzer bir örnek olarak, zararsız baş ağrısı haplarıyla hamile olmayan bir kadın üzerinde çocuk düşürtmeye teşebbüs edilmesi verilmektedir (**Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 880).

⁷²⁰ **Roxin**, Strafgrund, s. 656.

⁷²¹ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 349.

bir ifadeyle, fail amaçladığı neticeyi başka niteliklere sahip bir araç ile kolaylıkla gerçekleştirebilecek iken, onun yanlışlıkla gerçekleştirmek istediği amaç için elverişli zannederek seçmiş olduğu araç, eyleminin (elverişsiz) teşebbüs aşamasında kalmasına neden olmaktadır⁷²².

Suçun konusundan kaynaklanan elverişsiz teşebbüs ise, tamamen farklı bir konudur. Bu durumda, failin amaçladığı neticeye ulaşması başından itibaren imkânsızdır, failin suç işleme amacını gerçekleştirebileceği hiçbir araç, hiçbir yol mevcut değildir. Dolayısıyla bu hâlde imkânsızlık, eylemin başlangıcından bitimine kadar etki gösteren güçlere değil, seçilen yolun son noktasına, yani bizatihi amaçlanan neticenin sonucuna bağlı olmaktadır. Örneğin; ölü bir adamı vurmak isteyen kişinin iradesi, imkânsız bir sonuca yönelmiştir ve bu sonucu mümkün kılacak hiçbir yol yoktur. Buna karşılık, hatası nedeniyle arsenik zannettiği şekeri verme suretiyle birisini öldürmeyi planlayan kişi, aslında (elverişli bir maddenin temini ile) mümkün olabilecek bir sonucu istemektedir, sadece kullandığı araç nedeniyle sonuca ulaşamamıştır⁷²³.

Başka bir ifadeyle, elverişsiz teşebbüsün görünüm şekillerinden aracın elverişsizliği ile suçun konusunun elverişsizliğinde, elverişsizliğin kaynağına bağlı olarak şu farklılık ortaya çıkar: İlkinde, failin seçtiği (girdiği) yol nedeniyle suç işleme iradesi gerçekleşmezken; ikincisinde, failin iradesi hiçbir şekilde ulaşılamayacak bir amaca yönelmiş olur. Yani, “*belirli bir yol aracılığıyla iradi amaca ulaşılamazlık*” karşısında, “*hiçbir yol aracılığıyla amaca ulaşılamazlık*” bulunmaktadır⁷²⁴.

E. Failden Kaynaklanan Elverişsizlik

1. Genel Olarak

Elverişsiz teşebbüsün son olarak incelenecek görünüm şekli, *failden kaynaklanan elverişsizliktir*. Bir teşebbüsü elverişsiz kılan hâller, suçun kanuni tanımındaki maddi yani objektif nitelikli unsurları oluşturan fiili koşullara

⁷²² Langenbach, s. 15.

⁷²³ Langenbach, s. 15.

⁷²⁴ Langenbach, s. 16.

ilişkindir⁷²⁵. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar, eylemin suç oluşturması için gerekli hususlar olarak ifade edilebilir. Bu tanımdan yola çıkıldığında, suçun kanuni tanımında yer alan hareketin yönelik olduğu suçun maddi konusu gibi, fail de suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara dâhil olmaktadır. Failden kaynaklanan elverişsizlik durumu, Alman ceza hukuku öğretisinde kimi yazarlarca *failin elverişliliğinde hata (der Irrtum über die Tauglichkeit des Subjekts)*⁷²⁶ veya *faillik sıfatına ilişkin hata (Irrtum über Tätereigenschaften)*⁷²⁷ başlığı altında da ele alınmaktadır.

Alman ceza hukukunda, en karmaşık ve üzerine en fazla tartışmanın olduğu elverişsiz teşebbüs türünün “*failden kaynaklanan elverişsizlik*” veya başka bir ifadeyle “*elverişsiz failin teşebbüsü*” olduğu söylenebilir. Elverişsiz teşebbüsün bu görünüm şeklinin değerlendirilmesindeki zorluklar ve bunun beraberinde getirdiği tartışmalar, elbette tesadüfi değildir. Alman Ceza Kanunu’nun 23. maddesinin 3. fıkrasının elverişsiz failin teşebbüsüne ilişkin bir düzenleme içermemesi ve dolayısıyla kanundan elverişsizliğin bu görünüm şeklinin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir ipucuna ulaşılmamasının mümkün olmaması, konuyu Alman ceza hukuku doktrininde tartışmalı bir noktaya taşımıştır⁷²⁸. Alman Ceza Kanunu’nun teşebbüsün cezalandırılabilirliği başlıklı 23. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemede, ağır bilgi ve anlama eksikliği (*grober Unverstand*) sadece suçun işlenmesinde kullanılan araç ve suçun konusu yönünden ele alınmış, failin elverişsizliği durumlarına ilişkin bir düzenleme getirilmesi konusunda kanunkoyucu tarafından bir çekince gösterilmiştir⁷²⁹. Alman Ceza Kanunu’nun konuya ilişkin bu suskunluğundan tersi sonuç çıkarılması, yani elverişsiz teşebbüsün bu şeklinin genel olarak cezasızlığı sonucuna ulaşılması, teşebbüsü tanımladığı 22. maddesinde yer alan “*failin suça dair tasavvuruna göre*” ibaresi karşısında mümkün değildir. Zira söz konusu düzenleme ile elverişsiz teşebbüs, mutlak biçimde cezalandırılmaktadır⁷³⁰.

⁷²⁵ Doğan, Tipiklik, s. 188.

⁷²⁶ Jescheck/Weigend, § 50 III, s. 534; Wessels/Beulke/Satzger, § 17, kn. 884.

⁷²⁷ S/S-Eser/Bosch, § 22, kn. 75.

⁷²⁸ Roxin, AT II, § 29, kn. 350.

⁷²⁹ Hirsch, Tatstrafrecht, s. 727; NK-Zaczyk, § 22, kn. 39.

⁷³⁰ Roxin, AT II, § 29 I, kn. 350.

Alman Ceza Kanunu'nun Değişiklik Tasarısı'nda § 25 III Nr. 1'de, teşebbüsün özgü bir yükümlülüğün hatalı olarak varsayılmasına dayanması hâlinde, cezasız kalacağı açık bir şekilde yer almaktayken, bu düzenleme bilinçli olarak kanuna dâhil edilmemiştir. Çünkü bu durum için, elverişsiz durumlarla da çelişmeyen bir düzenleme oluşturmak çok zordur. Ayrıca uygulamada failin elverişsizliği durumuyla çok nadir karşılaşılması ve burada açık bir düzenleme olmaksızın da içtihat hukuku aracılığıyla cezasızlığa karar verilebileceği kanaatine sahip olan *Komite*, böyle bir düzenleme yapmaktan vazgeçmiştir⁷³¹. Alman ceza hukuku doktrininde konuya ilişkin devam eden tartışmalar, kanunkoyucunun bu çekincesinin haklılığını kanıtlar niteliktedir⁷³².

Failden kaynaklanan elverişsizlik hâlleri temelde üç ayrımla incelenebilir: İlk durum, *belirli bir suç tipindeki fail unsurunun yanlış hukuki yorum ile genişletilmesi*, ikinci durum *suçun konusunun elverişsizliğinden kaynaklanan failin elverişsizliği*; üçüncü durum ise, *bu iki gruba dâhil olmayan failin elverişsizliği hâlleridir*. Bu ayrımlardan ilkinde, bir ters niteleme hatasının (*umgekehrter Subsumtionsirrtum*) söz konusu olduğu ve bunun mefruz suç teşkil ettiği ifade edilmektedir. Temelde suçun konusunun elverişsizliğine bağlı olan failin elverişsizliği durumunun ise, elverişsiz bir teşebbüs teşkil ettiği Alman ceza hukuku doktrininde genel olarak kabul edilmektedir. Bu iki gruba dâhil olmayan üçüncü gruba ilişkin olarak ise, Alman ceza hukuku öğretisinde hâlâ tartışmaların devam ettiği ifade edilmelidir. Bu paralelde yaptığımız ayırımımızda, öncelikle tartışmasız olan iki grup ele alınacak, ardından son grup doktrinde ileri sürülen farklı görüşlerle birlikte irdelenecektir.

2. Suçun Kanuni Tipindeki Fail Kavramının Yanlış Yorum ile Genişletilmesi

Kişinin belirli bir suç tipindeki fail kavramını (unsurunu) yanlış yorum ile aşırı genişletmesi ve böylelikle ilgili suç açısından elverişli bir fail olduğu şeklinde hatalı varsayımına ulaşması olarak tanımlanmaktadır. Failin elverişsizliğinin bu şeklinin (*cezasız*) *bir mefruz suç* teşkil ettiği, Alman doktrininde tartışmasız olarak

⁷³¹ **Bruns**, s. 161; **Roxin** AT II, § 29 I, kn. 350.

⁷³² **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 350.

kabul edilmektedir⁷³³. Böyle bir durumda “*ters niteleme (atılama) hatası (umgekehrter Subsumtionsirrtum)*” bulunmaktadır ve bu hata her yerde olduğu gibi burada da cezasızdır.

Bilinen en tipik örneği, ilçe idare binasının temizlik ve bakım işlerinden sorumlu olan ve bu görevi nedeniyle kendisini kamu görevlisi zanneden kadının, kendisine karşı açılmış bir para cezası davası olan kişiyle, belirli bir meblağ para karşılığında, davaya ilişkin belgeleri yok etme hususunda anlaşmasıdır⁷³⁴. Temizlikçi kadın, rüşvet suçundaki fail kavramını yanlış yorumu ile genişletmesi nedeniyle, kendisinin rüşvet suçu için elverişli bir fail olduğunu hatalı olarak varsaymaktadır; oysa burada kadının rüşvet suçu açısından cezalandırılabilir bir teşebbüsü söz konusu değildir. Bu durum, cezasız mefruz suç teşkil etmektedir.

Konunun görev suçları dışında, Almanya’da yargı kararlarına da konu olmuş diğer örneği de yalan yere yemin suçuna ilişkindir⁷³⁵: Hâkim tarafından usule aykırı şekilde kendisine yemin verdirilen sanık, hukuki bilgisizliği nedeniyle kendisini yeminle yükümlü ve dolayısıyla yalan yere yemin suçu açısından elverişli bir fail zannederse, teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz. Sanık olarak yalan yere yemin etmek isteyen kişi, cezasız bir mefruz suç işlemiş olmaktadır⁷³⁶.

3. Failin Elverişsizliğinin Suçun Konusunun Elverişsizliği ile Belirlendiği Durumlar

Failin elverişsizliğinin sadece suçun konusunun elverişsizliğinden kaynaklandığı bu durumda; suç tipi, suçun faili ile konusu arasında bir ilişkiyi gerektirmektedir. Suç tipinde öngörülen bu ilişki, suçun konusunun özelliği ile faillik niteliğinin belirlendiği bir ilişkiyi ifade etmektedir. Böyle bir durumda, failin, suçun konusunun özelliğini ve buna bağlı olarak kendisinin faillik niteliğini de hatalı olarak onaylaması (varsayması) durumunda, *elverişsiz teşebbüsün* var olduğu kabul

⁷³³ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 350. *Türk ceza hukuku doktrininde, bu durumun mefruz suç teşkil ettiği yönünde görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen*, Genel, s. 319.

⁷³⁴ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 350; **Kühl**, § 16, kn. 104. *Benzer örnek için bkz. Valerius*, JA 2010, s. 115; **Heinrich**, Jura 1998, s. 394; **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 535; **Murmann**, § 28, kn. 53; **Beckemper**, § 22, kn. 68.

⁷³⁵ RGSt 57, 53; BGHSt 10, 8 (10).

⁷³⁶ **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 535; **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 351.

edilmektedir⁷³⁷. Yani, failin elverişsizliği, sadece suçun konusunun elverişsizliğinin bir sonucu ise, bu durumun elverişsiz teşebbüs teşkil ettiği ve cezalandırılabilir olduğu Alman ceza hukuku doktrininde genellikle tartışmasızdır⁷³⁸. Yanlışlıkla kendini gebe zanneden kadının, kendi üzerinde çocuk düşürmeye yönelik hareketlerde bulunması bu duruma örnektir. Kadın gebe olmadığı için, kendi üzerinde çocuk düşürme suçu açısından elverişsiz bir faildir. Fakat failin bu elverişsizliği, sadece suçun elverişli bir konusunun (*ana rahminde ceninin bulunduğu bir gebelik*) bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, suçun konusunun elverişsizliğine ilişkin suç işleme kararının sonuçsuz kaldığı her durumda olduğu gibi, burada da bir mefruz suç değil, elverişsiz bir teşebbüs söz konusudur⁷³⁹. Ancak gebe olmayan kadının kendi üzerinde çocuk düşürmeye yönelik bu teşebbüsü, Alman Ceza Kanunu'nun 218. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca⁷⁴⁰ cezalandırılmamaktadır⁷⁴¹.

Failin elverişsizliğinin suçun konusu ile belirlendiği durumlara bir başka örnek ise, failin cinsel ilişkiye girdiği kişiyi kızı zannetmesi verilmektedir⁷⁴². Burada da fail, aslında bir mefruz suç değil, enseste (*akrabalar arasında cinsel ilişki*) (elverişsiz) teşebbüs suçu işlemiştir. Çünkü bu kişinin ensest suçu açısından fail olarak elverişsizliği, suçun konusunun elverişsizliğinin bir yansıması olarak ortaya çıkmıştır. Başka bir ifadeyle, failin altsoyu olmayan kadın, enseste fail için elverişli bir suç konusu değildir. Bu teşebbüs de Alman Ceza Kanunu'ndaki mevcut hukuki düzenlemeler altında cezasızdır⁷⁴³. Bununla birlikte, suçun konusunun

⁷³⁷ **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 536.

⁷³⁸ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 352; **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 40 IV, kn. 170; **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 536. Söz konusu durumu, elverişsizliğin sadece suçun konusunun yokluğundan veya elverişsizliğinden kaynaklanması olarak tanımlayan **Welzel**, bu hâlde failin (cezalandırılabilir) elverişsiz teşebbüs işlediğini kabul etmekle birlikte; bunu failden kaynaklanan elverişsizlik olarak nitelendirmemektedir (**Welzel**, § 24, s. 195).

⁷³⁹ RGSt 8, 198, (199); **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 352; **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 536.

⁷⁴⁰ **Alm. CK. m. 218/4-** "Bu suça teşebbüs cezalandırılır. Hamile kadına suça teşebbüsten dolayı ceza verilmez." (**Yenisey/Plagemann**, s. 323)

⁷⁴¹ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 352; **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 536.

⁷⁴² RG 47, 189 (191); **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 352; **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 536; **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 40 IV, kn. 170.

⁷⁴³ Alman ceza hukuku sisteminde "*cürüm (Verbrechen)*" ve "*cünha (Vergehen)*" ayrımı söz konusudur. Söz konusu ayırım, Alman Ceza Kanunu'nun 12. maddesinde ifade edilmektedir. Buna göre, alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası tehdidi altına alınmış olan hukuka aykırı fiiller cürüm iken; alt sınırı bir yıldan daha az hapis cezası veya para cezası tehdidi altına alınmış olan hukuka aykırı fiiller cünhadır. Bu ayırım, teşebbüsün cezalandırılabilirliği açısından da sonuç doğurmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüsün cezalandırılabilirliğini düzenleyen 23. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bir cürüme teşebbüs daima cezalandırılırken; bir cünhaya

elverişsizliğinden kaynaklanan failden kaynaklanan elverişsizlik durumlarının, Alman ceza hukukunda (cezalandırılabilir) elverişsiz teşebbüse sebebiyet verdiği durumlar da söz konusudur. Böyle bir durum sıklıkla, *gerçek olmayan ihmali suçlarda (unechte Unterlassungsdelikte)* ortaya çıkmaktadır. Karışıklık sonucu, ölüm tehlikesi altında bulunan başka bir çocuğu, kendi oğlu zanneden bir baba, o an tehlike altında bulunan çocuğun yaşamı için garantör olmaması nedeniyle, ihmal suretiyle öldürme suçunun elverişli bir faili değildir. Ancak onun faillik niteliğinin eksikliği, sadece ihmal suretiyle öldürme suçu için elverişsiz bir konunun bulunmasından (*kendi oğlu olmayan çocuk*) kaynaklanmaktadır. Burada, baba ihmal suretiyle öldürme suçuna elverişsiz bir teşebbüs nedeniyle, Alman Ceza Kanunu uyarınca cezalandırılmaktadır⁷⁴⁴.

4. Ters Niteleme Hatası ve Failin Elverişsizliğinin Suçun Konusu ile Belirlendiği Durumlar Dışında Kalan Hâller

Bu başlık altında irdelenecek failin elverişsizliğinin görünüm şekli, Alman ceza hukuku doktrininde üzerine tartışmaların hâlâ devam ettiği ve diğer iki grup dışında kalan hâllerdir. Bu durumlarda, ne bir ters niteleme (altlama) hatası, ne de suçun konusunun özelliğine bağlı olarak ortaya çıkan elverişsiz faillik bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, salt olarak suçun failine ilişkin olan bu elverişsizlikte, suç tipindeki “*fail*” kavramının cezalandırılabilirliği genişletir şekilde yanlış yorumlanması da söz konusu değildir⁷⁴⁵.

teşebbüs, ancak kanunda açıkça belirtildiği takdirde cezalandırılmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nda “akrabalar arasındaki cinsel ilişki”nin yaptırımını, 173. maddede “*üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası*” olarak belirlenmiş, dolayısıyla suç bir cünha şeklinde sistematize edilmiştir ve ilgili maddede teşebbüsün cezalandırılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*” suçu açısından elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılabilirliği söz konusu değildir.

⁷⁴⁴ **Roxin**, § 29 I, kn. 353. Benzer yönde, hukuki bir hata içinde olmayan failin, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlüğü yaratacak koşulları yanlışlıkla varsayması durumunu elverişsiz teşebbüs olarak nitelendiren görüş için bkz. **Heinrich**, Jura 1998, s. 394; **Schroth**, s. 85; **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 91; **Joecks/Jäger**, § 13, kn. 108. İhmal suretiyle elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği, Alman ceza hukuku doktrininde farklı bir nedenle tartışma konusudur. Konu, çalışmamızın “*elverişsiz teşebbüste özellik gösteren suçun özel görünüş biçimleri*” başlığı altında ele alınacaktır. Bkz. *Üçüncü Bölüm, IV, E, 2.*

⁷⁴⁵ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 354.

Bu durumun *özgü suçlarda* ortaya çıkmasına örnek olarak⁷⁴⁶ memur olarak istihdamı, onu atayan makamın yetkisizliğinden dolayı geçersiz olan belediye çalışanın görev başında sahte belge düzenlemesi (Alm. CK. m. 348-görev başında sahte belge düzenleme)⁷⁴⁷ ve henüz memuriyetten ihraç edildiğini bilmeyen eski bir memurun, Alman Ceza Kanunu'nun 332. maddesi anlamında rüşvet alması⁷⁴⁸ ve *fail bakımından sınırlandırılmış genel suçlarda* ise, trafikte seyir hâlinde olan kişinin, hatalı olarak bir kazaya karıştığını varsayması ve olay yerinden makul bir süre beklemeksizin ayrılması (Alm. CK. m. 142- izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma)⁷⁴⁹ verilmektedir.

Bu duruma ilişkin olarak, iki karşıt görüş bulunmaktadır: İlk görüş, söz konusu durumun (*cezalandırılabilir*) *bir elverişsiz teşebbüs* olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşün en önemli savunucularından olan *Bruns*'un temel argümanı, suçun tüm unsurlarının eşit değerde olmasıdır (*der Gleichwertigkeit aller Tatbestandsmerkmale*)⁷⁵⁰. Kişi, varlığı suçun kanuni tipini (objektif tipikliği) gerçekleştirecek durumları yanlışlıkla tasavvur ettiğinde, bu yanlış tasavvurun kanuni tipin hangi unsuruna ilişkin olduğu önemli olmaksızın, Alman Ceza Kanunu'nun 22.

⁷⁴⁶ Yargıtay kararına da konu olan durum, As.CK.'nda düzenlenen ve sadece asker kişilerce işlenebilen firar suçuna ilişkindir: “*Davacının, tazminat davasına konu edilen...dosyasındaki ifadesinde ikrar ettiği firar suçu sebebiyle hakkında koruma tedbiri uygulandığı, yapılan soruşturma sonucunda şüpheli hakkında 16.12.2011 tarihli sağlık raporunda barışta askerliğe elverişli değildir, seferde görev yapar, suç tarihlerinde ve hâlen askerliğe elverişli değildir kararı verildiği, 'firar suçunun As.CK.'nda düzenlenen ve yalnız asker şahıslar tarafından işlenebilen bir suç olması, şüphelinin de müsnet suç tarihinde askerliğe elverişli olmaması sebebiyle firar suçunun şüpheli yönünden işlenemez suç niteliği taşıdığı gerekçesiyle' kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, davacının askerliğe elverişsizlik hâlinin dayanak ceza davasındaki suç tarihinden sonra tespit edildiğinin ve davacının tazminat verilemeyecek kişiler arasında olduğunun anlaşılması karşısında, davanın reddine karar verilmesi gerekirken...*” (12.CD. 8.5.2017, 2015/17065-2017/3695, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁷⁴⁷ OLG Kiel SchlHA 1949, 297 [298] sayılı kararda, atama makamının yetkisizliği nedeniyle memur olarak istihdamı geçersiz olan kişinin, Alman Ceza Kanunu'nun 348. maddesine uyarınca görev başında sahte belge düzenleme suçuna teşebbüs edebileceği ifade edilmiştir (**Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 536; **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 354). Polis memuru olarak atanmasına yönelik işlemin geçersiz olduğunu bilmeyen kişinin, kırmızı ışıkta geçen araç sürücüsü hakkında, aldığı para karşılığında idari işlem uygulamaması, bir başka örnek olarak verilmektedir (**Valerius**, JA 2010, s. 115).

⁷⁴⁸ **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 354.

⁷⁴⁹ **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 536.

⁷⁵⁰ **Bruns**, Täter, s. 18; **Bruns**, Umkehrprinzip, s. 169. *Bruns*, herhangi bir ayırım yapmaksızın failden kaynaklanan elverişsizliklerin tümünde elverişsiz teşebbüsü kabul etmektedir. Failden kaynaklanan elverişsiz teşebbüs durumlarında ters nitelme hatasına dayalı mefruz suçun da ortaya çıkabileceğini kabul etmekle birlikte, bu durumu elverişsiz teşebbüs olarak nitelendiren görüşler için bkz. **S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 76; **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 40 V, kn. 175; **Rengier**, § 35, kn. 6; **Heinrich**, Jura 1998, s. 394; **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 535; **Kühl**, § 15, kn. 105.

maddesinin 1. fıkrası uyarınca cezalandırılabilir bir elverişsiz teşebbüs söz konusu olacaktır. Bu anlayışa göre, özgü suçlarda özel faillik niteliğini oluşturan belirli özellikler, suçun maddi unsurunu teşkil ettiği için, buna ilişkin bir hatanın da “*ters tipiklik hatası*” olarak değerlendirilmesi gereklidir. Bu görüşlerini, Alman Ceza Kanunu’nun hataya ilişkin düzenlemesini oluşturan 16. maddesinden **aksi ile kanıt yolu (Umkehrschluss)** ile yaptıkları çıkarımla gerekçelendirmektedirler⁷⁵¹.

Karşı görüş ise, faillik niteliğinin hatalı varsayımını (**cezasız) mefruz suç** kapsamında değerlendirmektedir. Bu ikinci öğretiyi düşüncesini, fail tarafından bir normun ihlal edilmesinin, teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin bir koşulu olmasına dayandırmaktadır. Ancak eylemi gerçekleştiren kişinin normun gerçek muhatabı olmaması (*der Adressat der Norm*) durumunda bu eksiktir. Başka bir ifadeyle bu görüşe göre, özel faillik niteliğini (*kamu görevlisi, doktor, asker, polis vb.*) belirleyen özel kanuni yükümlülükler, ancak gerçekten o yükümlülüğe sahip kişiler tarafından ihlal edilebileceği için, failin elverişsizliğinde (cezalandırılabilir) bir teşebbüs değil, (*cezasız) bir mefruz suç* bulunmaktadır. Hiç kimse özel fail grubuna dâhil olduğuna ilişkin yanlış tasavvuru ile, kendisini söz konusu özgü suçun faili yapamaz. Özgü suça teşebbüs eden failin de objektif olarak ilgili faillik vasfına sahip olması gerekir⁷⁵². *Stratenwerth*, bu konudaki görüşünü şöyle ifade etmektedir: “*Teşebbüsün de cezalandırılabilir olması için hukuka aykırı olması zorunludur ve failin ihlal etmeyi düşündüğü emir veya yasak sadece gerçekten mevcut olduğu durumda hukuka aykırı olur*⁷⁵³”. *Stratenwerth*, bu görüşünün sadece gerçek özgü suçlara ilişkin olmadığını, fail bakımından sınırlı suçlara verdiği şu örnekle ortaya koymaktadır: Bir trafik kazası gerçekleşmediyse, hiç kimsenin kaza yerinde bekleme gibi bir yükümlülüğü de olmayacaktır (izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma suçu-Alm. CK. m. 142). Kanuni yükümlülük öngören bir suça teşebbüs edebilmek için, öncelikle

⁷⁵¹ **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 727.

⁷⁵² **Welzel**, § 24, s. 194; **Jakobs**, kn. 25/43, s. 723; **Frister**, kn. 23/23; **Hirsch**, Tatstrafrecht, s. 728; Alman Ceza Kanunu’nun 23. maddesinin 3. fıkrasında faile ilişkin düzenleme bulunmaması nedeniyle, Alman Anayasası’nın 103. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen kanunilik ilkesinin failden kaynaklanan elverişsiz teşebbüs durumlarının tümünü cezalandırılabilir alanın dışında bıraktığı yönünde görüş için bkz. **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 39; **Köhler**, s. 462. “*Statüsel yükümlülükler*” ile “*genel yükümlülükler*” arasında ayırım yapan görüş için bkz. **Roxin**, § 29 I, kn. 356.

⁷⁵³ **Stratenwerth** Günter, “Der Versuch des untauglichen Subjekts”, Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, s. 68-69.

ihlal edilecek kanuni yükümlülüğün doğmuş olması gerekmektedir⁷⁵⁴. Bu nedenle, bir kişinin yanlışlıkla bir kazaya karıştığını zannedip kaza yerinden makul süre beklemezsizin ayrılması da teşebbüse sebebiyet vermez (mevcut hukuki düzenlemeler altında cezasız)⁷⁵⁵. Her teşebbüs, gerçek (sadece zannedilmeyen) kanuna aykırı bir hareketin haksızlığını gerektirmektedir⁷⁵⁶. Böylelikle, bu öğretiyile tipiklikte eksiklik öğretisine kısmi bir geri dönüşün gerçekleştirilmiş olduğu ifade edilmektedir⁷⁵⁷. Bu konuda çoğunluğun cezalandırılabilir bir elverişsiz teşebbüsün varlığını kabul etmesini, teşebbüs öğretisine hâkim olan sübjektivizme bağlayan *Hirsch*, özel faillik niteliğine sahip olmayanların, özgü bir suç gerçekleştirmek için tehlike oluşturmadıklarını önemle vurgulamaktadır⁷⁵⁸.

5. Failden Kaynaklanan Elverişsizlik Durumlarının Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Failden kaynaklanan elverişsizlik durumu, şimdiye kadar Türk ceza hukuku doktrininde elverişsiz teşebbüs bağlamında çok tartışılan bir konu olmamıştır. Öyle ki kimi yazarlarca elverişsiz teşebbüs durumunun sadece, suçun maddi konusundan veya suçta kullanılan araçlardan kaynaklanan elverişsizliğe indirildiği, elverişsiz teşebbüs konusu ele alınırken failden kaynaklanan elverişsizliğe değinilmediği dahi görülmektedir⁷⁵⁹. Kanaatimizce bu durumun ilk nedeni, kanunkoyucu tarafından ceza kanunlarında suçların genellikle *herkes* tarafından işlenebilen suçlar olarak kategorize edilmiş olmasıdır. Suçun kanuni tanımında “*kişi, kimse, her kim, bir kimse*” gibi ibarelere yer verilerek, fail açısından özel bir niteliğin/vasfın aranmadığı herkes tarafından işlenebilen suçlar, fail açısından bir *elverişlilik-elverişsizlik*

⁷⁵⁴ **Stratenwerth**, *Subjekts*, s. 69.

⁷⁵⁵ 743. dipnotta da açıklandığı üzere, Alman Ceza Kanunu’ndaki cürüm (*Verbrechen*)- cünha (*Vergehen*) ayrımının sonucu olarak, 142. maddede bir “cünha” olarak sınıflandırılan izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma suçunda açıkça teşebbüs cezalandırılabilirliği öngörülmediği için bugün söz konusu suçta ne elverişli ne de elverişsiz teşebbüs -önceki durumdan farklı olarak- cezalandırılabilir. Alman kanunkoyucusu, söz konusu suçta teşebbüsü cezalandırmama yönünde bir tercihte bulunmuştur.

⁷⁵⁶ **Stratenwerth**, *Subjekts*, s. 69

⁷⁵⁷ **Gössel**, in: Maurach/Gössel/Zipf/Dölling/Laue/Renzikowski, § 40, kn. 189; **Jescheck/Weigend**, § 50 III, s. 535; **Modrey**, s. 9.

⁷⁵⁸ **Hirsch**, *Tatstrafrecht*, s. 728.

⁷⁵⁹ *Bu yönde değerlendirmeler için bkz. İcel*, s. 531-532; **Demirbaş**, s. 484-488; **Soyaslan**, Genel, s. 323-332; **Özgenç**, s. 498-502; **Koca/Üzülmez**, s. 428-432; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 479-486; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 460-467; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 317-318.

değerlendirmesi yapılmasını da gereksiz kılmaktadır. Elverişsiz teşebbüsün en çok karşılaşılan örneklerini suçun konusundan ve suçta kullanılan araçlardan kaynaklanan elverişsizliğe ilişkin olarak görmemiz de esasen bu duruma bağlı olmakla birlikte, konunun üzerinde durulmayışının ikinci nedenini oluşturmaktadır.

Elverişsiz teşebbüs durumunun, fail bağlamında da tartışılabileceği suç tipleri söz konusudur. Bu noktada, fail açısından elverişlilik yönünde bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılan *özgü suçlar* ve *gerçek olmayan ihmali suçlar (ihmal suretiyle icra suçları)* karşımıza çıkmaktadır. Zira söz konusu suçlar, tipikliğın gerçekleşmesi için fail açısından belirli özelliklerin gerekli olduğu suç kategorilerini oluşturmaktadır. Söz konusu suçlar bakımından, suç tipinin incelenmesinde fail unsuru bağlamında konu kısmen ele alınmış olsa da, bu değerlendirmede gerekli niteliğe sahip olmayan failin suçu işleyemeyeceğinin ifade edilmesiyle yetinilmiştir. Ancak bu hâlde ortaya çıkan durumun ne olduğuna yönelik bir belirlemede bulunulmamıştır. Bu çerçevede, konunun Türk ceza hukuku bağlamında nasıl ele alınması gerektiğine yönelik değerlendirmelerde bulunulması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

Alman ceza hukukunda failin elverişsizliğine ilişkin olarak daha öncesinde ele almış olduğumuz kategoriler çerçevesinde, aşağıda Türk ceza hukuku bakımından bir inceleme yapılacaktır. Bununla birlikte failden kaynaklanan elverişsizliğin niteliğine dayalı olarak yapılan bu ayırım ve mefruz suç veya elverişsiz teşebbüs teşkil ettiği noktasında ulaşılan sonuçlar, elverişsiz teşebbüsün cezasız olduğu Türk ceza hukuku sistemi açısından mevcut durum itibariyle ceza hukuku yaptırımı bakımından bir fark ortaya koymayacak olsa da önemlidir. Zira çağdaş ceza hukuku sistemlerinin tümünde cezasızlığı kabul edilen mefruz suç teşkil eden durumlara ilişkin bir tartışma bulunmazken, elverişsiz teşebbüsün ceza hukuku yaptırımına değer olup olmadığı hâlen tartışma konusudur. Bu çerçevede elverişsiz teşebbüs için getirdiğimiz güvenlik tedbiri yaptırımı önerisinin ileride gerçekleşmesi durumunda, bu ikili ayırım önem taşıyır hâle gelebilecektir.

➤ ***Suçun kanuni tipindeki fail kavramının yanlış yorum ile genişletilmesi:***

Kişinin belirli bir suç tipindeki fail unsurunu yanlış hukuki yorumu ile genişletmesi nedeniyle, ilgili suç tipi açısından elverişli bir fail olduğunu zannettiği

bu durumda, failin ters niteleme hatası (*umgekehrter Subsumtionsirrtum*) söz konusu olmaktadır, bu durumların Türk ceza hukuku açısından da hukuki niteliğinin **mefruz suç** olarak kabulü gerekmektedir. Bu durum, hem gerçek özgü suçlar hem de gerçek olmayan ihmali suçlar bağlamında ortaya çıkabilecektir:

Gerçek özgü suçlar açısından: Büyükşehir belediyesinin ulaşım ihalesini alan işletme sahibi, işi sürüncemede bırakarak gerekli araçları temin etmemiştir. Aldığı bu ihale nedeniyle, kendisini kamu görevlisi zanneden işletme sahibinin Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*görevi ihmali suçu*” işlediğini düşünmesi bu kapsamdadır⁷⁶⁰.

Gerçek olmayan ihmali suçlar açısından: Boğulma tehlikesi içinde olan çocuğun kendi çocuklarından biri olmadığını, bilakis komşunun çocuğu olduğunu bilen bir babanın, komşuluk ilişkisi nedeniyle çocuğu kurtarmakla yükümlü olduğunu düşünmesi bu kapsamdadır⁷⁶¹.

➤ ***Failin elverişsizliğinin suçun konusunun elverişsizliği ile belirlendiği durumlar:***

Failin elverişsizliğinin, suçun konusunun elverişsizliğinin bir sonucu olduğu durumların, elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Örneğin, gebe olmamasına rağmen kendini gebeliğinin onbirinci haftasında zanneden kadının, var zannettiği çocuğu isteyerek düşürmeye çalışması durumunda, çocuk düşürme suçuna (TCK. m. 100) elverişsiz bir teşebbüs gerçekleşmiş olacaktır. Çocuk düşürme suçu açısından elverişli bir fail olmayan kadının bu elverişsizliği, gebeliğin bulunmamasından kaynaklanmakta, dolayısıyla suçun konusunun yokluğuna dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum, çocuk düşürme suçu bakımından gerçekleştirilecek hareketi mutlak anlamda elverişsiz kıldığından *elverişsiz teşebbüs* oluşturmaktadır.

⁷⁶⁰ Tipikliğinin oluşması için failin bir sığata sahip olmasının gerekli olduğu suçlarda, fail tarafından bu sığatın varsayılmasının mefruz suç teşkil ettiğı yönünde Türk ceza hukuku doktrinindeki görüş için bkz. **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 319.

⁷⁶¹ **Kühl**, § 15, kn. 100a; **Heinrich**, Jura 1998, s. 394. Gerçek olmayan ihmali suçlarda, maddi vakıayı doğru anlamış failin sadece yardım yükümlülüğünün bulunduğu şekilde yanlış bir sonuca ulaşması durumunun mefruz suç oluşturduğu ifade edilmektedir (**S/S-Eser/Bosch**, § 22, kn. 91; **Joecks/Jäger**, § 13, kn. 109).

Benzer şekilde, gerçek olmayan ihmali suçlar açısından şu örnek verilebilir: Bir ailenin çocuğunun bakıcılığını üstlenen kişinin çocukla yüzme havuzuna gittiğinde, havuz kenarında beklerken duyduğu “*imdat*” sesinin bakımını üstlendiği çocuğa ait olduğunu düşünmesine rağmen, çocuğun ölmesini istediği için herhangi bir müdahalede bulunmaması (TCK m. 83), ancak gerçek durumda seslerin havuzdaki başka bir çocuğa ait olması durumu bu kapsamdadır.

➤ ***Ters nitelme hatası ve failin elverişsizliğinin suçun konusu ile belirlendiği durumlar dışında kalan hâller:***

Alman ceza hukuku doktrinde de tartışmalı olan bu konu, diğer iki gruba dâhil değildir. Zira bu durumda, failin suç tipindeki “*fail*” kavramına ilişkin hukuki yorumunda bir hata bulunmamaktadır. Failin elverişsizliği, suçun konusunun elverişsizliğine bağlı olarak da ortaya çıkmamaktadır. Türk Ceza Kanunu açısından, konuya ilişkin örnek olarak, memur olarak atamasında geçersizlik bulunan kişinin bu durumu bilmediği bir sürede, Türk Ceza Kanunu’nun 250. maddesinde düzenlenen irtikap fiili niteliğinde bir suç işlemesi durumu verilebilir.

Verilen örnekte fail tarafından, gerçek durumda mevcut olmayan, ancak mevcut olması hâlinde, söz konusu suç (irtikap suçu) bakımından tipikliği gerçekleştirecek bir durum varsayılmaktadır. Fail, memur olarak atamasının geçerli olduğuna ilişkin yanlış varsayımıyla, failinin irtikap suç tipini gerçekleştirebileceği düşüncesindedir. Dolayısıyla, failin hukuki değerlendirmesine yönelik bir hatasının bulunmadığı bu durum, *ters tipiklik hatası* görünümünde olduğunu ifade ettiğimiz elverişsiz teşebbüs tanımına uygundur. Dolayısıyla, bu noktada biz de failden kaynaklanan elverişsizlik durumlarında, diğer unsurları oluşturan durumlardan bir farklılaşmaya gidilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Tipiklikte eksiklik öğretisine bir geri dönüş teşkil eden ve özgü suçlarda, ihmal suretiyle icra suçlarında ve fail bakımından sınırlandırılmış genel suçlarda, failden kaynaklanan elverişsizlik durumlarında sadece mefruz suçun bulunabileceği düşüncesinde değiliz. Bununla birlikte, söz konusu durumlarda mefruz suçun da ortaya çıkabileceğini kabul etmekteyiz. Burada esas olan, failin fail unsurunu oluşturan yanlış varsayımının sınırlarının tespit edilmesidir. Maddi vakiayı doğru bir şekilde anlamış failin, yanlış hukuki değerlendirmesi ile ilgili suç açısından fail kavramını genişletmesi ve

kendisini ilgili suçun faili olarak varsayması söz konusuysa, burada mefruz suç bulunmaktadır. Bununla birlikte, hukuki değerlendirmesinde bir hata olmayan fail, sadece fail unsurunu oluşturan bir durumu yanlışlıkla varsayarak hareket etmişse, elverişsiz teşebbüsün varlığından söz edilecektir. Burada failin yanlış varsayımının ilişkin olduğu fail unsurunun deskriptif veya normatif olduğu yönünde yapılan ilk belirlemenin ardından, söz konusu unsur açısından ters hatasının niteliğinin ne olduğuna ilişkin değerlendirmelerde bulunulması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak bu başlık altında, Türk ceza hukuku doktrinde azınlıkta da olsa failden kaynaklanan elverişsizliğe değinen yazarların, konuya ilişkin verdikleri örneklerin değerlendirilmesi yapılacaktır:

“Kamu görevlisi olmayan kişiye sözde görevini yaptırmamak için direnilmesi” örneği⁷⁶² açısından, öncelikle ifade edilmesi gereken, Türk Ceza Kanunu’nun 265. maddesinde düzenlenen “görevi yaptırmamak için direnme suçu”nun fail bakımından özgülleme yapılan bir suç olmadığıdır. Failin değil, mağdurun kamu görevlisi olmasını gerektiren, yani “mağdur bakımından özgü suç”⁷⁶³ olan suç açısından “mağdur unsurundan kaynaklı bir elverişsizlik” söz konusu olabilir. Elverişsiz teşebbüsün suçun maddi unsurunu oluşturan herhangi bir durumdan kaynaklı olarak ortaya çıkabilecek olması karşısında, burada failin karşısındaki kişiyi (mağduru), fiili hatasından kaynaklı olarak kamu görevlisi zannederek, varlığı tipikliği gerçekleştirecek ancak gerçekte var olmayan bir durumu var zannettiği ifade edilebilir. Dolayısıyla failin yanlış tasavvuru nedeniyle, ters tipiklik hatası içinde olduğu ve elverişsiz teşebbüsün bulunduğu yine söylenebilecektir. Yine doktrinde bazı yazarlarca savunulan, kişilere karşı işlenen suçlarda, çoğunlukla mağdurla suçun maddi konusunun birleştiği argümanı ile hareket edilecek olursa⁷⁶⁴, “failin elverişsizliğinin sadece suçun konusunun elverişsizliğinden kaynaklandığı bir durumdan” söz edilebilecektir.

⁷⁶² Öztürk/Erdem, kn. 676, s. 394.

⁷⁶³ “Mağdur bakımından özgü suç” terimi için ayrıca bkz. Artuk/Gökçen, s. 314; Öztürk/Erdem, kn. 306, s. 193.

⁷⁶⁴ Bazı suçlarda mağdur ile suçun konusunun çakışabileceği yönünde bkz. Dönmezer/Erman, C. II, kn. 839, s. 726; Demirbaş, s. 562; Soyaslan, Genel, s. 251; Hafioğulları/Özen, Genel, s. 209; Hakeri, s. 148. Aksi yönde bkz. Özgenç, s. 217.

“Kamu görevlisi olmayan kişiye, kamu görevlisi zannıyla, rüşvet verdiğini düşünme” örneği⁷⁶⁵ açısından ise, failin hatasının, karşılaşma şeklinde ortaya çıkan çok failli bir suç teşkil eden rüşvet suçunun kendisi dışındaki fail unsuruna ilişkin olduğu ifade edilmelidir. Suç tipinde, rüşvet alan fail bakımından aranan kamu görevlisi olma niteliği, rüşvet veren fail bakımından aranmamaktadır. Bu suç açısından, failin elverişsizliğinin salt suçun konusunun elverişsizliğinden kaynaklanmasından da söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, bu örneğin *failden kaynaklanan elverişsizlik* bağlamında çok doğru bir örnek olduğunu düşünmemekteyiz. Burada tercih edilebilecek tek çözüm yolu, failin rüşvet suçunun normatif unsurlarından biri olan “kamu görevlisi” unsuruna ilişkin⁷⁶⁶ hatasının niteliğinin ne olduğu noktasında bir değerlendirme yapılmasıdır. Bu noktada, normatif unsurlarda ortaya çıkan ters hata durumunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği önem taşır. Normatif unsurlarda kasıtlı hareketten söz edilebilmesi için, maddi vakıanın anlaşılması tek başına yeterli değildir; fail ayrıca, ilgili unsura yönelik uzman olmayan kişilerin yaptığı değerlendirmeye paralel şekilde ilgili unsurun anlamsal içeriğini de (*Bedeutungsgehalt*) anlamış olmalıdır. Dolayısıyla, ters tipiklik hatası şeklinde ortaya çıkan elverişsiz teşebbüsün söz konusu olması için, failin unsuru oluşturan duruma ilişkin yanlış varsayımıyla, ilgili unsurun anlamsal içeriğini de bağdaştırmış olması gereklidir. Diğer yandan, doğru maddi vakıa ve anlam bilgisine sahip failin yanlış tasavvuru, sadece maddi vakıanın normun kapsamında olduğuna ilişkinse, ters niteleme hatası şeklinde ortaya çıkan mefruz suç söz konusu olacaktır⁷⁶⁷. Yapılacak değerlendirmede, failin hatasının maddi vakıaya ve onunla bağdaştırdığı anlamsal içeriğe mi (*Sachverhalt-Bedeutungsgehalt*) yoksa sadece ceza hukukunun kapsamına (*Reichweite des Strafrechts*) yönelik ortaya çıkmış olduğu tespit edilmelidir. İlk koşulda, *elverişsiz teşebbüsten* söz edilecekken, eğer fail “*faillik niteliğinin*” ceza hukukundaki kapsamına ilişkin hukuki bir değerlendirme hatası içindeyse *mefruz suçtan* söz edilecektir. İlk örnek açısından da aynı değerlendirmenin yapılması uygun olacaktır.

⁷⁶⁵ Artuk/Gökçen, s. 226.

⁷⁶⁶ Türk Ceza Kanunu’nun çeşitli maddelerinde (örneğin m. 94, 247, 250 ve 252) geçen “kamu görevlisi” hukuki kavramının normatif unsur olduğu yönünde bkz. Artuk/Gökçen, s. 230; Koca/Üzülmez, s. 111.

⁷⁶⁷ Normatif unsurlarda ters hata değerlendirmesine ilişkin bkz. LK-Hillenkamp, § 22, kn. 182.

III. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSTEN GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

A. Genel Olarak

Elverişsiz teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin mümkün olup olmadığı ve teşebbüsten gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin elverişsiz teşebbüs durumunda uygulanabilip uygulanamayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Alman ceza hukuku öğretisindeki görüşlere bakıldığında, genellikle fail tarafından bilinmeyen elverişsiz bir teşebbüsten cezasızlık sonucu doğuracak şekilde gönüllü vazgeçmenin (*Rücktritt von unerkannt untauglichen Versuch*) mümkün olduğunun kabul edildiği görülmektedir⁷⁶⁸.

Gönüllü vazgeçme aşamasında elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumların, failin bakış açısından akim kalmış teşebbüs veya sübjektif akim kalmış teşebbüs olarak ifade edebileceğimiz, Alman ceza hukuku doktrininde “(*subjektiv fehlgeschlagener Versuch*)” olarak adlandırılan durumlardan ayrımı önem kazanmaktadır. Zira, her iki kurum için gönüllü vazgeçme açısından ulaşılan sonuçlar farklı olmaktadır. Bu çerçevede sorun ele alınırken, öncelikle gönüllü vazgeçme kavramına ve sübjektif akim kalmış teşebbüs kavramına ilişkin açıklamalarda bulunulacak, ardından kavramın elverişsiz teşebbüs ile karşılaştırması yapılacak ve gönüllü vazgeçme açısından ulaşılan sonuçlara değinilecektir.

B. Gönüllü Vazgeçme Kavramı ve Hukuki Niteliği

Teşebbüsten gönüllü vazgeçme kavramını tanımlamak için, teşebbüs kavramından yola çıkılabilir. Failin elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleştirilememesi olarak tanımlanan teşebbüse anlamını veren husus, tüm bunların failin elinde olmayan sebeplerle gerçekleşmesidir. Oysa vazgeçme durumunda, bunun tam tersinden söz edilmektedir,

⁷⁶⁸ v. Hippel, § 45, s. 156; Ellbogen, s. 127; Roxin, AT II, § 30 III, kn. 82; Roxin Claus, “Der fehlgeschlagene Versuch”, JuS 1981, 21. Jahrgang, Heft 1, s. 1; Köhler, s. 477; Heinrich, AT, § 24, kn. 793, 798; Wessels/Beulke/Satzger, § 17, kn. 902; Kindhäuser, § 32, kn. 7; Otto, § 19, kn. 50.

yani icra hareketlerinin tamamlanmaması ve neticenin gerçekleştirilmemesi, failin elinde olan nedenlerden kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanunumuz, teşebbüsten vazgeçmeyi 36. maddesinde “gönüllü vazgeçme” başlığı ile düzenlemektedir. Konu, Alman Ceza Kanunu’nda ise, “vazgeçme (*Rücktritt*)” başlığı ile 24. maddede yer almaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun 36. maddesi uyarınca, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleyen fail, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak tamam olan kısım, esasen bir suç teşkil ettiği takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır. Alman Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, “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.”

Gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak, Alman ceza hukuku doktrininde *iki farklı görüş* ileri sürülmektedir:

Hâkim olan görüşe göre; gönüllü vazgeçme, *cezayı kaldıran şahsi bir nedendir (persönlicher Strafaufhebungsgrund)*⁷⁶⁹. Azınlıkta kalan diğer görüşe göre ise, teşebbüsten gönüllü vazgeçme bir *mazeret sebebi (Entschuldigungsgrund)* teşkil etmektedir⁷⁷⁰. Kanaatimizce de haksızlığın ve kusurluluğun dışında yer alan gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği, cezayı kaldıran şahsi bir sebeptir; bu nedenle de iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen şerik açısından cezasızlık sonucu ortaya çıkmaktadır.

⁷⁶⁹ **Mezger**, § 56, s. 408; **Welzel**, § 25, s. 196; **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 41 VI, kn. 130; **Jescheck/Weigend**, § 51 VI, s. 548; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 23, kn. 7; **S/S-Eser/Bosch**, § 24, kn. 4; **Kindhäuser**, § 32, kn. 2; **Fischer**, § 24, kn. 2; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 887; **Murmann**, § 28, kn. 107; **Ebert**, s. 128-129; **Kühl**, § 16, kn. 8; **Joecks/Jäger**, § 24, kn. 9; **Heinrich**, AT, § 24, kn. 764; **Otto**, § 19, kn. 5; **Beckemper**, § 24, kn. 3; **Krey/Esser**, § 44, kn. 1263; **Kühl/Heger**, § 24, kn. 1. *Türk ceza hukuku doktrininde aynı yönde görüş için bkz. Önder*, s. 415; **İçel**, s. 535; **Sözüer**, s. 240; **Özgenç**, s. 509; **Öztürk/Erdem**, kn. 662, s. 381; **Koca/Üzülmez**, s. 438; **Artuk/Gökçen**, s. 649; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 456; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 477; **Aydın D.**, s. 106.

⁷⁷⁰ *Haft*, gönüllü vazgeçme durumunda, haksızlık ve kusurun yoğunluğunun önemli ölçüde azaldığını ifade etmekte, bu nedenle de vazgeçmenin hukuki niteliğini, *kusurluluğu kaldıran hâl (mazeret sebebi)* olarak açıklamaktadır (**Haft**, s. 240). *Aynı yönde Frister*, kn. 24/7; **Köhler**, s. 469.

C. Gönüllü Vazgeçme Kurumunun Hukuki Esasını Açıklayan Teoriler

1. Genel Olarak

Bugün çoğu ülkenin ceza hukuku sisteminde gönüllü vazgeçmeye doğrudan cezasızlık sonucunun bağlandığı söylenebilir. Bununla birlikte, bu konuda bir genelleme yapmak mümkün değildir⁷⁷¹. Örneğin İsviçre’de, failin kendi inisiyatifiyle teşebbüsten vazgeçmesinin doğrudan cezasızlık sonucuna neden olmadığı görülmektedir. İsviçre Ceza Kanunu’nun vazgeçmeyi düzenleyen 23. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kendi inisiyatifiyle teşebbüsünden vazgeçen faile ceza indirimi uygulanması veya ceza verilmekten vazgeçilmesi hâkimin takdirine bırakılmış durumdadır⁷⁷². Dünyanın en düşük suç oranına sahip ülkelerinden biri olan İsviçre’deki düzenlemenin de ortaya koyduğu gibi, bu konuda ülkeler farklı tercihlerde bulunabilmektedir. Bu durum, ceza kanunlarındaki gönüllü vazgeçmeye yönelik düzenlemelerin, temel olarak hangi düşünceye dayandığına ilişkin bir fikir birliği bulunmadığını ortaya koymaktadır. Gönüllü vazgeçme kurumunun hukuki esasını açıklamak üzere; *hukuk teorileri*, *altın köprü (suç politikası) teorisi*, *af-ödül teorisi*, *cezanın amacı teorisi* ve *kusurun kalkması teorisi* başta olmak üzere çeşitli teoriler ortaya atılmıştır.

2. Hukuk Teorileri

Günümüzde neredeyse savunulmayan hukuk teorileri (*die Rechtstheorien*) üst başlığı altında toplanabilecek teoriler, gönüllü vazgeçmenin suç teşkil eden fiili (*günümüzde kullanılan terimlerle: fiilin tipikliğini ve hukuka aykırılığını*) ortadan kaldırdığından ve dolayısıyla bunun cezalandırma için hukuki bir engel oluşturduğundan hareket etmektedir⁷⁷³. Bu nedenle *Zachariä*, gönüllü vazgeçmenin

⁷⁷¹ İtalyan Ceza Kanunu ise, gönüllü vazgeçme konusunda ikili bir ayırım yapmıştır (İtalyan Ceza Kanunu m. 56/3-4): Buna göre, icra hareketlerinin tamamlanmasından vazgeçen fail, cezasız kalacakken; suçun tamamlanmasından gönüllü olarak vazgeçen fail açısından zorunlu ceza indirimi öngörülmüştür (Maiwald, Einführung, § 11, s. 131; Wise/Maitlin, s. 19).

⁷⁷² İsviçre Ceza Kanunu’nun Almanca tam metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/201903010000/311.0.pdf>. (Erişim Tarihi: 06.02.2018)

⁷⁷³ Roxin, AT II, § 30 I, kn. 11; Jescheck/Weigend, § 51 I, s. 538; Sözüer, s. 235; Öztürk/Erdem, kn. 660, s. 380.

failin hem hukuka aykırı eylemini hem de suçu tamamlamaya yönelik kötü iradesini geriye yönelik olarak hükümsüz kıldığı düşüncesini savunmuştur⁷⁷⁴. Benzer şekilde *Binding*, teşebbüs ve gönüllü vazgeçmeyi bir teklik içinde kabul etmiş ve failin zararlı suç neticesinin tamamlanması için sebebiyet verdiği şartlardan gönüllü olarak sarfinazar etmesiyle, hukuka aykırılığı da ortadan kaldırmış olduğunu ileri sürmüştür⁷⁷⁵.

Roxin, söz konusu görüşlerin, harici ve içsel olguların bu şekilde geriye yönelik olarak hükümsüz kılınamayacağı ve dış dünyadan kaldırılamayacağı argümanı ile karşılaşabileceğini ifade etmektedir. Zira, *Roxin*'e göre, bir teşebbüs gönüllü vazgeçme söz konusu olsa da teşebbüs olarak kalmaya devam etmektedir. Bu, *Binding*'in yaptığı teklik değerlendirmesinde de hukuka aykırılığı engellemeyecektir⁷⁷⁶.

Daha yeni literatürde ise, *Robert von Hippel* tarafından hukuk teorileri sürdürülmüştür. *v. Hippel*, gönüllü vazgeçmeyi teşebbüs kavramı içinde negatif bir unsur (*negatives Tatbestandsmerkmal*) olarak değerlendirmiştir. Ancak bu negatif unsurun gerçekleşmemesi durumunda bir teşebbüsten söz edilebileceğini, aksi takdirde failin cezalandırılmayacağını ifade etmiştir⁷⁷⁷.

3. Altın Köprü Teorisi

Feuerbach'a kadar gerilere uzanan altın köprü teorisi⁷⁷⁸ (*die Lehre von der goldenen Brücke*), *Franz von Liszt*'in etkisi altında eski Alman literatüründe, hâkim olmuştur⁷⁷⁹. *Suç politikası teorisi (kriminalpolitische Theorie)* olarak da adlandırılan altın köprü teorisine göre, teşebbüs aşamasında bulunan fail, öngörülen cezasızlık vaadiyle, icra hareketlerini tamamlamaktan veya neticeyi gerçekleştirmekten vazgeçmeye teşvik edilmelidir⁷⁸⁰. Buna göre, kanunkoyucu, suç politikası

⁷⁷⁴ **Roxin**, AT II, § 30 I, kn. 11.

⁷⁷⁵ **Roxin**, AT II, § 30 I, kn. 11; **İçel**, s. 534.

⁷⁷⁶ **Roxin**, AT II, § 30 I, kn. 12.

⁷⁷⁷ **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 41 I, kn. 8; **Roxin**, AT II, § 30 I, kn. 13; **Sözürer**, s. 237.

⁷⁷⁸ **Welzel**, § 25, s. 196; **Jescheck/Weigend**, § 51 I, s. 538; **Önder**, s. 417; **Yüce**, s. 79. *Feuerbach*'ın psikolojik zorlama teorisi (*die Lehre vom psychologischen Zwang*) temelinde olduğu yönünde bkz. **Langels**, Vor. § 40, s. 52.

⁷⁷⁹ **Roxin**, AT II, § 30 I, kn. 14; **Önder**, s. 417.

⁷⁸⁰ **Jescheck/Weigend**, § 51 I, s. 538; **Roxin**, AT II, § 30 I, kn. 14; **Kindhäuser**, § 32, kn. 3; **Heinrich**, AT, § 24, kn. 760; **Koca/Üzülmez**, s. 439; **Hakeri**, s. 524.

nedenleriyle, cezalandırılması gereken faili gönüllü vazgeçmesi durumunda cezalandırmayarak, ona suç yolundan geri dönmesi için *altın köprüler* kurabilir⁷⁸¹. Teori, vazgeçmesi durumunda ceza sorumluluğu kalkmayacak fail için vazgeçmenin artık cazip olmayacağı, suç politikası düşüncesiyle de desteklenmiştir⁷⁸².

Teori, kanunkoyucu tarafından öngörülen cezasızlık vaadinin halk tarafından yaygın şekilde bilinemeyecek olması nedeniyle, bunun failin kararları üzerinde hiçbir etkisi olmayacağı noktasında ağırlıklı olarak eleştirilerle karşılaşmıştır⁷⁸³. Ayrıca, fiili gerçekleştirme aşamasında olan fail, çoğu durumda cezasız kalacağı yönünde bir düşünce taşımayacaktır⁷⁸⁴. Uygulama da failin vazgeçmesinde, cezasız bırakılacak olma dışında, her türlü nedenin (*Motive*) rol oynadığını ortaya koymaktadır⁷⁸⁵.

4. Af veya Ödül Teorisi

Af veya ödül teorisi (*Gnaden-Prämientheorie-Verdienstlichkeitstheorie*), failin gönüllü vazgeçmesi nedeniyle, cezasızlık affı veya ödülü ile mükafatlandırılmayı hak etmiş olduğu düşüncesinden hareket etmektedir⁷⁸⁶. Bu anlayışa göre, gönüllü vazgeçen, fiilinin tamamlanmasını önleyen veya bu hususta ciddi bir şekilde çaba gösteren kişi, fiilinin toplum üzerinde yaratmış olduğu hukuk düzenini sarsıcı etkiyi kısmen ortadan kaldırmış olduğu için, bağışlanmayı da hak etmiş olmaktadır. Ayrıca teşebbüs aşamasındaki fail, gönüllü vazgeçerek gösterdiği erdemli davranışıyla teşebbüsün haksızlığını bir dereceye kadar telafi etmiş

⁷⁸¹ v. Liszt/Schmidt, § 46, 315; Welzel, § 25, s. 196; Mezger, § 56, s. 403; Roxin, AT II, § 30 I, kn. 14; Wessels/Beulke/Satzger, § 17, kn. 887; Ebert, s. 129; İçel, s. 535; Öztürk/Erdem, kn. 661, s. 380; Hakeri, s. 524.

⁷⁸² Heinrich, AT, § 24, kn. 760.

⁷⁸³ Jescheck/Weigend, § 51 I, s. 538.

⁷⁸⁴ Wessels/Beulke/Satzger, § 17, kn. 887; Krey/Esser, § 44, kn. 1257; Langels, Vor. § 40, s. 52; Murmann, § 28, kn. 102.

⁷⁸⁵ Jescheck/Weigend, § 51 I, s. 538.

⁷⁸⁶ Heinrich, AT, § 24, kn. 761; Roxin, AT II, § 30 I, kn. 22; Kindhäuser, § 32, kn. 3; Rengier, § 37, kn. 7; Krey/Esser, § 44, kn. 1258; Murmann, § 28, kn. 104; S/S-Eser/Bosch, § 24, kn. 2a; Ebert, s. 129; Beckemper, § 24, kn. 6; Langels, Vor. § 40, s. 52; İçel, s. 535; Öztürk/Erdem, kn. 661, s. 381.

olmaktadır⁷⁸⁷. Böylelikle teori odak noktasını, öncelikli olarak mağdurun korunması meselesinden ziyade, bizzat failin kişiliği olarak belirlemiş olmaktadır⁷⁸⁸.

Alman ceza hukuku doktrininde, af veya ödül teorisi temelinde, aşağıda ele alacağımız failin gözünden akim kalmış teşebbüs kavramının ve vazgeçmenin “gönüllülük (*Freiwilligkeit*)” unsurunun daha iyi anlaşılabilceği ifade edilmektedir⁷⁸⁹.

5. Cezanın Amacı Teorisi

Cezanın amacı teorisi (*Strafzwecktheorie*), cezanın genel ve özel önleme amacıyla bağlantı kurmaktadır. Teori, gönüllü vazgeçme durumunda cezanın ne genel ne de özel önleme amacının bulunduğu esasına dayanmaktadır. Bu doğrultuda, en basit şekilde teorinin, failin gönüllü vazgeçmesi durumunda cezalandırılmasının, cezadan beklenen herhangi bir amaçla bağdaşmayacağı noktasından hareket ettiği ifade edilebilir⁷⁹⁰. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de kararlarında sıklıkla, gönüllü vazgeçme durumunda failin suç işlemeye yönelik iradesinin fiili gerçekleştirmek için yeterince güçlü olmadığı ve tehlikeliliğinin önemli ölçüde azalmış olduğu gerekçesiyle, artık ceza gereksiniminin bulunmadığını kabul etmiştir⁷⁹¹.

Cezanın amacı teorisi, failin teşebbüs aşamasında suç işleme iradesinin suçu tamamlayacak kadar güçlü olabileceği, vazgeçmeye tesadüfi olarak ortaya çıkan harici koşulların sebebiyet verebileceği noktasında eleştirilmiştir⁷⁹². Gönüllü vazgeçen failin kriminal eğiliminin iyileşip iyileşmediğine, somut olaydaki duruma

⁷⁸⁷ **Jescheck/Weigend**, § 51 I, s. 539. Benzer şekilde, teşebbüs aşamasındaki failin, fiilinin toplum üzerinde yarattığı olumsuz etkiyi gönüllü vazgeçerek telafi etmiş olduğu yönünde bkz. **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 887.

⁷⁸⁸ **Heinrich**, AT, § 24, kn. 761.

⁷⁸⁹ **Rengier**, § 37, kn. 7.

⁷⁹⁰ **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 41 I, kn. 14; **Roxin**, AT II, § 30 I, kn. 4; **Jescheck/Weigend**, § 51 I, s. 539; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 887; **Beckemper**, § 24, kn. 7; **Rengier**, § 37, kn. 8; **Murmann**, § 28, kn. 105; **Heinrich**, AT, § 24, kn. 762; **Krey/Esser**, § 44, kn. 1259; **Langels**, Vor. § 40, s. 52; **Öztürk/Erdem**, kn. 661, s. 381. Teori, Türk ceza hukuku doktrininde “cezalandırmadaki amaçların gereksizleştiği teorisi” (**İçel**, s. 535) veya “vazgeçmenin cezalandırmadan beklenen amaçları kaldırdığı görüşü” (**Koca/Üzülmez**, s. 439) şeklinde de ifade edilmektedir.

⁷⁹¹ BGH vom 28.2.1956- 5StR 352/55; BGH vom 15.1.1960- 4StR 501/59 (*Kararlar için bkz. Wessels/Beulke/Satzger*, § 17, kn. 887).

⁷⁹² **Jescheck/Weigend**, § 51 I, s. 539.

göre farklı cevap verilebileceği ifade edilmiştir⁷⁹³. Nihayetinde söz konusu eleştiriler, teorinin belli ölçüde geliştirilerek değiştirilmesini sonuçlamıştır (*modifizierte Strafzwecktheorie*). Teorinin modifiye edilmiş bu yeni şekline göre, cezanın özel önleme amacı dışarıda bırakılmış ve vazgeçme durumunda ceza gereksiniminin bulunmadığı savı, sadece cezanın genel önleme amacıyla desteklenmiştir. Bu anlayış uyarınca, teşebbüsün öncelikli cezalandırma sebebinin teşkil eden tehlikeliliği, bizzat vazgeçenin kendisi tarafından ortadan kaldırılmış olmaktadır. Tehlikeli olmayan teşebbüslerin cezalandırılabilirliğinin gerekçesini oluşturan, hukuk düzenini bozucu etki ise vazgeçmenin gönüllülüğü ile bertaraf edilmiş olmaktadır⁷⁹⁴.

6. Kusurun Kalkması Teorisi

1987 yılında, *Herzberg* tarafından *kusurun kalkması teorisi* “*Schulderfüllungstheorie*” olarak adlandırılan yeni bir teori ortaya atılmıştır. Teori, davranışını sonlandırarak, yaptığı hareketlerle davranışının haksızlığını ortadan kaldırma yükümlülüğünü yerine getiren fail için, artık bir ceza tehdidinin gerekli olmadığından hareket etmektedir⁷⁹⁵. Kusur teorisi (*Schuldtheorie*) olarak da nitelendirilen teori, gönüllü vazgeçmede teşebbüsün cezasızlığının temel gerekçesini, *kusuru ortadan kaldıran bir sebebin (Schuldausschließungsgrund) kabulü* ile açıklamaktadır. Teoriye göre kusur, gönüllü vazgeçme ile kalkmasa da failin sonrasında gösterdiği çabalarla belirli bir dereceye kadar telafi edilmiş olmakta ve failin bu çabası cezasızlıkla ödüllendirilmektedir. Teori, gönüllü vazgeçmeyi, zorunluluk hali ile sistematik olarak eşdeğer bir kusurluluğu ortadan kaldıran sebep kabul ederek, aşırıya kaçan bir değerlendirmede bulunduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷⁹⁶.

⁷⁹³ **Roxin**, AT II, § 30 I, kn. 6.

⁷⁹⁴ **Roxin**, AT II, § 30 I, kn. 7.

⁷⁹⁵ **Roxin**, AT II, § 30 I, kn. 25.

⁷⁹⁶ **Jescheck/Weigend**, § 51 I, s. 540.

D. (Sübjektif) Akim Kalmış Teşebbüs Kavramı

Failin gözünden başarısızlığa uğramış, başarıya ulaşamamış, akim kalmış teşebbüs olarak ifade edebileceğimiz, Alman ceza hukuku doktrinde “*(subjektiv) fehlgeschlagener Versuch*” şeklinde nitelendirilen ve teşebbüsün özel bir görünüm şekli olarak sadece vazgeçme aşamasıyla sınırlı olarak ele alınan durum, elverişsiz teşebbüsün aksine, Alman Ceza Kanunu’nda açık bir şekilde düzenlenmiş değildir⁷⁹⁷. Bununla birlikte, (sübjektif) akim kalmış teşebbüs kavramının, Alman Ceza Kanunu’nun lafzı ile desteklendiği ifade edilmektedir. Alman Ceza Kanunu’nun 24. maddesinde, (sübjektif) akim kalmış teşebbüs, bağımsız hukuki bir kavram olarak *zımnen* kabul edilmektedir. *Roxin*, mevcudiyeti kanundan kaynaklanan, ancak kanunda ismen zikredilmemiş kavramların doktrin tarafından şekillendirilmesinin mümkün olduğu görüşündedir. Bu paralelde, kanunda ismen belirtilmemiş olması gerekçesiyle, sübjektif akim kalmış teşebbüs kavramını reddeden görüşü, ikna edici bulmadığını ifade etmektedir⁷⁹⁸.

Sübjektif akim kalmış (başarısızlığa uğramış) teşebbüs, failin tamamlama kastı ile icra etmiş olduğu son hareketinin ardından, artık fiilini tamamlayamayacağını idrak etmiş olduğunda veya hatalı bir şekilde bunun böyle olduğunu düşündüğünde ortaya çıkan durumdur⁷⁹⁹. Benzer bir diğer tanıma göre ise sübjektif akim kalmış teşebbüs, fail somut fiili bağlamında amacının ulaşılabilir hâle geldiğinin farkına vardığında veya en azından bunu varsaydığında söz konusu olmaktadır⁸⁰⁰. Fiil, objektif olarak tamamlanamayacaksa, ancak fail bunu idrak etmemişse, teşebbüs akim kalmış değildir. Bu nedenle (sübjektif) akim kalmış teşebbüs, failin fiile ilişkin sübjektif olarak zihninde çizmiş olduğu resme bağlı olmaktadır⁸⁰¹.

Failin gözünden akim kalmış bir teşebbüsün varlığını tespit etmek için, konuyu en iyi şekilde ifade eden şu formül uygulanabilir: “*İstesem bile, amacıma ulaşamıyorum*”. Fail, bu cümleyi kendisine söylediğinde, (sübjektif) akim kalmış bir

⁷⁹⁷ **Hauf**, s. 175; **Haft**, s. 241; **S/S-Eser/Bosch**, § 24, kn. 7.

⁷⁹⁸ **Roxin**, § 30 III, kn. 78. *Sübjektif akim kalmış teşebbüs kavramını reddeden aksi yöndeki görüş için bkz. Haft*, s. 241.

⁷⁹⁹ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 890; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 23, kn. 15; **Rengier**, § 37, kn. 15; **Haft**, s. 241.

⁸⁰⁰ **Roxin**, AT II, § 30 III, kn. 77.

⁸⁰¹ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 23, kn. 15.

teşebbüs ortaya çıkmıştır. Orijinal olarak, vazgeçmenin gönüllü olmadığını belirtmek için oluşturulan bu ünlü *Frank* formülü, aslında (sübjektif) akim kalmış teşebbüsü tanımlamaktadır⁸⁰².

(Sübjektif) akim kalmış teşebbüs kategorisi, günümüzde anlaşılan şekliyle, ilk olarak savaş sonrası dönemde geliştirilmiştir. Öte yandan, akim kalmış teşebbüs kavramının farklı anlamlar yüklediği uzun bir tarihi geçmişi olmuştur. Eski İtalyan ve Fransız hukuku, akim kalmış teşebbüs ("*delitto frustrato*" ve "*délit manqué*") terimini, failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra ortaya çıkan tesadüfi bir olayın neticenin gerçekleşmesini engellemesi olarak anlamıştır. Kavramın bu şekilde tanımlanması da mümkün olmakla birlikte, bunun günümüz kanuni düzenlemeleri karşısında işlevsel olmadığı ifade edilmektedir. Kavramın Alman ceza hukuku literatüründe kullanılması dahi, savaş sonrası döneme kadar birçok belirsizlikler içinde olmuştur⁸⁰³. Kavram, modern şekliyle ilk defa 1970'lerde, daha fazla dikkat çekmeyi başarabilmiştir. Günümüzde, yukarıda verilen tanım geniş ölçüde kabul edilmekle birlikte, hangi olay gruplarının akim kalmış teşebbüs olarak sınıflandırılacağı üzerinde hâlâ tartışmalar bulunmaktadır⁸⁰⁴.

Aşağıdaki olay grupları, (sübjektif) akim kalmış teşebbüs olarak değerlendirilmektedir⁸⁰⁵:

- Suçun gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması (somut fiilin amaca ulaşamayacağı fail tarafından fark edilmesi)
- Suçun konusunun failin planı ile uyuşmaması (failin planının anlamsızlaşması)
- Suçun konusunun failin beklentilerinin gerisinde kalması (suçun konusunun önemli ölçüde failin tasavvurunun gerisinde kalması)

(Sübjektif) akim kalmış bir teşebbüsün varlığı hâlinde, artık vazgeçmenin mümkün olmayacağı, Alman ceza hukuku doktrininde genel olarak kabul edilmiş durumdadır⁸⁰⁶. (Sübjektif) akim kalmış teşebbüs durumuna, şu örnekler verilebilir:

⁸⁰² **Roxin**, JuS 1981, s. 2; **Roxin**, AT II, § 30 III, kn. 79; **Rengier**, § 37, kn. 16; **Joecks/Jäger**, § 24, kn. 25.

⁸⁰³ Kavramın Alman ceza hukuku literatüründe geçmişte kullanımındaki belirsizlikler için bkz. **Roxin**, JuS 1981, s. 2

⁸⁰⁴ **Roxin**, AT II, § 30 III, kn. 83.

⁸⁰⁵ **Hauf**, s. 176; **Kindhäuser**, § 32, kn. 6; **S/S-Eser/Bosch**, § 24, kn. 9, 11.

⁸⁰⁶ **Maurach/Gössel**, Teilband 2, § 41 II, kn. 36; **Roxin**, AT II, § 30 III, kn. 81; **Kindhäuser**, § 32, kn. 5; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 23, kn. 18; **Ellbogen**, s. 126-127; **Freund**, § 9, kn. 22;

- Mağduru öldürmek isteyen failin tabancasının şarjöründe sadece bir atışlık mermi bulunmaktadır. Öldürme kastıyla mağdurun üzerine ateş eden fail, herhangi bir isabet sağlayamaz ve aslında artık atacak kurşunu da kalmamıştır. Ancak buna rağmen şarjöründe ikinci bir (son) merminin daha olduğunu düşünen fail, ilk atışıyla başlayan fiilinin bir parçası olarak ikinci atışını yapar, ancak boş tabanca ateş almaz⁸⁰⁷.
- Fail, öldürme kastıyla mağdurun başına darbe indirerek onu yere yığar. Mağdur yerde hareketsiz bir şekilde uzandığı için, fail eğer onu fark eden olmaz ve bir sağlık kuruluşuna götürülen olmaz ise, mağdurun öleceğini düşünmektedir. Birkaç saniyenin ardından mağdur, yaşam belirtisi gösterir. Bunun üzerine fail, mağdurun hayati tehlike içeren bir şekilde yaralanmamış olduğunu fark etmiş olmasına karşın, o esnada sokaktan geçen insanların artması nedeniyle artık mağduru öldürme imkânı göremiyordur⁸⁰⁸.

E. Elverişsiz Teşebbüs ve (Sübjektif) Akim Kalmış Teşebbüs Kavramlarının Gönüllü Vazgeçme Bakımından Karşılaştırılması

Objektif sebeplerden dolayı neticenin gerçekleşmesine yol açamayan elverişsiz bir teşebbüs ve (sübjektif) akim kalmış teşebbüs, her şeyden önce *failin sübjektif değerlendirmesi aracılığıyla* birbirinden ayrılmaktadır⁸⁰⁹. Dolayısıyla, bir teşebbüsün sübjektif olarak akim kalmış olup olmadığı sorusuna, elverişsizlik sorusundan farklı bir bakış açısıyla cevap verilmesi gerekmektedir. Bir teşebbüsün elverişsizliği, fiilin gerçekleştirilme anına göre (*ex ante*) objektif bakış açısından belirlenir. Öte yandan, akim kalmışlık (başarısızlık) sorunu, sadece failin tasavvuruna bağlıdır. Bu yüzden, akim kalmayan (başarısızlığa uğramayan) elverişsiz bir teşebbüsten, hâlâ neticeyi gerçekleştirebileceğine inanan failin

Murmann, § 28, kn. 109; **Otto**, § 19, kn. 10; **Krey/Esser**, § 44, kn. 1271; **Fischer**, § 24, kn. 6. Bununla birlikte, neticenin gerçekleşmesinin (somut olayda) sonradan objektif olarak imkânsızlaşması (objektif akim kalmış teşebbüs olarak ifade edilen durumda) ve henüz teşebbüsün başarısızlığının fail tarafından fark edilmemiş olması hâlinde; failin, Alm. CK. m. 24/1, 2 uyarınca cezasızlığı doğuracak şekilde vazgeçebileceği, Alman ceza hukuku doktrininde bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir (**Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 908; **Heinrich**, AT, § 24, kn. 797; **Hauf**, s. 198; **Beckemper**, § 24, kn. 11; **Fischer**, § 24, kn. 7; **Kühl**, § 16, kn. 11).

⁸⁰⁷ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 23, kn. 15.

⁸⁰⁸ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 23, kn. 15.

⁸⁰⁹ **Roxin**, AT II, § 30 III, kn. 82; **Roxin**, JuS 1981, s. 1.

cezasızlık sonucu doğuracak şekilde vazgeçebilmesi mümkündür⁸¹⁰. Fail, neticeyi gerçekleştirmeye yönelik inancını kaybetmediği sürece, başarısızlığa da uğramamıştır⁸¹¹.

Örneğin; fail, hatalı olarak zehir zannettiği pudra şekeri ile mağduru zehirlemek ister ve pudra şekerini mağdurun çayına karıştırır. Ancak verdiği bu ilk fincandaki dozun yeterli olmayacağını, icra hareketlerine devam edip bu hareketini tekrarlaması gerektiğini düşünmektedir. Bu durumda, elverişsiz teşebbüs failinin, Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre; cezasızlık sonucu doğuracak şekilde vazgeçmesi mümkün görülmektedir. Aynı şekilde, öldürmek istediği mağdura, bir insanın ölümünü sağlayacak dozda zehir verdiğini zanneden fail, öldürmekten vazgeçip mağduru hastaneye götürmek için ambulans çağırır. Burada da elverişsiz teşebbüs failinin, Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre; cezasızlığa sebebiyet verecek şekilde vazgeçmesi mümkün kabul edilmektedir⁸¹².

Buna karşılık, failin gözünden başarısız (akim kalmış) bir teşebbüsün, elverişsiz olması zorunlu değildir. Örneğin; katil tabancasında bulunan tek atımlık kurşunu, mağdura sadece kıl payı isabet ettiremediğinde; bu, elverişli ancak başarısız bir teşebbüstür. (Sübjektif) akim (başarısız) kalmış teşebbüs, sadece failin amacını ulaşılamaz addetmesi durumunda dahi, objektif olarak elverişli olmaya devam edebilir. Örneğin, fail silahını atışa hazır duruma getirmiş ve tam atışını gerçekleştireceği esnada, uyanık üçüncü bir kişi ona silahın boş olduğunu söylemiştir. Bunun üzerine failin atışından vazgeçip silahını bırakması da (sübjektif) akim kalmış bir teşebbüse yol açar. Bu durumda, failin başka bir alternatif görmemesi nedeniyle silahını yere bırakması, suç işleme kararından gönüllü bir vazgeçme değildir⁸¹³.

⁸¹⁰ **Kindhäuser**, § 32, kn. 7; **Roxin**, AT II, § 30 III, kn. 82.

⁸¹¹ “Diğer bilinmeyen elverişsiz teşebbüslerden vazgeçme, Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi çerçevesinde cezasızlığa yol açmalıdır; aksi hâlde, mevcut durumda elverişli teşebbüsten vazgeçen tehlikeli fail, işin mahiyetine uymayacak şekilde daha avantajlı bir durumda olacaktır” BGH 5 StR 239/04- Besch. vom 24. November 2004, (LG Bochum) (NJW 2005, 998). Kararın Türkçe çevirisi ve değerlendirmesi için bkz. **Kazaker**, s. 203-215.

⁸¹² Örnekler için bkz. **Langels**, § 40, s. 65. Elverişsiz teşebbüsten gönüllü vazgeçme sorununun sadece Alm. CK. m. 24/I 2'ye göre çözülmesi gerektiği; Alm. CK. m. 24/I 1'in sadece elverişli teşebbüs durumlarıyla sınırlı olduğu ifade edilmektedir. *Görüş için bkz. Köhler*, s. 477.

⁸¹³ **Roxin**, AT II, § 30 III, kn. 82; **Roxin**, JuS 1981, s. 1.

Bu anlamda, failin gözünden başarısızlığa uğramış, akim kalmış bir teşebbüsün tespit edilmesi, vazgeçmenin incelenmesinde önem taşımaktadır. Alman içtihat hukukuna ve doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre; (sübjektif) akim kalmış teşebbüste başlangıçtan itibaren vazgeçme söz konusu olamayacaktır⁸¹⁴. Fail, fiilin icrasını sürdürmeye yönelik düşüncesinden vazgeçmeden önce, teşebbüsün başarısızlığını bilmektedir. Bu nedenle, cezasızlığa yol açacak bir vazgeçme artık hukuken mümkün değildir⁸¹⁵.

Bununla birlikte, elverişsiz teşebbüsün de başarısız (akim) kalmış bir teşebbüse dönüşmesi mümkündür. Bu şu şekilde gerçekleşebilir: Başlangıçtan itibaren mevcut olan elverişsizliğin olay seyrinde fail tarafından farkına varılması hâlinde, failin teşebbüsüne devam etmesi bu nedenle engellenmişse, artık elverişsiz teşebbüs, akim kalmış bir teşebbüse dönüşmüştür⁸¹⁶. Bu durumda da artık cezasızlığa yol açacak bir vazgeçmenin mümkün olamayacağına ifade edilmesi gereklidir⁸¹⁷.

Durum özetle şu şekilde açıklanabilir: Akim kalmış teşebbüs, genellikle elverişsizdir; ancak akim kalmış bir teşebbüsün elverişsiz olması ve elverişsiz bir teşebbüsün başarısızlığa uğramış olması zorunlu değildir⁸¹⁸.

IV. ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜSE İLİŞKİN DİĞER SORUNLAR

A. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Manevi Unsurları Sorunu ve Elverişsiz Teşebbüs İlişkisi

1. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Manevi Unsurları Sorunu

Hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları sorunu kapsamında tartışılan durum, en anlaşılabilir şekilde “*hukuka uygunluk sebeplerinin fiili mevcudiyetine ilişkin failin bilgisizliği*” olarak ifade edilebilir. Bu başlık altında ele alacağımız

⁸¹⁴ **Jescheck/Weigend**, § 51 II, s. 543; **Krey/Esser**, § 44, kn. 1271; **Rengier**, § 37, kn. 15; **Haft**, s. 241; **Kühl**, § 16, kn. 9; **Fischer**, § 24, kn. 6; **Kindhäuser**, § 32, kn. 5.

⁸¹⁵ **Hauf**, s. 177; **Heinrich**, AT, § 24, kn. 771; **Kühl**, § 16, kn. 9.

⁸¹⁶ **Roxin**, AT II, § 30 III, kn. 82; **Heinrich**, AT, § 24, kn. 793.

⁸¹⁷ **Heinrich**, AT, § 24, kn. 793.

⁸¹⁸ **Roxin**, AT II, § 30 III, kn. 82.

sorun, “*hukuka uygunluk sebeplerinin varlığına veya hukuki kapsamına/sınırlarına ilişkin bilmeme veya yanlış varsayım*” olarak ifade edilen ve bugün Alman ceza hukuku doktrinde tartışmasız bir şekilde yasak hatası ve mefruz suç kapsamında ele alınan durumdan farklıdır⁸¹⁹.

Bu sorun kapsamında ele alınan olaylara örnek olarak, öfkeli bir eşin gece yarısı saatlerinde apartman dairesinin kapısını açan silahlı hırsız, yine içip gece geç bir saatte eve dönen sarhoş kocası olduğu düşüncesiyle yere sermesi verilebilir⁸²⁰. Bir başka örnek ise, gebeliğine son verilmesinde tıbbi olarak zorunluluk bulunan hamile bir kadının, bu durumunu bilmeksizin, ona kürtaj işlemi uygulayan doktorun durumudur⁸²¹. Vermiş olduğumuz örneklerden de anlaşıldığı gibi, böyle bir durum içinde olan kişi, işlediği fiil bakımından bir hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmiş olmasına rağmen, gerçekleşmiş olduğunun farkında değildir⁸²². Başka bir ifadeyle, söz konusu durumda fail ile hukuka uygunluk sebebi arasında sübjektif bir ilişkiden söz edilememektedir⁸²³.

Bu çerçevede hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları sorununa ilişkin, farklı haksızlık öğretileri temelinde gelişen iki karşıt görüş bulunmaktadır. Bunlar, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarını kabul eden görüş ve hukuka uygunluk sebebinin manevi unsurlarının bulunmadığı yönündeki görüştür.

Klasik suç teorisinin objektif haksızlık anlayışına dayalı, manevi unsurları reddeden görüş, eskiden Alman öğretilerinde geniş bir kesim tarafından savunulmasına karşın, bugün Alman ceza hukuku doktrinde etkisini neredeyse tamamen yitirmiş durumdadır⁸²⁴. Hatta bugün failin hareketinin objektif olarak hukuka uygun olmasının yeterli olduğu düşüncesi, neredeyse sadece koyu bir objektivist olan *Spendel* tarafından savunulmaktadır⁸²⁵.

Günümüzde Alman ceza hukuku doktrinde hemen hemen herkesin üzerinde hemfikir olduğu konu, hukuka uygunluk sebeplerinin yapısının bir suç tipine

⁸¹⁹ *Konunun değerlendirmesi için bkz. Birinci Bölüm, III, C, 2, d.*

⁸²⁰ **LK-Spendel**, § 32, kn.140; **Roxin**, AT I, § 14, kn. 94.

⁸²¹ **Jescheck/Weigend**, § 31 IV, s. 330. Karar örneği için bkz. BGH 38, 144 (155).

⁸²² **Özgenç**, s. 472.

⁸²³ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 280.

⁸²⁴ **Roxin**, AT I, § 14, kn. 96.

⁸²⁵ **LK-Spendel**, § 32, kn. 140; **Roxin**, AT I, § 14, kn. 96; **Geppert**, s. 103.

(*Tatbestand*) benzediğidir⁸²⁶. Bu yüzden, bir izin normunun (*Erlaubnissätze*) bünyesinde sadece maddi unsurlar değil, aynı zamanda manevi unsurlar (*subjektive Rechtfertigungselemente*) da barındırdığı düşüncesi hâkimdir⁸²⁷. Şahsi haksızlık öğretisi ile temellendirilen bu görüşe göre, tipe uygun bir davranışın hukuka uygun olması için, somut olayda ilgili hukuka uygunluk sebebinin maddi (objektif) koşullarının gerçekleşmiş olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca somut olayda ilgili hukuka uygunluk nedeninin manevi (sübjektif) unsurunun da gerçekleşmesi gereklidir⁸²⁸.

Türk ceza hukuku doktrindeki duruma bakıldığında, özellikle 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif nitelikte olduğu, yani manevi unsurlarının bulunduğu bazı yazarlar tarafından kabul edilmeye başlanmış ve söz konusu unsurların yokluğuna sonuçlar bağlanmıştır⁸²⁹. Özellikle Almanya'da hâkim olan şahsi haksızlık öğretisinin etkisiyle, bugün Türk öğretiminde de hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte olduğunun baskın görüş olma vasfını yitirmeye başladığı söylenebilir. Bununla birlikte, hâlen hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarını kabul etmeyenler çoğunluktadır⁸³⁰.

Alman ceza hukuku doktrininde, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları sorunu, elverişsiz teşebbüs ile iki yönden ilişkilendirilmektedir: Bunlardan ilki, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının varlığının elverişsiz teşebbüs ile temellendirilmesi, yani elverişsiz teşebbüsün hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının var olduğuna bir kanıt oluşturmasıdır. İkincisi de aslında bu durumun sonucu olarak ortaya çıkan, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurunun yokluğunda artık elverişsiz bir teşebbüsün var olduğu görüşüdür. Böyle bir durumda elverişsiz teşebbüse ilişkin düzenlemelerin doğrudan mı kıyasen mi uygulandığı ise ayrı bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarını kabul eden görüşün elverişsiz

⁸²⁶ Hukuka uygunluk sebeplerinin deskriptif ve normatif, objektif ve sübjektif unsurlardan oluştuğu yönünde bkz. **Haft**, s. 66; **Heinrich**, AT 2, § 13, kn. 323.

⁸²⁷ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 8, kn. 401; **Murmann**, § 15, kn. 10-11; **Heinrich**, AT 2, § 13, kn. 323; **Rengier**, § 17, kn. 9; **Tofahrn**, AT I, kn. 139, s. 85-86.

⁸²⁸ **Wessels/Beulke/Satzger**, kn. 401; **Kühl**, § 6, kn. 12; **Roxin**, AT I, § 14, kn. 96; **S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben**, Vor. § 32, kn. 14; **Krey/Esser**, § 13, kn. 454.

⁸²⁹ **Koca/Üzülmez**, s. 271; **Özgenç**, s. 472; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 280; **Artuk/Gökçen**, s. 425; **Öztürk/Erdem**, kn. 405, s. 237-238; **Hakeri**, s. 317.

⁸³⁰ **Önder**, s. 152; **Demirbaş**, s. 276; **Soyaslan**, Genel, s. 363; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 212; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 299; **Toroslu/Toroslu**, s. 157; **İçel**, s. 323; **Dursun/Bozbayındır**, s. 86-87.

teşebbüse ilişkin ulaştığı sonuçlar, iki konunun kesişim noktasını oluşturmaktadır. Bu çerçevede öncelikli olarak ilk duruma değinilecek, ardından hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının yokluğunda bir elverişsiz teşebbüsün bulunup bulunmadığı sorunu ele alınacaktır.

2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Manevi Unsurlarının Varlığının Elverişsiz Teşebbüs ile Açıklanması

Hukuka uygunluk sebeplerinde manevi unsurların gerekliliği, bir fiilin haksızlık içeriğini bir taraftan neticenin haksızlığı ile diğer taraftan da hareketin haksızlığı ile belirleyen şahsi haksızlık öğretisinin nihai bir sonucudur⁸³¹. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif (maddi) koşulları ile neticenin haksızlık içeriği telafi edilmiş olur. Çünkü, izin normunun yazılı koşulları altında vuku bulan ihlal neticesi, hukuken kınanamaz. Bununla birlikte, kasten işlenen fiildeki hareketin haksızlığı hâlâ ortadan kalkmış değildir. Bunun için, hukuka uygunluk nedeninin manevi unsurlarının iştiraki (katılımı) mecburen gereklidir⁸³².

Alman ceza hukuku öğretisinde, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının kabulü, şahsi haksızlık öğretisi ile yukarıda ifade edilen şekilde gerekçelendirilmektedir. Bununla birlikte hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının varlığını açıklamak için, şahsi haksızlık öğretilerine ilave olarak, [*tipikliğin negatif (olumsuz) unsurları öğretisi, hukuka uygunluk nedenlerinin lafzi yorumu, tipiklikte hataya ilişkin Alman Ceza Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrası gibi*] çeşitli argümanlar da ileri sürülmüştür⁸³³. İşte hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları ile çalışma konumuz olan elverişsiz teşebbüs arasındaki bağlantı da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Zira elverişsiz teşebbüs, Alman ceza hukuku doktrininde bazı yazarlar tarafından, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının varlığını gerekçelendirmek üzere kullanılmaktadır.

⁸³¹ **Jescheck/Weigend**, § 31 IV, s. 329; **Roxin**, AT I, § 14, kn. 96; **Kühl**, § 6, kn. 12; **Frisch Wolfgang**, “Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements”, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Walter de Gruyter, Berlin New York 1987, s. 124; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 8, kn. 401; **Geppert Klaus**, “Die subjektiven Rechtfertigungselemente”, Jura 1995, Heft 2, s. 104.

⁸³² **Wessels/Beulke/Satzger**, § 8, kn. 401; **Kühl**, § 6, kn. 12; **Roxin**, AT I, § 14, kn. 96.

⁸³³ Hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının hukuki temeline ilişkin ileri sürülen diğer görüşlerin açıklaması için bkz. **Dursun/Bozbayındır**, s. 70-73.

Bu görüşün Almanya’da başlıca savunucusu olan *Frisch*’e göre de hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları, şahsi haksızlık öğretisinin zorunlu bir sonucudur. Öğretiye göre, haksızlık için belirleyici olan hareketin değersizliğidir ve bu da büyük ölçüde failin iradesine (iradesinin yönüne) (*Willensrichtung*) bağlıdır. Böyle bir haksızlık anlayışında, hukuken kınanabilir bir netice için hareket edildiğinde, hareketin haksızlığı gerçekleşir. Fiili olarak hukuka uygun durumda olduğunu bilmeksizin hareket eden kişi için de aynı durum söz konusudur. Bu nedenlerle *Frisch*, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının kabulünün, bu tür niyete dayalı bir değersizliğin (*Intensionsunwert*) haksızlık olarak somutlaştığı bir durumla, yani elverişsiz teşebbüs ile temellendirilmesini akla yatkın bulduğunu ifade etmiştir⁸³⁴. Bu bağlamda, Alman Ceza Kanunu’nda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması, hukuka uygunluk sebebinin fiili mevcudiyetine ilişkin bilgisiz olan bir failin, eylemini gerçekleştirirken tamamen hukuka uygun bir iradede olmadığına bir kanıtı olarak gösterilmektedir⁸³⁵. Başka bir ifadeyle, Alman Ceza Kanunu’nun mevcut hukuki düzenlemesi uyarınca elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilir olması, salt niyet haksızlığının ceza hukuku açısından önem taşıdığına kabul edilmiş olduğunu ortaya koyar, aksi takdirde elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği açıklanamayacaktır⁸³⁶. Sonuç olarak, *Frisch*’e göre kanunkoyucu, elverişsiz teşebbüsü cezalandırmakla ve buradaki fiili ceza hukuku bakımından önemli bir haksızlık olarak tanımakla, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurunun varlığı konusunda da bir karar vermiş olmaktadır⁸³⁷.

3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Manevi Unsurlarının Yokluğuna Bağlanan Sonuçlar

a. Teşebbüs Nedeniyle Cezalandırılabilirliği Savunan Görüş

Hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarını kabul eden görüş uyarınca, maddi unsurların varlığının neticenin haksızlığını ortadan kaldırdığı, ancak hareketin

⁸³⁴ **Frisch**, s. 124.

⁸³⁵ **Roxin**, AT I, § 14, kn. 96.

⁸³⁶ **Frisch**, s. 127; **Geppert**, s. 104.

⁸³⁷ **Frisch**, s. 128.

haksızlığının mevcudiyetini devam ettirdiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte, burada varlığını sürdüren hareketin haksızlığına bağlanacak sonucun ne olduğu hususunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Manevi unsurlarla ilgili sorunun çalışmamızla bağlantı arz ettiği ikinci nokta da burasıdır. Zira Alman ceza hukuku doktrininde hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının yokluğu durumuna ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerin ağırlık noktasını, bu durumda failin (elverişsiz) teşebbüsten dolayı cezalandırılması oluşturmaktadır.

Teşebbüs, tamamlanma bakımından bir eksiklik içermekte, bu bağlamda tamamlanmamış bir suç olarak ifade edilmektedir. Ancak bu, kural olarak sadece objektif tipikliğin eksik olduğu durumlara ilişkindir. Başka bir ifadeyle, sadece suç tipinin objektif unsurlarının gerçekleşmemesi, teşebbüs olarak cezalandırılabilir teşebbüs tamamlanmamış bir fiil teşkil etmektedir. Sübjektif tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk aşamasındaki eksiklikler, (kural olarak) cezalandırılabilir teşebbüs durumlarına sebebiyet vermemektedir. Bu durum, objektif cezalandırılabilirlik koşullarının gerçekleşmemesi için de aynı şekilde geçerlidir. Dolayısıyla bu husus, teşebbüs aşamasında kalmış ve tamamlanmış bir suçta diğer cezalandırılabilirlik koşullarının aynı olduğunu ve iki kavramın sadece objektif tipiklik açısından bir farklılık gösterdiği anlamına gelmektedir. İşte hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurunun gerçekleşmemesi, bu durumun bir istisnası olarak ifade edilmektedir. Zira bu durumda hukuka aykırılık unsuruna ilişkin bir eksiklik, cezalandırılabilir (elverişsiz) teşebbüs olarak nitelendirilmektedir⁸³⁸.

Teşebbüs nedeniyle cezalandırmayı öngören görüşlerden ilkinde göre, objektif olarak hukuka uygun olan fiilde, failin hukuka uygunluk durumuna ilişkin bilgisizliği (elverişsiz) teşebbüs teşkil etmektedir. Bu nedenle Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrası gereği, söz konusu fiile teşebbüs cezalandırılmadığı sürece, fail de cezalandırılmayacaktır. Netice haksızlığının objektif olarak bulunmadığı bu durumda, hareketin değersizliği de tek başına sadece bir teşebbüse sebebiyet verebileceği için, açık bir teşebbüs bulunur. Bu, teşebbüs kurallarının kıyasen değil, *doğrudan* uygulanmasıdır⁸³⁹.

⁸³⁸ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 5, dn. 22; **Hardtung**, s. 296.

⁸³⁹ **Roxin**, AT I, § 14, kn. 104; **Frisch**, s. 138; **Freund**, § 3, kn 18.

Örneğin; bir bisikletli, yolda yürümekte olan bir kadının çantasını gasp etmek amacıyla arkasından yaklaşır. Amacına ulaşmadan kısa bir süre önce, o esnada yoldan geçmekte olan ve sebepsiz yere sınırlı olan bir kişi, kadının içinde olduğu durumu fark etmeksizin, bisikletliye vurarak onun yere düşmesine neden olur. Yere düşmesi nedeniyle bisikletinde de hasar olan sürücü, artık kadın üzerindeki planını gerçekleştiremez⁸⁴⁰. Olaya bakıldığında, yayanın bir hukuka uygunluk sebebi (üçüncü kişi lehine meşru savunma⁸⁴¹) içinde olduğunu bilmediği görülür, keza kadının bir saldırıya uğradığını fark etmemiştir ve kadını gasp etmek isteyen bisikletliye yönelik fiili, tamamen bu durumdan bağımsız, kendi iç dünyasında gerçekleşen sınırlılık hâlinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ayrıca, fiilden ötürü bisikletlinin uğrayacağı zararı hem öngörmüş hem de bunu istemiştir. Dolayısıyla bu görüşe göre, Alman Ceza Kanunu'nun mala zarar vermeyi (*Sachbeschädigung*) düzenleyen 303. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bu suçta teşebbüs cezalandırılabilirdiğinden, örnekteki bisiklet sürücüsü de mala zarar verme suçuna (elverişsiz) teşebbüsten cezalandırılacaktır.

Diğer görüşe göre ise, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının yokluğundaki durum, teşebbüsle benzerlik göstermektedir. Teşebbüste tipik bir netice yoktur. Buna karşılık, örneğin öldürme kastıyla kişinin birini yaralaması durumu, tamamlanmış bir suç gibi gözükmektedir. Zira, bir netice söz konusudur. Bununla birlikte, bir hukuka uygunluk sebebi içinde olan ancak bunu bilmeyen failin gerçekleştirdiği bu neticeye kanun tarafından izin verilmiştir. Dolayısıyla, burada netice haksızlığı bulunmamaktadır. Kalan hareket haksızlığına, yani failin hukuki değer ihlaline yönelik kararına, (elverişsiz) teşebbüs kuralları *kıyasen* uygulanabilir⁸⁴².

⁸⁴⁰ **Roxin**, AT I, § 14, kn. 94.

⁸⁴¹ Üçüncü kişi lehine meşru savunma, Alman Ceza Kanunu'nun meşru savunmaya (*Notwehr*) ilişkin 32. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmektedir. Alman ceza hukuku doktrininde üçüncü kişi lehine meşru savunma, meşru savunmadan farklı bir terim olan "*Nothilfe*" ile ifade edilmektedir (**Welzel**, § 14, s. 88; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 15, kn. 37; **Roxin**, AT I, § 15, kn. 116 vd.; **Jescheck/Weigend**, § 32 IV, s. 348; **Haft**, s. 88; **Kindhäuser**, § 16, kn. 2; **Heinrich**, AT 2, § 14, kn. 336; **Tofahrn**, AT I, kn. 149, s. 91; **Jäger**, § 4, kn. 132; **Ebert**, s. 72; **S/S-Perron**, § 32, kn. 61a; **Otto**, § 8, kn. 54).

⁸⁴² **Jakobs**, kn. 11/23a; **Kühl**, § 6, kn. 15-16; aynı yönde **Jescheck/Weigend**, § 31 IV, s. 330; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 8, kn. 410; **Stratenwerth/Kühlen**, § 9, kn. 156.

b. Tamamlanmış Suç Nedeniyle Cezalandırılabilirliği Savunan Görüş

Hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının yokluğunda, failin tamamlanmış suçtan cezalandırılması gerektiğini savunan görüşün, günümüzde Alman ceza hukuku öğretisinde, büyük ölçüde etkisini yitirmiş olduğu ifade edilmektedir⁸⁴³. Bu görüştekilere göre⁸⁴⁴, neticenin gerçekleşmiş olduğu böyle bir durumda, failin sadece teşebbüs nedeniyle cezalandırılması gerçeklik zemininden ayrılan bir değerlendirmedir. Bir suçun meydana gelmesi için hem maddi hem de manevi unsurların bir arada bulunması nasıl gerekiyorsa, bir hukuka aykırılığın ortadan kalkması için de her iki unsur bir arada mevcut olmalıdır. Fail, harekete geçme iradesinin nedeni olmayan koşullardan yararlanamaz. Başka bir ifadeyle, failin tesadüfen doğru olanı yapmış olması, ona ayrıcalık sağlamaz. Dolayısıyla bu görüşe göre failin, tamamlanmış suçtan cezalandırılması gerekir⁸⁴⁵. Bu durumda, failin teşebbüs nedeniyle cezalandırılması, her teşebbüsün cezalandırılmadığı Alman ceza hukuku sisteminde (*cürüm-cünha ayrımı doğrultusunda teşebbüs konusunda kabul edilen düzenleme gereği*⁸⁴⁶) cezai sorumluluk açısından boşluk yaratacaktır⁸⁴⁷. Buna ilişkin olarak, burada elverişsiz bir teşebbüsün bulunduğunu savunan görüşün, tamamlanmış suç görüşüne karşı ileri sürdüğü argüman ise, objektif olarak uygun bir davranıştaki kötü iradenin, neticenin eksikliğinden daha fazla cezalandırmaya değerlik arz etmediğidir. Teşebbüs görüşünü savunanlara göre, burada tartışılması gereken suçun neticesi değil, neticenin değersizliğine sebebiyet veren haksız neticenin eksikliğidir⁸⁴⁸.

c. Cezasızlığı Savunan Görüş

Bu çerçevede son olarak belirtilmesi gereken ve hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının yokluğunda (doğrudan veya kıyasen) teşebbüs ve

⁸⁴³ **Roxin**, AT I, § 14, kn. 105.

⁸⁴⁴ **Foth**, s. 369; **Heinrich**, AT, § 13, kn. 326, 392; **Köhler**, s. 323; **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 57.

⁸⁴⁵ **Heinrich**, AT, § 13, kn. 392.

⁸⁴⁶ Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; "*Bir cürüme teşebbüs daima cezalandırılır; bir cünhaya teşebbüs, ancak kanunda ancak açıkça belirtildiği takdirde cezalandırılır*" (**Yenisey/Plagemann**, s. 20).

⁸⁴⁷ **Geppert**, s. 105; **Tofahrn**, AT I, kn. 228, s. 137.

⁸⁴⁸ **Roxin**, AT I, § 14, kn. 105.

tamamlanmış suç nedeniyle cezalandırmayı kabul etmeyen ve cezasızlığı savunan görüştür.

Alman ceza hukuku öğretisinde *Gropp* ve *Rath*, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının varlığını kabul etmekle birlikte, farklı mülahazalarla baskın görüşün karşısında yer almışlardır. *Gropp*'a göre, hukuka uygunluk sebebinin fiili varlığına ilişkin bilgisiz olan (yanılan) failin (elverişsiz) teşebbüs nedeniyle cezalandırılması, (elverişsiz) teşebbüsün haksızlık yapısının yanlış değerlendirilmesi veya çarpıtılmasıdır. Zira teşebbüsün haksızlık içeriğinde, sadece şahsi haksızlık (*personaler Unwert*) değil, aynı zamanda olgu haksızlığı (*Sachverhaltsunwert*) da bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygun ve “iyi” bir şey yapan, ancak hukuka uygunluk iradesi bulunmayan failin cezalandırılması; onun sadece hukuka aykırı ve “kötü” düşüncesi nedeniyle cezalandırılması anlamına gelecektir. Hukuka uygunluk sebebinin manevi unsurunun yokluğunda failin teşebbüs nedeniyle cezalandırılması, fiil ceza hukukuyla bağdaşmayan bir düşünce ceza hukukunu (*Gesinnungsstrafrecht*) ifade etmektedir⁸⁴⁹.

Rath'ın görüşünde ise idealist felsefenin izlerini görmek mümkündür. Nitekim teşebbüsün cezalandırılma sebebini de idealist felsefeye dayalı bir yaklaşımla açıklayan *Rath*, burada da “karşılıklı etkileşime dayalı bir hukuki ilişkiyi (*Interaktionverhältnis*)” düşüncesine temel olarak almaktadır. *Rath*'a göre, normal elverişsiz teşebbüs durumlarında en azından, söz konusu ihlalin karşılıklı etkileşime dayalı hukuki bir ilişkiye katılan mağdurun “etki edebilme gücünün” (*Wirkungsmachtung*) azalması şeklinde bir hukuka aykırılık durumuna yol açması mümkündür. Buna karşılık, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının yokluğunda, bu ihlal, hiçbir hukuka aykırılık durumuna yol açmaz. Hukuka uygunluk sebebinin maddi unsurunun varlığı, failin davranışı için karşılıklı ilişkide etki edebilme gücünün yapısında bir iyileştirmeyi ifade etmektedir. Böylece bir haksızlık, başlangıçta imkânsız olmaktadır. Bu durumda failin davranışı, açığa çıkmasından itibaren hukuki ilişkide pozitif bir sonuca götüren bir etki yönüne sahip olmaktadır⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ **Gropp**, § 5, kn. 56; **Dursun/Bozbayındır**, s. 80, dn. 97.

⁸⁵⁰ **Rath** Jürgen, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2002, s. 262.

4. Değerlendirme

Hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları sorununa ilişkin olarak öncelikle, fail ile hukuka uygunluk sebebi arasında sübjektif bir ilişkinin varlığının aranması gerektiği kanaatindeyiz. Başka bir ifadeyle fail, en azından bir hukuka uygunluk sebebi içinde hareket ettiğini biliyor olmalıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanacağı ifade edilmektedir. Söz konusu düzenleme karşısında, aksi bir düşünce savunulamayacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrası kapsamında fail, hukuka uygunluk sebebinin maddi koşulları somut olayda gerçekleşmemiş olmasına rağmen, gerçekleştiğini düşünmektedir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları bağlamında yukarıda ele almış olduğumuz durum, bundan farklı mahiyettedir. “*Hukuka uygunluk sebeplerinin fiili mevcudiyetine ilişkin failin bilgisizliği*” olarak ifade edilebilecek bu durumda, somut olayda hukuka uygunluk sebebi, fiilen **gerçekleşmiş olmasına rağmen**, fail bunu bilmemektedir. Burada, bir (elverişsiz) teşebbüs mü tamamlanmış suç mu söz konusu olduğu sorununa ilişkin olarak, Alman ceza hukuku öğretisinde günümüzde azınlıkta kalan görüşü benimsediğimizi, yani tamamlanmış bir suçun varlığını kabul ettiğimizin ifade edilmesi gereklidir. Neticenin ortaya çıktığı bu durumda, bir teşebbüsten veya elverişsiz teşebbüsten söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira, her ne kadar elverişsiz teşebbüse anlamını veren hareketin haksızlığının ortaya çıkması ise de, neticenin gerçekleşmemiş olması ve bunun hareketin başlangıcından beri imkânsız olması da elverişsiz teşebbüsün unsurlarından birini oluşturmaktadır. Burada söz konusu hukuka uygunluk sebebinin neticenin haksızlığını ortadan kaldırdığı şeklinde bir kabul, objektif olarak gerçekleşen neticeyi ortadan kaldırmayacaktır.

Objektif olarak tehlikesiz bir hareketin ortaya konulduğu elverişsiz teşebbüs durumuna karşılık, hareketin objektif olarak tehlikeli olduğu ve tipik neticenin ortaya çıktığı bir durumun birbirinden olgusal (fenomonolojik) olarak farklı olduğu, söz konusu durumda elverişsiz bir teşebbüsün bulunduğunu savunan yazarların kendisi

tarafından dahi ifade edilmektedir⁸⁵¹. Dolayısıyla bu durumda, bir elverişsiz teşebbüsün bulunmadığı düşüncesindeyiz. Tüm unsurlarıyla tamamlanmış suç nedeniyle, failin ceza sorumluluğuna bir etkisi olmayacak bu durum, failin tamamlanmış suçtan cezalandırılmasına sebebiyet vermelidir⁸⁵². Bir tesadüfün sonucu olarak doğru bir şey gerçekleştiren failin, harekete geçme iradesinin sonucu olmayan bir durumdan yararlandırılmaması gereklidir.

B. İlgilinin Rızasının Suç Teorisindeki Yerine İlişkin Olarak Elverişsiz Teşebbüs Sorunu

1. Genel Olarak

Eski zamanlardan beri, suç teorisi içinde bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmekte olan ilgilinin rızasına ilişkin olarak⁸⁵³, Alman ceza hukuku öğretisinde geleneksel anlayıştan farklı bir ayırmaya gidildiği görülmektedir. İkili bir ayırım öngören bu anlayışa göre; ilgilinin rızası, suç teorisinde iki farklı görev üstlenmekte ve ortaya çıkardığı sonuçlar da bu doğrultuda farklılaşmaktadır. Bu ayırım bakımından farklı değerlendirmelerin yapıldığı durumlardan birinin, elverişsiz teşebbüs açısından da sonuç doğurması, konunun çalışmamız kapsamında ayrı bir başlık altında irdelenmesini gerekli kılmıştır.

Bu çerçevede, öncelikle ilgilinin rızası kavramı ele alınacak, ardından suç teorisindeki yerine ilişkin Alman ceza hukuku doktrininde yapılan ayırım ve bu ayırımın elverişsiz teşebbüs açısından ortaya çıkardığı sonuç ifade edilecektir.

⁸⁵¹ Frisch, s. 128; Dursun/Bozbayındır, s. 72, dn. 42.

⁸⁵² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 280. Benzer şekilde, failin tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği yönünde görüş için bkz. Öztürk/Erdem, kn. 405, s. 237-238. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte olduğunu ifade etmekle birlikte, Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin, bu durum ile çelişki oluşturduğu görüşü için bkz. Hafizoğulları/Özen, Genel, s. 212. Hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurunun varlığını reddetmemekle birlikte, burada kişinin işlenemez suç durumunda bulunması nedeniyle cezasızlığının kabulü gerektiği yönünde görüş için bkz. Erman, s. 392-393.

⁸⁵³ Koca/Üzülmez, s. 289.

2. İlgilinin Rızası Kavramı

Hukuki değer sahibinin, söz konusu hukuki değer üzerinde bir ihlalin gerçekleştirilmesini kabul ettiğine ilişkin irade göstermesi olarak tanımlanabilecek rıza, kaynağını Roma hukukunda bulmaktadır. Ünlü Roma hukukçusu *Ulpian*'ın *Digesta*'nın 47. kitabından günümüze aktardığı şu cümle, rıza kavramının içeriğini özetler niteliktedir: “*Nulla iniuria est, quae in volentem fiat*” yani, “rıza gösteren kişiye karşı gerçekleştirilen hareket, haksızlık oluşturmaz”. *Ulpian*'ın sözündeki “*iniura*” ile kastedilen sadece dar anlamda bir ihlal değildir, hatta o dönemde kişilik haklarına (şeref, sağlık, özgürlük, yaşam hakkı) yönelik her ihlali kapsar şekilde anlaşılmaktadır. *Ulpian*'ın bu cümlesi, sonraları “*volenti non fit iniuria*”, “rıza üzerine işlenen fiil, haksızlık teşkil etmez” şeklinde bugün hâlâ atıfta bulunmaya değer bir hukuki deyimle dönüştürülmüştür⁸⁵⁴. Bununla birlikte, günümüzde bu ihlalin kapsamının daraldığı ifade edilmelidir⁸⁵⁵. Zira modern hukuk anlayışında ilgilinin, sadece üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkına ilişkin olarak açıkladığı rıza, failin fiilini hukuka uygun hâle getirebilecektir. Bu durumda, öncelikle belirlenmesi gereken, hukuki değer sahibi olan kişinin hukuken korunan değerinin ihlaline izin verip veremeyeceğidir⁸⁵⁶.

3. İlgilinin Rızasının Suç Teorisindeki Yeri

Rıza, Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak “*ilgilinin rızası*” başlığı ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak Alman Ceza Kanunu'nda, teamül hukukuyla kabul edilmiş olmasına karşın, rıza kanuni olarak düzenlenmiş bir hukuka uygunluk sebebi değildir⁸⁵⁷.

Alman ceza hukuku doktrinde rızanın suç genel teorisindeki yerine ilişkin farklı görüşler bulunmakla birlikte, bu konuda genellikle ikili bir ayırım yapıldığının öncelikle ifade edilmesi gerekmektedir. Zira Alman ceza hukuku doktrindeki bu

⁸⁵⁴ **Roxin**, AT I, § 13, kn. 1; **Koca/Üzülmez**, s. 288-289.

⁸⁵⁵ **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 329.

⁸⁵⁶ **Heinrich**, AT, § 13, kn. 453.

⁸⁵⁷ **Kühl**, § 9, kn. 20; **Heinrich**, AT, § 13, kn. 438; **Haft**, s. 73; **Ebert**, s. 86.

ayırım ve ona bağlanan sonuçlardan biri, konuyu çalışmamızla bağlantılı hâle getirmektedir. İlgilinin rızasına ilişkin olarak yapılan bu ayırma göre ilk grubu, *tipikliğin bir unsuru olan/ tipikliği kaldıran rıza (tatbestandsausschließendes Einverständnis)*, diğerini ise *hukuka uygunluk sebebi olan rıza (rechtfertigende Einwilligung)* oluşturmaktadır⁸⁵⁸.

Suç tipinde, hareketin, ilgilinin iradesi hilafına veya iradesi olmaksızın (*invito laesio*) işlenmesi aranmışsa, başka bir ifadeyle; rıza, suç tipindeki harekete kavramsal olarak dâhilse, suç tipi kapsamında göz önünde bulundurulur. Bu durumda tipikliğin bir unsuru olan rızanın (*Einverständnis*) varlığı, tipikliği kaldıran bir etki gösterir⁸⁵⁹. Örneğin; ilgilinin rızasının varlığı söz konusuysa, Alman Ceza Kanunu'nun hırsızlık suçunu düzenleyen 242. maddesi anlamında “*malı bulunduğu yerden alma (Wegnahme)*” unsuru gerçekleşmez, dolayısıyla böyle bir durumda hırsızlık suçuna ilişkin tipik hareketin gerçekleşmesinden de söz edilemez. Alman Ceza Kanunu açısından, tipikliğin bir unsurunu teşkil eden rızaya ilişkin verilen örneklerin sayısı çoğaltılabilir. Konut dokunulmazlığının ihlali (Alm. CK. m. 123), zorlama (Alm. CK. m. 240), izinsiz araç kullanma (Alm. CK. m. 248b) ve küçüğü sorumlulunun elinden alma (Alm. CK. m. 235) gibi suçlarda, harekete ilişkin olarak ilgilinin rızasının olmaması veya hareketin ilgilinin rızası hilafına gerçekleştirilmesi, suçun bir unsurunu oluşturduğundan, ilgilinin rızasının varlığı söz konusu suçun gerçekleşmesini engellemektedir⁸⁶⁰.

Buna karşılık hukuka uygunluk sebebi oluşturan rıza (*Einwilligung*), hukuki değer sahibi tarafından verilmesi durumunda, sadece fiili hukuka uygun kılan bir etkiye sahiptir, tipikliği kaldırmaz. Hukuka uygunluk sebebi teşkil eden rızanın temel örneklerine ise, Alman Ceza Kanunu'ndaki mala zarar verme ve yaralama suçlarında⁸⁶¹ rastlanmaktadır. Başka bir kişinin, eşyasını bozmasına veya imha

⁸⁵⁸ **Jescheck/Weigend**, § 34 I, s. 372-373; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 11, kn. 539; **Heinrich**, AT, § 13, kn. 440, s. 186; **Ebert**, s. 86-87; **Haft**, s. 73; **Rengier**, § 23, kn. 40; **Kühl**, § 9, kn. 25; **Köhler**, s. 244; **Krey/Esser**, § 17, kn. 655; **S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben**, Vor. 32, kn. 29; **Tofahrn**, AT I, kn. 207, s. 124.

⁸⁵⁹ **Roxin**, AT I, § 13, kn. 2; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 11, kn. 543; **Heinrich**, AT, § 13, kn. 442, **Gropp**, § 5, kn. 113; **Haft**, s. 73; **Ebert**, s. 87.

⁸⁶⁰ **Roxin**, AT I, § 13, kn. 2; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 11, kn. 543; **Gropp**, § 5, kn. 113; **Ebert**, s. 86-87; **Krey/Esser**, § 17, kn. 656.

⁸⁶¹ Alman Ceza Kanunu'nun 228. maddesinde sadece yaralama suçunda hukuka uygunluk sebebi olan rızaya (*Einwilligung*) ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunmaktadır (**Kühl**, § 9, kn. 20; **Haft**, s. 73; **Ebert**, s. 86; **Otto**, § 8, kn. 10). Söz konusu düzenleme uyarınca, “*yaralama fiilinin*,

etmesine mülkiyet sahibinin rıza göstermesi, hâkim görüşe göre, mala zarar verilmiş olduğunu ve başkasına ait mülkiyetin tipe uygun biçimde ihlal edilmiş olduğunu değiştirmez. Bu görüşe göre, bireysel olarak kendi kaderini tayin etme hakkının (*Selbstbestimmungsrecht*) bir sonucu olan veya anayasal olarak düzenlenmiş olan hareket özgürlüğü (*Handlungsfreiheit- 2, I, GG*) ile gerekçelendirilen, *hukuki korumadan vazgeçmeye ilişkin rızanın* varlığı durumunda, rıza sadece hukuka aykırılığı ortadan kaldırır⁸⁶².

Alman ceza hukuku öğretisinde ilgilinin rızasına ilişkin olarak yapılan bu ikili ayrımın etkisi ile geliştirilen ve “*bireye dayalı liberal hukuki değer öğretisi (liberalen, auf das Individuum bezogenen Rechtsgutslehre)*” olarak adlandırılan bir başka görüş ise, yukarıda açıkladığımız ayrımın suç yapısı içinde sınırlı bir etkisi olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, bireyin özgürce gelişmesine hizmet eden bir hukuki değer varlığı durumunda, hukuki değer sahibinin tasarrufuna dayanan bir hareket, hukuki değer ihlali olamaz. Bu, bireyin özgürce gelişimine zarar vermekten ziyade, onun bir ifadesi olmaktadır⁸⁶³. Şahsi hukuki değer anlayışına dayalı bu görüş uyarınca ilgilinin rızası, tamamen bir tipiklik sorunu olarak ele alınmaktadır⁸⁶⁴.

4. İlgilinin Rızasının Fiili Mevcudiyetine İlişkin Failin Bilgisizliği

Tipikliğin bir unsuru olan rıza ve hukuka uygunluk sebebi olan rıza şeklinde ilgilinin rızasına ilişkin yapılan bu ayırmadan, pratik anlamda önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu ayrımın temel olarak altı önemli farklılığa sebebiyet verdiği ifade edilmekle birlikte⁸⁶⁵, bu farklılıklardan çalışma konumuz kapsamında önem arz eden “*fiili olarak mevcut olan rızanın fail tarafından var olmadığı zannedilerek hareket edilmesi*” durumuna ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Zira failin bilgisizliğine ilişkin bu durum, elverişsiz teşebbüs ile bağlantısı olan bir konu olarak

yaralanan kişinin rızası ile gerçekleştirildiği hâllerde, rızanın bulunmasına rağmen fiil ahlaka aykırı ise, sadece bu durumda hukuka aykırılık vardır.”

⁸⁶² **Roxin**, AT I, § 13, kn. 3; **Wessels/Beulke/Satzger**, §11, kn. 551; **Rengier**, § 23, kn. 7.

⁸⁶³ **Roxin**, AT I, § 13, kn. 12; **Koca/Üzülmez**, s. 290-291.

⁸⁶⁴ **Koca/Üzülmez**, s. 290.

⁸⁶⁵ **Roxin**, AT I, § 13, kn. 4-10.

karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, soruna ilişkin olarak hukuka uygunluk sebebi olan ve tipikliğin bir unsuru olan rıza bakımından farklı çözümlere gidilmektedir.

Hukuka uygunluk sebebi teşkil eden rıza, gerçek durumda mevcut olmasına rağmen, failin bu rızanın fiili mevcudiyetinden haberdar olmaksızın hareket etmesi, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarına ilişkin bir sorundur ve Alman ceza hukuku öğretisinde bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu nedenle, hukuka uygunluk sebebi olan rıza bakımından, burada sadece hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları sorununa ilişkin olarak yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetineceğiz⁸⁶⁶.

Tipikliğin bir unsuru olan rıza bakımından ise çözümün farklılaştığının ifade edilmesi gereklidir. Buna göre; tipikliğin bir unsuru olan rıza, somut olayda bulunmamasına rağmen, fail tarafından var zannedilerek hareket ediliyorsa, failin gerçekleştirdiği fiil bakımından kastından söz edilemeyecektir. Failin söz konusu hatası, Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası (Alm. CK. m. 16/1) kapsamında değerlendirilecektir (*tipiklik hatası=Tatumstandsirrthum*)⁸⁶⁷. Dolayısıyla fiilini icra ederken, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmeyen fail, kasten hareket etmiş olmayacak, failin bu hatası nedeniyle taksirli sorumluluk hâli saklı kalacaktır. Buna karşılık, tipikliğin bir unsuru olan rıza somut olayda fiili olarak mevcut olmasına rağmen, fail tarafından ilgilinin rızasının bulunmadığı zannedilerek hareket edilmesi durumunda, rızanın mevcudiyeti nedeniyle objektif tipiklik gerçekleşmemiş olduğu için ve sübjektif tipiklik de tam olarak bulunduğu için; bu durum, daima sadece bir (elverişsiz) teşebbüs olarak değerlendirilecektir⁸⁶⁸. Başka bir ifadeyle; failin suç işlemeye yönelik kastı, elverişsiz bir suç konusuna yönelmiş durumdadır. Dolayısıyla Alman ceza hukuku doktrininde, failin elverişsiz teşebbüs nedeniyle cezalandırılacağı ifade edilmektedir⁸⁶⁹.

⁸⁶⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, IV, A.

⁸⁶⁷ Jescheck/Weigend, § 41, s. 462; Heinrich, AT, § 16, kn. 450; Kindhäuser, § 12, kn. 34.

⁸⁶⁸ Roxin, AT I, § 13, kn. 9; Heinrich, AT, § 16, kn. 451; Tofahrn, AT I, kn. 210, s. 126.

⁸⁶⁹ Roxin, AT I, § 13, kn. 9; Wessels/Beulke/Satzger, § 11, kn. 549. Alman Ceza Kanunu'nun hırsızlık suçunu düzenleyen 242. maddesinde, "taşınır bir malın...zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden alınmasından" söz edilmektedir. Bu çerçevede, Alman ceza hukuku doktrininde bazı yazarlar tarafından, hırsızlıkta failin, taşınır malın zilyedinin rızasından haberdar olmaması durumu, "hukuki sebeplerden kaynaklanan elverişsiz teşebbüs" olarak da nitelendirilmektedir (Jescheck/Weigend, § 50 I, s. 530).

5. Değerlendirme

Alman Ceza Kanunu'nun aksine, hukukumuz bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddenin 2. fıkrasında ilgilinin rızasının genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiş olduğunu yukarıdaki açıklamalarımızda ifade etmiş bulunmaktayız⁸⁷⁰. Madde gerekçesinde de kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkına ilişkin açıklamış olduğu rıza çerçevesinde işlenen fiil bakımından, söz konusu rızanın bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği belirtilmiştir⁸⁷¹. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nda da Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelere benzer şekilde, rızanın suç tipi kapsamında düzenlenmiş olduğu çeşitli özel hükümlere rastlandığı görülmektedir. TCK m. 90/4, m. 91/1, m. 99/1, m. 101/1, m. 116/1, m. 132/2, m. 133/1, m. 133/2, m. 141/1, m. 163/2 ve m. 245/1'de yer alan düzenlemeler bu duruma örnek gösterilebilir. Söz konusu düzenlemeler, kanunumuzun ilgilinin rızasını suç genel teorisinde "*hukuka aykırılık unsuru*" içinde değerlendirilmesi yönünde bulunmuş olduğu tercihi değiştirmez. Bununla birlikte, bu durumun belirtilen suçlar açısından rızanın farklı bir değerlendirmeye tabi tutulması önünde de bir engel oluşturmadığı düşüncesindeyiz⁸⁷². Zira söz konusu suçlar bakımından, kanaatimizce tipikliğin bir unsuru hâline gelen rızanın yokluğu, (rıza) mevcut olması durumunda, ilgili suç tipinin gerçekleşmesini engellemektedir. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen hırsızlık suçu açısından, "*zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır malın bulunduğu yerden alınmasından*" söz edilmektedir. Burada malın bulunduğu yerden alınması konusundaki zilyedin rızasının, hırsızlık suçunun tipikliğini ortadan kaldıran bir durum olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, ilgilinin rızasının bu durumda da hukuka aykırılık unsuru içinde incelenmesi gerektiğini ve varlığının failin fiilini hukuka uygun hâle getirdiğini kabul eden aksi yöndeki görüşün de burada ifade edilmesi gereklidir. Bu görüşe göre, suç tanımında rızanın olumsuz bir

⁸⁷⁰ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aksine genel bir hüküm olarak düzenlenmeyen ilgilinin rızasına, sadece çeşitli suç tipleri içinde yer verilmekteydi. Bu duruma örnek olarak, 765 sayılı TCK m. 416/3 ve m. 491/1 verilebilir.

⁸⁷¹ Bkz. TCK. m. 26'nın gerekçesi.

⁸⁷² Benzer yönde Alman ceza hukuku öğretisindeki ayrımı kabul eden görüşler için bkz. **Önder**, s. 210; **İçel**, s. 391; **Toroslu/Toroslu**, s. 181; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 227; **Öztürk/Erdem**, kn. 462, s. 268; **Koca/Üzülmez**, s. 291; **Hakeri**, s. 371.

unsur olarak yer alması, rızanın hukuka uygunluk sebebi olduğu gerçeğini ve hukukumuz açısından varılacak sonucu değiştirmeyecektir⁸⁷³.

Suç tipi kapsamında yer alan ilgilinin rızasının fiili mevcudiyetini bilmeyen fail bakımından, yani somut olayda tipiklik kapsamında olan ilgilinin rızası bulunmasına rağmen, fail bu rızanın yok olduğu düşüncesiyle hareketini gerçekleştiriyor ise, burada failin kastını etkileyen bir hatasının olmadığı açıktır. Dolayısıyla, kastı tam olan faile rağmen objektif tipikliğin gerçekleşmediği bu durum açısından kanaatimizce de elverişsiz teşebbüs söz konusudur. Bununla birlikte, burada fail Alman ceza hukuku bakımından elverişsiz teşebbüs kapsamında cezalandırılabilirken, Türk hukuku açısından mevcut durumda, başlangıçtan itibaren elverişsiz bir suç konusuna yönelen fail cezalandırılmayacaktır.

C. Ajan Provokatör (Kışkırtıcı-Tahrikçi Ajan) Kullanımının Elverişsiz Teşebbüs Açısından Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Elverişsiz teşebbüs konusu, ceza hukukunda pek çok konuyla bağlantı içinde olan bir konudur. Bu bağlamda, aslen bir ceza muhakemesi hukuku kurumu olan ajan provokatör de cezalandırılabilirlik sorunu açısından, elverişsiz teşebbüs kapsamında incelenmesi gereken bir diğer sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu başlık altında, öncelikle ajan provokatör kavramının ceza hukukunda içerdiği anlamın ne olduğu irdelenecek, ardından konunun çalışma konumuzu oluşturan elverişsiz teşebbüs kurumuyla olan bağlantısı ifade edilmeye çalışılacaktır. Öncelikli olarak ajan provokatör kavramının içeriğine ilişkin açıklamalara yer verilmesi, ajan provokatör kurumunun elverişsiz teşebbüs ile bağlantısını kurduğumuz kısmın anlaşılabilirliği açısından yerinde olacaktır.

⁸⁷³ Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 333.

2. Ajan Provokatör Kavramı

Ajan provokatör kurumuna ilişkin olarak, Türk ceza hukuku doktrininde, tahrikçi (kışkırtıcı)⁸⁷⁴, kışkırtıcı ajan⁸⁷⁵ veya tahrikçi ajan⁸⁷⁶ gibi değişik isimlendirmeler de yapılmaktadır. Kurum, Alman ceza hukukunda ise, “*agent provocateur*” ve “*Lockspitzel*” terimleri ile ifade edilmektedir⁸⁷⁷. İlk olarak Fransa’da mutlak krallık döneminde ortaya çıkan ajan provokatör kavramı, o dönemde krala karşı faaliyette bulunduğu konusunda kendisinden şüphelenilen kişinin suça teşvik edilip sonrasında yakalanması ile bir çıkar elde edilmesi işlevini üstlenmiştir⁸⁷⁸.

Ajan provokatör kavramına ilişkin çeşitli tanımlar yapılmaktadır. En basit ve anlaşılabilir şekilde ajan provokatör, devlet organlarının himayesinde veya denetimi altında diğer kişi veya kişileri, suç işlemeye teşvik eden kişi olarak ifade edilebilir. 1980 yılında Birleşmiş Milletler tarafından organize edilen uluslararası bir konferansta, ajan provokatöre ilişkin bu tanım üzerinde uzlaşıya varılmıştır⁸⁷⁹. Bununla birlikte, kanaatimizce söz konusu tanım ajan provokatörün üstlendiği rolü çok net bir şekilde ifade etmemektedir. Daha açık bir şekilde ceza hukukunda ajan provokatör kullanımı, gizli görevli⁸⁸⁰ (*verdeckter Ermittler*) olan bir polis memurunun veya kolluk kuvvetleriyle iş birliği yapan güvenilir bir kişinin (*Vertrauensmann der Polizei, V-Mann*), şüpheli bir kişinin cezalandırılabilir

⁸⁷⁴ **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 934, s. 799.

⁸⁷⁵ **Erem Faruk**, “Kışkırtıcı Ajan”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, S. 1, 1975, S. 1-4, s. 5; **Yüce**, s. 83; **Akbulut**, s. 142; **Artuk/Gökçen**, s. 714; **Hakeri**, s. 601.

⁸⁷⁶ **Sözüer**, s. 167; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 511; **Soyaslan**, Genel, s. 510.

⁸⁷⁷ **Roxin**, AT II, § 26 V, kn. 151; **Wessel/Beulke/Satzger**, § 16, kn. 820; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 43; **Krey/Esser**, § 31, kn. 1056. Türk ceza hukuku doktrininde ajan provokatör teriminin kullanımı için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 540.

⁸⁷⁸ **Dönmezer/Erman**, C. II, s. 800; **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 99; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 511-512; **Özbek Veli Özer**, “Türk Ceza Hukukunda Gizli Soruşturmacının Sorumluluğu”, CHKD, C. 2, S. 1-2, 2014, s. 142.

⁸⁷⁹ **Özbek**, s. 143.

⁸⁸⁰ Burada teknik anlamda, 5271 sayılı CMK’da düzenlenen gizli soruşturmacı (görevli) kastedilmemektedir. Kanundaki düzenleniş şekli itibariyle kişileri suç işlemeye yöneltme gibi bir görevi olmayan gizli soruşturmacı, ajan provokatör değildir. CMK m. 139 anlamında bazı suçların soruşturulmasında kullanılan gizli soruşturmacı, sadece delil ve bilgi toplamaya ilişkin bir görev üstlenmektedir (**Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 514).

eylemlerini ortaya çıkarmak için, onu suç teşkil eden bir fiile kışkırtmasını ifade etmektedir⁸⁸¹.

Alman yargı kararlarında, bu şekilde bir ajan provokatör kullanımının, tamamen şüphesiz olan bir kişinin haksızlığa uğratılmaması şartıyla, özellikle organize suçlulukla mücadele açısından kabul edilebilir olduğu ifade edilmektedir⁸⁸². Hukukumuzda ise ajan provokatör kullanımı, sadece yargı kararlarında değil doktrinde de eskiden beri kabul gören bir durum olmuştur. Suçlulukla mücadelede önemli işlevlere sahip bir araç olduğu göz ardı edilemeyecek ajan provokatör kullanımının, Türk ceza hukuku açısından hangi kanuni gerekçelere dayandırıldığı ve hangi koşullar altında bu yola başvurulduğu noktasındaki belirsizliklerin sürdüğünün ifade edilmesi gereklidir. Uygulamanın ajan provokatör kullanımını bir anlamda zorunlu kılması, söz konusu kurumun önemini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, uygulama için bu derece önemi haiz konuya ilişkin bir kanuni düzenleme getirilmesi, konunun hukuki bir temele kavuşturulması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁸³.

3. Ajan Provokatör Müdahalesinin Olduğu Fiillerde Cezai Sorumluluğun Değerlendirilmesi

a. Ajan Provokatör Bakımından

Ajan provokatörün bir kişiyi suç işlemeye teşvik etmesiyle suça ilişkin üstlendiği rol, iştirak kurumunda azmettireninkine benzetilebilir. Ajan provokatör konusunun iştirak kurumu kapsamında değerlendirilmesi, burada da suçluların çokluğu meselesine benzerlik arz eden bir durumun söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır. Zira azmettiren, henüz belli bir suçu işleme düşüncesine sahip olmayan ve dolayısıyla suç işleme konusunda bir karara varmamış olan bir kişiyi suç işlemeye karar verdiren kişi olarak tanımlanmaktadır⁸⁸⁴. Ajan provokatör de benzer şekilde, diğer kişi veya kişileri suç işlemeye teşvik etmektedir. Bununla birlikte ajan

⁸⁸¹ Deiters Mark, "Straflosigkeit des agent provocateur?", Juristische Schulung, Heft 4, 2006, s. 302.

⁸⁸² BGHSt 45, 321 (324), (NJW 2000, s. 1123).

⁸⁸³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel, s. 541; Sözüer, s. 167-168; Özbek, s. 144.

⁸⁸⁴ Azmettirenin tanımı için bkz. Yüce, s. 86; Özgenç, s. 553.

provokatörün bu fiili, devlet organlarının himayesi ve denetimi altında ve suçlulukla mücadele için yapıyor olması ikisi arasındaki farkı oluşturmaktadır. Dolayısıyla, azmettiren suç failiyle aynı tarafta bulunan bir ortaklık oluşturmaktayken, gerçek durumda failin karşı tarafında bulunan ajan provokatör, sadece failin gözünde bir ortaklık görünümü çizmeye çalışmaktadır.

İştirak için, suça iştirak eden kişinin, asli failin kastına ilişkin bilgi sahibi olması yeterli değildir, bizzat iştirak edenin suçu tamamlamaya yönelik kastının bulunması gereklidir. Ancak böyle bir iştirak fiili, fail tarafından ihlal edilen hukuki değerle aynı hukuki değer üzerinde bir ihlal teşkil eder⁸⁸⁵. Bugün azmettirenin kastının, fail tarafından gerçekleştirilen eylemin tamamlanmasını kapsamaması gerektiği konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır⁸⁸⁶. Aksi takdirde, her bir iştiraki karakterize eden hukuki değere yönelik bir ihlalden söz edilemeyecektir. Bu özellikle, faili ortaya çıkarmak ve teşebbüs aşamasında yakalayabilmek için, onu suç işlemeye kışkırtan, teşvik eden ajan provokatör için pratik bir öneme sahiptir⁸⁸⁷. Ajan provokatör, failde bir suç işleme kararının oluşmasına sebebiyet vermekle birlikte; teşvik ettiği fiilin icrasının gerçekleştirilmesini, en azından tamamlanmanın gerçekleşmesini istememekte, hatta buna engel olmak istemektedir⁸⁸⁸. Dolayısıyla, ajan provokatör açısından suçu tamamlamaya yönelik bir iradeden söz edilemez. Bu bağlamda, bir azmettirme fiilinden de söz edilemeyeceği için teşebbüs aşamasında kalması şartıyla bu durum, ajan provokatörün cezasızlığı sonucunu doğuracaktır⁸⁸⁹. Ajan provokatör, suç işlemeye teşvik ettiği şüphelinin söz konusu suçu gerçekleştirmesine ancak teşebbüs aşamasına kadar izin verebilecektir, nihai olarak şüpheliyi yakalama yükümlülüğü vardır⁸⁹⁰.

Sonuç olarak, Alman ceza hukuku doktrininde ajan provokatörün müdahalesinin söz konusu olduğu fiillerde, ajan provokatör açısından ilgili suçu tamamlama kastının eksik olması nedeniyle bir azmettirmenin söz konusu olmadığı genellikle kabul edilmektedir. Bunun da söz konusu fiil açısından ajan provokatörün cezasızlığı sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, failin teşebbüs

⁸⁸⁵ **Jakobs**, kn. 23/16.

⁸⁸⁶ **Roxin**, AT II, § 26 V, kn. 151; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 43.

⁸⁸⁷ **Roxin**, AT II, § 26 V, kn. 151.

⁸⁸⁸ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 43; **Yüce**, s. 88.

⁸⁸⁹ **Roxin**, AT II, § 26 V, kn. 151; **Murmann**, § 27, kn. 112; **Wessel/Beulke/Satzger**, § 16, kn. 820; Ajan provokatörün cezasızlığının bugün hâkim görüş olduğu yönünde bkz. **Jakobs**, kn. 23/16.

⁸⁹⁰ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 43.

aşamasında kalmış veya tamamlanmış fiiline ilişkin olarak, failin ulaşmasının istendiği farklı zamansal aşamaların, ajan provokatörün cezalandırılabilirliğinin de farklı değerlendirilmesine yol açması gerektiği doktrindeki görüşler arasındadır. Böylelikle ajan provokatörün kastı, failin sadece hazırlık hareketlerinde bulunmasına, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlamasına, suçu tamamlamasına ancak suç bitmeden yakalanmasına veya hatta yakalanmadan önce suçun bitmesine dayalı olabilir⁸⁹¹. Bu çerçevede ajan provokatörün cezalandırılabilirliğine ilişkin yapılan değerlendirmeler de değişiklik göstermektedir. Söz konusu değerlendirmelerin çalışmamızın konusu kapsamında ele alınabilecek olan kısmı şu şekilde ifade edilebilir:

Ajan provokatör, her koşulda başlangıçtan itibaren failin yalnızca bir *elverişsiz teşebbüs* gerçekleştirebileceğini ve bu yüzden suçun tamamlanamayacağını biliyorsa, burada ajan provokatörün tamamlamaya yönelik bir kastından söz edilemez. Örneğin, ajan provokatörün faile elverişsiz bir araç sağlaması nedeniyle, fail hiçbir koşulda suçu gerçekleştiremeyecekse, bu durumda ajan provokatörün cezasızlığının kabul edilmesi gereklidir⁸⁹².

Bunun dışında suça teşvik edilen kişinin sadece *hazırlık hareketlerinde* bulunmuş olduğu durumlarda -hazırlık aşamasında kaldığında, hukuka aykırı fiil de bulunmadığı için- veya ajan provokatörün faile sadece suça teşebbüs aşamasına kadar izin vermek istediği durumlarda da ajan provokatörün suçu tamamlama kastı bulunmaz. Bu, ajan provokatörün hukuki değerini tehlikeye sokulmasını engelleyememesi durumunda dahi geçerlidir. Yani suçun tamamlanması durumunda da ilgili suç bakımından tamamlama kastı bulunmayan ajan provokatörün ancak taksir nedeniyle cezalandırılabilirliği göz önünde bulundurulabilir⁸⁹³.

Bunun dışında, ajan provokatör suçun tamamlanması kastıyla hareket etse bile, suç politikası nedeniyle bazı durumlarda cezasızlığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, ajan provokatör, netice suçunun sadece şekli olarak tamamlanmasını isteyip, maddi olarak suçun bitmesini istemediğinde, aslında azmettiren olarak cezalandırılması gerekir. Burada belirleyici kriterin, telafisi mümkün olmayan bir hukuki değer ihlalinin ortaya çıkıp çıkmadığının olması

⁸⁹¹ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 46.

⁸⁹² **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 47.

⁸⁹³ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 48.

gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, eğer telafisi mümkün olmayan bir hukuki değer ihlali söz konusu ise, ajan provokatör cezalandırılmalı; aksi durumda ajan provokatör açısından cezasızlık sonucunun doğması gereklidir⁸⁹⁴.

b. Ajan Provokatörün Suça Teşvik Ettiği Kişi veya Kişiler Bakımından

Alman ceza hukukunda ajan provokatörün suça teşvik ettiği kişi veya kişilerin teşebbüs aşamasında kalan fiilleri açısından, elverişsiz teşebbüs kurumu ile bağlantılı olarak bir çözüme ulaşılmaktadır. Kural olarak, suç işlemeye teşvik ettiği şüphelinin ilgili suçu icrasına ancak teşebbüs aşamasına kadar müsaade edecek olan ve nihai görevi şüpheliyi yakalamak olan ajan provokatör⁸⁹⁵, hukuki yarara yönelik tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla fiil öncesinde tedbirler almaktadır. Dolayısıyla, söz konusu tedbirler nedeniyle, suça teşvik edilen kişi veya kişilerin gerçekleştirdiği fiil, ilgili hukuki yarar üzerinde gerçek anlamda bir ihlale sebebiyet vermemektedir⁸⁹⁶.

Ayrıca, faili suç işlemeye teşvik eden ajan provokatör ona suç için elverişsiz araçlar sağladığında, bu nedenle suçun gerçekleşmesinin imkânsızlaşacağı açıktır. Bu durumda, suça teşvik edilen kişi veya kişilerin cezai sorumluluğu Alman ceza hukukunda elverişsiz teşebbüs hükümleri doğrultusunda değerlendirilmektedir⁸⁹⁷.

Alman ceza hukukunda ajan provokatör müdahalesinin olduğu fiillerde, teşvik edilen fiil açısından failin objektif olarak bir hukuka uygunluk sebebi içinde bulunması durumunun, failin aksine sadece ajan provokatör tarafından bilinmesi de elverişsiz teşebbüsün ortaya çıktığı bir diğer hâl olarak incelenmektedir⁸⁹⁸. Bu son durum, çalışmanın hukuka uygunluk sebebinin manevi unsurları sorununa değindiğimiz kısmıyla doğrudan ilişkilidir. Zira Alman ceza hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurunun varlığının kabul edildiğini ifade etmiştik. Burada manevi unsurun gerçekleşmemesi durumunda, fiil açısından neticenin haksızlığının ortadan kalktığı ve hareketin haksızlığının mevcudiyetini devam ettirdiğinin ve dolayısıyla bir elverişsiz teşebbüsün söz konusu olduğunun hâkim

⁸⁹⁴ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 49. Tamamlanmış soyut tehlike suçlarında ve ihmal nedeniyle ajan provokatörün cezai sorumluluğuna ilişkin tartışmalar için bkz. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 50 vd.

⁸⁹⁵ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 43.

⁸⁹⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 542.

⁸⁹⁷ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 47.

⁸⁹⁸ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 26, kn. 47.

görüş olduğunu ifade etmiştik. İşte burada da elverişsiz teşebbüsle kurulan bağlantı bu duruma ilişkin olmaktadır.

Ajan provokatör müdahalesinin olduğu fiillerde, elverişsiz teşebbüsün gerçekleştiğine ilişkin olan bir örnek üzerinden gidelim: Genellikle villaların bulunduğu şehrin bir bölgesinde, hırsızlık konusunda uzmanlaşmış oldukları hususunda üç kişiye ilişkin olarak şüpheler bulunmaktadır. Polis, bu olası üç failin ortamına gizli görevli olan bir kişiyi sızdırmayı başarır. Gizli görevli, şüpheyi ispatlayabilmek için, üç olası faili villasında yalnız başına yaşayan bir milyonerin evine girmeye ikna eder. Burada, evine girilecek kişi daha önceden bu duruma ilişkin bilgilendirilmiş ve güvenlik güçleri tarafından uygulanacak prosedür de tarafınca kabul edilmiştir. Plan başarıya ulaşır ve neticesinde polis ekipleri ve ev sahibi tarafından gözlem altında olan üç fail, ellerinde evden aldıkları eşyalarla dolu çantalarla villanın ön kapısında yakalanırlar⁸⁹⁹.

Olaya ilişkin olarak; suça teşvik edilen üç failin cezalandırılabilirliği konusunda hırsızlık suçuna elverişsiz bir teşebbüs gerçekleştirdikleri doğrultusunda bir değerlendirmeye gidilmektedir. Olayda villa sahibi, failer tarafından alınan eşyaların asli zilyedi olarak, provoke edilmiş fiile rıza göstermiştir. Ayrıca, hırsızlık suçu anlamında taşınır malın bulunduğu yerden alınması, yeni zilyedin söz konusu mal üzerinde kendi fiili hakimiyetini kurmasını gerektirmektedir. Buna ek olarak, zilyet değişikliğinin şimdiye kadar zilyetliği üzerinde bulunduran kişinin iradesi hilafına gerçekleştirilmesi gereklidir. Olayda villa sahibinin mevcut rızası nedeniyle, bu koşul gerçekleşmediği için tamamlanmış bir hırsızlık suçundan söz edilemez. Doğal olarak üç fail, içinde buldukları bu durumdan habersiz oldukları için bir başkasına ait zilyetliği ihlal ettiklerini zannetmektedirler. Sonuç olarak; failer, aslında gerçekleşmemekle birlikte, hırsızlık suç tipinin maddi unsurunu oluşturan bir durumun olayda gerçekleşmiş olduğunu varsaymışlardır. Bu nedenle, bir *ters tipiklik hatası* içinde oldukları ve hırsızlık suçuna elverişsiz teşebbüs nedeniyle cezalandırılacakları ifade edilmektedir⁹⁰⁰.

Son olarak, ajan provokatör müdahalesi ile gerçekleştirilen fiillerde suça teşvik edilen kişi veya kişilerin cezalandırılabilirlik sorununun, Alman ceza hukuku sisteminde cezalandırılabilirliğe sahip olan elverişsiz teşebbüs kapsamında çözüme

⁸⁹⁹ Deiters, s. 302.

⁹⁰⁰ Deiters, s. 302.

ulaştırılmasının doğal olduğunun ifade edilmesi gereklidir. Buna karşılık, söz konusu soruna ilişkin olarak, Türk Ceza Kanunu'nda cezalandırılmayan bir kurum olan elverişsiz teşebbüs kapsamında bir sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Zira böyle bir çözüm tarzı, mevcut durum itibariyle suça teşvik edilen kişi veya kişilerin cezasızlığı sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte önerimiz doğrultusunda, elverişsiz teşebbüs faili için arz ettiği tehlikelilikle orantılı güvenlik tedbiri öngörülmesi hâlinde, sorun açısından çözüme ulaşılabileceği kanaatindeyiz.

D. Elverişsiz Teşebbüsün Karşı Tarafa Meşru Savunma Hakkı Verip Vermediği Sorunu

1. Genel Olarak

Mevcut durum itibariyle, Türk ceza hukuku sisteminde cezalandırılabilirliği söz konusu olmayan elverişsiz teşebbüs, elverişli teşebbüsün tam karşısında yer alan bir kurumu oluşturmaktadır. Buna karşılık, Alman ceza hukuku sisteminde, Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, elverişsiz teşebbüs, cezalandırılabilirlik bakımından elverişli bir teşebbüs ile hukuken eşit şekilde ele alınmıştır. Hatta bu yüzden, elverişsiz bir teşebbüs söz konusu olduğunda bunun istisnai (özel) bir durum olarak belirtilmesinin bir gereklilik oluşturmadığı dahi ifade edilmektedir⁹⁰¹. Bununla birlikte, Alman ceza hukuku sisteminde elverişsiz teşebbüs iki husus bakımından elverişli teşebbüsten farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu farklılıklardan ilkin, çalışmamızın bu başlığı altında ele alacağımız konu, yani elverişsiz teşebbüsün bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eden meşru savunma bakımından bir saldırı teşkil etmemesi hususu oluşturmaktadır⁹⁰². Bu çerçevede, öncelikle meşru savunmanın konusunu oluşturan saldırı kavramına

⁹⁰¹ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 39.

⁹⁰² Alman ceza hukukunda elverişli ve elverişsiz teşebbüsün ayrıldığı ikinci nokta ise, Alman Ceza Kanunu'nun 138. maddesinde düzenlenen, planlanan suçları ihbar etmeme suçunda (*Nichtanzeige geplanter Straftaten*) ortaya çıkmaktadır (TCK m. 278, 279, 280). Elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumlar, 138. madde anlamında "*plan*" (*Vorhaben*) değildir (**Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 39, dn. 178). Alman Ceza Kanunu'nun 138. maddesi anlamında plan (*Vorhaben*), işlenecek olan suçun genel hatlarıyla belirlenmiş olduğu her ciddi plandır (**Joecks/Jäger**, § 138, kn. 7).

değınilecek, ardından elverişsiz teşebbüsün meşru savunma bakımından bir saldırı teşkil etmemesinin hangi gerekçelere dayandırıldığı irdelenecektir.

2. Meşru Savunmada Saldırı Kavramı

Hukuki değere yönelik bir saldırının bulunması, meşru savunma durumu içinde olmanın öncelikli koşulunu oluřturmaktadır⁹⁰³. Saldırı, iradi bir insan davranışı ile hukuken korunan bir değerin tehdit edilmesidir⁹⁰⁴. Bu tanımdan, basit ve kolayca anlaşılabilir bir kavram olduğu izlenimi uyanmakla birlikte, aslında “saldırı” kavramının hemen hemen her açıdan tartışmalı olduğunun ifade edilmesi gereklidir⁹⁰⁵.

Konuyla ilgili olarak ortaya çıkan temel özellikler şunlardır:

Yukarıda yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, saldırı kavramı, insan davranışlarıyla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, hayvan saldırıları, bu kapsamda değeriendirilmez. Bu durumun istisnasını ise, hayvan saldırılarının bir insan tarafından bir başkasına saldırıda araç olarak kullanılması oluřturmaktadır⁹⁰⁶. Bir insanı yaralamada veya başkasına ait olan bir eşyanın bulunduğu yerden alınmasında bir hayvanın insan tarafından araç olarak kullanılması bu duruma örnek verilebilir⁹⁰⁷.

Hareketin iradi olması gerekliliğinin sonucu olarak; uyku hâli, sara nöbetleri gibi hareket teşkil etmeyen (*Nicht-Handlungen*) durumlarla bir başkasına yönelik bir tehlike durumu oluşturulması halinde, bir saldırıdan söz edilemeyecektir⁹⁰⁸.

Saldırı oluşturan iradi insan davranışı, icrai veya ihmali nitelik taşıyabilir⁹⁰⁹. Başka bir ifadeyle, ihmali hareketle de bir saldırı gerçekteştirilebilir. Önceleri,

⁹⁰³ **Kühl**, § 7, kn. 23; **Önder**, s. 187; **İçel**, s. 339; **Toroslu/Toroslu**, s. 163; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 219; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 313.

⁹⁰⁴ **Jakobs**, kn. 12/3; **Roxin**, AT I, § 15, kn. 6; **Jescheck/Weigend**, § 32 II, s. 338; **Kühl**, § 7, kn. 23; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 10, kn. 483; **Köhler**, s. 266; **Ebert**, s. 72; **Otto**, § 8, kn. 18; **Heinrich**, AT, § 14, kn. 341; **Haft**, s. 85; **Krey/Esser**, § 14, kn. 475; **Tofahrn**, AT I, kn. 147, s. 90; **Önder**, s. 187; **Artuk/Gökcen**, s. 442; **Öztürk/Erdem**, kn. 418, s. 244.

⁹⁰⁵ **Roxin**, AT I, § 15, kn. 6.

⁹⁰⁶ **Jakobs**, kn. 12/14; **Kühl**, § 7, kn. 26-27; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 10, kn. 483; **Kindhäuser**, § 16, kn. 10; **Krey/Esser**, § 14, kn. 474; **Önder**, s. 188; **Soyaslan**, Genel, s. 392; **Özgenç**, s. 361; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 223; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 313; **Öztürk/Erdem**, kn. 418, s. 244; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 301; **Hakeri**, s. 334.

⁹⁰⁷ **Kühl**, § 7, kn. 26-27; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 10, kn. 483.

⁹⁰⁸ **Roxin**, AT I, § 15, kn. 8; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 15, kn. 7; **Haft**, s. 85; **Krey/Esser**, § 14, kn. 476; **Öztürk/Erdem**, kn. 418, s. 244. Aksi yönde bkz. **Hakeri**, s. 334.

saldırının “kavramsal olarak aktif bir eylem gerektirdiği” gerekçesiyle kısmen tartışılan bu durum⁹¹⁰, daha sonraları açıklığa kavuşmuştur. Çünkü, ihmali hareketle de bir kişinin öldürülmesi veya yaralanması şüphesiz mümkündür, aksi durumda bu öldürme ve yaralama hareketlerinin niçin bir saldırı teşkil etmemesi gerektiğinin anlaşılması mümkün olmaz⁹¹¹.

Meşru savunmanın konusunu oluşturan saldırı, haksız yani hukuka aykırı olmalıdır⁹¹². Saldırının hukuka aykırılığı, suç genel teorisindeki hukuka aykırılık kavramını karşılamaktadır. Dolayısıyla saldırının hukuka aykırılık teşkil etmesi için, neticenin değersizliğine sebebiyet verme tehdidinin yanı sıra, hareketin değersizliğini de bünyesinde barındırması gereklidir. Bu doğrultuda, saldırıda bulunanın bir hukuka uygunluk sebebi içinde olması durumunda, saldırısı hukuka aykırılık teşkil etmez. Çünkü, böyle bir durumda ne bir hareket değersizliği ne de netice değersizliği bulunmaktadır⁹¹³.

Ayrıca meşru savunma anlamında haksız bir saldırı, saldırıda bulunanın kusur yeteneğinin bulunmasını gerektirmez. Bireysel korunmaya yönelik yarar, saldırıda bulunanın kusurlu veya kusursuz olmasından bağımsızdır ve her iki durumda da eşittir⁹¹⁴. Aksi bir düşünce kanunla da bağdaşmaz⁹¹⁵. Bir izin normunun (hukuka uygunluk sebebinin) (*Erlaubnisnorm*) kanunun açık olarak ifade ettiğinden daha fazla sınırlandırılması, kanunilik ilkesinin de ihlali anlamına gelecektir⁹¹⁶. Çünkü, Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 1. fıkrası sadece saldırının haksızlığından söz etmekte, kusurluluğu aramamaktadır. Kusurluluk, saldırının kavramsal bir koşulu

⁹⁰⁹ **Jakobs**, kn. 12/21; **Jescheck/Weigend**, § 32 II, s. 339; **Roxin**, AT I, § 15, kn. 11; **Kühl**, § 7, kn. 29; **Kindhäuser**, § 16, kn. 9; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 10, kn. 485; **Otto**, § 8, kn. 18; **Köhler**, s. 266; **İçel**, s. 341; **Ebert**, s. 72; **Koca/Üzülmez**, s. 279; **Öztürk/Erdem**, kn. 420, s. 244-245; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 301; **Artuk/Gökçen**, s. 441; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 313; **Hakeri**, s. 334.

⁹¹⁰ Saldırının aktif bir davranışı gerektirdiğini, bu nedenle ihmal suretiyle bir saldırıda bulunulamayacağını savunan aksi yönde görüş için bkz. **S/S-Perron**, § 32, kn. 10.

⁹¹¹ **Roxin**, AT I, § 15, kn. 11.

⁹¹² **Wessels/Beulke/Satzger**, § 10, kn. 493; **Heinrich**, AT, § 14, kn. 350; **Haft**, s. 88; **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 389, s. 343; **Önder**, s. 188; **İçel**, s. 341; **Demirbaş**, s. 292; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 314; **Toroslu/Toroslu**, s. 164; **Öztürk/Erdem**, kn. 422, s. 245; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 301; **Hakeri**, s. 340. TCK. m. 25/2’deki “haksız” teriminin “hukuka aykırı olan” anlamında kullanıldığı yönünde bkz. **Yüce**, s. 39; **Artuk/Gökçen**, s. 444; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 220.

⁹¹³ **Roxin**, AT I, § 15, kn. 14.

⁹¹⁴ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 10, kn. 486. Benzer yönde **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 15, kn. 25; **Ebert**, s. 74.

⁹¹⁵ **Roxin**, AT I, § 15, kn. 10.

⁹¹⁶ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 10, kn. 486.

olsaydı, kanunkoyucunun haksızlığı yeterli bir koşul olarak öngörmemesi gerekirdi⁹¹⁷. Ayrıca, haksızlık ve kusurluluk kavramları arasında bir ayırım yapılması günümüz ceza hukuku anlayışının temelini oluşturan hususlardan biridir. Haksızlık ve kusurluluk kavramlarının iki farklı kavramı oluşturduğu kabul edilince, ceza hukuku açısından üstlendikleri roller de farklılaşmaktadır. Bu anlamda, kusur yeteneğine sahip olmayan kişilerin hareketleri de haksızlık oluşturabilir ve meşru savunma anlamında bir saldırı teşkil edebilir⁹¹⁸.

3. Elverişsiz Teşebbüsün Meşru Savunma Anlamında Bir Saldırı Oluşturması

Alman ceza hukuku doktrinde, kural olarak elverişsiz teşebbüsün meşru savunmanın konusunu oluşturan bir saldırı oluşturmadığı ifade edilmektedir. Burada hakkın korunmasına ilişkin bir yarar (*Rechtbewährungsinteresse*) mevcut olmakla birlikte, söz konusu hakkın korunmasına ilişkin bir gereksinim (*Schutzbedürfnis*) bulunmamaktadır⁹¹⁹. Saldırıda bulunan kişinin tabancasının mermi yüklü olmadığını bilen bir kişi, saldırıyı vurmamalıdır. Bu örnek daha çok üçüncü kişi lehine meşru savunma bakımından söz konusu olabilir. Örneğin, failin silahının boş olduğunu bilen bir kişi, failin silahını üçüncü bir kişiye yönlendirmesi durumunda, üçüncü kişinin korunmaya ihtiyacı olmadığından, saldırıya karşı gerçekleştirildiği herhangi bir fiil meşru savunma kapsamında değerlendirilemez. Bununla birlikte, bu durum,

⁹¹⁷ Alman Ceza Kanunu'nun meşru savunmayı düzenleyen 32. maddesinin 2. fıkrası da saldırıya ilişkin olarak "*hukuka aykırılık*" koşulundan söz etmektedir (**Roxin**, AT I, § 15, kn. 10).

⁹¹⁸ **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 391, s. 346; **Önder**, s. 188; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 223; **Demirbaş**, s. 293; **Özgenç**, s. 361; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 315; **Öztürk/Erdem**, kn. 418, s. 244; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 303; **Toroslu/Toroslu**, s. 164-165. Haklı haksızdan ayırma yeteneği bulunmayan kişinin hareketinin haksız sayılmayacağı ve bu kişilerin fiillerine karşı sadece zorunluluk halinin mümkün olduğu yönünde karşı görüş için bkz. **İçel**, s. 344.

⁹¹⁹ **Roxin**, AT I, § 15, kn. 9. İstenmeyen veya yasak olan her insan davranışının, bir saldırı oluşturmadığı ve sadece görünüşte değil, gerçekten bir hukuki değeri tehlikeye düşüren davranışın saldırı teşkil ettiği ifade edilmektedir. Ancak bu etkinin tehlikeli bir saldırı aracının sahtesi aracılığıyla da elde edilebileceği yönünde görüş için bkz. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 15, kn. 11. Meşru savunma anlamında bir saldırının hukuki değer için gerçek bir tehdit/somut tehlikeye yol açması gerektiği, bu nedenle elverişsiz teşebbüsün bir saldırı teşkil etmediği ifade edilmektedir (**Haft**, s. 85; **S/S-Perron**, § 32, kn. 12). **Jäger** ise, burada her koşulda tehdit suçu (Alm. CK. m. 241) gerçekleştirilmiş olduğu için, bir saldırının (*Angriff*) varlığını onaylamaktadır. Ancak cezalandırılabilir olan bu tehdidin, Alm. CK. m. 32 anlamında "halihazırdaki" bir saldırı (*gegenwärtiger Angriff*) teşkil etmediği düşüncesindedir (**Jäger**, § 4, kn. 107).

sahte veya boş olan bir silahla gerçekleştirilen her saldırının, varsayılmış bir meşru savunma (*Putativnotwehr*⁹²⁰) olacağı sonucunu doğurmaz. Çünkü, böyle bir durum, mağdurun hayatına veya bedenine yönelik bir saldırı oluşturmasa bile, mağdur açısından ona meşru savunma hakkı veren bir zorlama (*Nötigung*), cebir (*Zwang*) veya tehdit (*Erpressung*) teşkil edebilir⁹²¹. Başka bir ifadeyle; burada, mağdurun karar verme (irade) özgürlüğüne (*Entscheidungsfreiheit*) ilişkin bir ihlalden söz edilebilir⁹²².

Soruna ilişkin olarak, *Amelung* tarafından, makul üçüncü kişi olan gözlemcinin fiil anına göre (*ex ante*) bakış açısı doğrultusunda bir belirleme yapılması gerektiği ifade edilmiş ve şu şekilde bir ayrıma gidilmiştir⁹²³:

Üçüncü bir kişinin objektif olarak yaptığı değerlendirme uyarınca, mevcut durum içinde kullanılan şey bir silah olarak addeliyorsa, kişi kendini savunma hakkına sahiptir. Aksi durumda, yani saldırının gerçekleştirildiği şeyin sahte bir silah olduğu objektif üçüncü kişinin gözünden fark ediliyorsa, savunmada bir zorunluluk durumundan ve dolayısıyla da meşru savunma hakkından söz edilemeyecektir. Birisinin silah olarak değerlendirdiği şey, objektif olarak üçüncü kişinin gözünden silah olarak değerlendirilmiyorsa, burada bir meşru savunma yoktur, hatta meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin yanlışlıkla (hatalı olarak) var zannedilmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu durumun hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında hataya ilişkin kurallar uyarınca değerlendirilmesi ve çözümlenmesi gerekmektedir⁹²⁴. Zira burada mevcut durumda bir hukuka uygunluk sebebi olmakla birlikte, ilgili hukuka uygunluk sebebinin tüm koşulları gerçekleşmemiştir. Hukuka uygunluk sebebinin tüm koşullarının gerçekleştiği bir durumun olduğunu düşünen fail, hata içinde bulunmaktadır⁹²⁵. Burada, Türk Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında (koşullarında) hataya ilişkin olarak açık bir düzenleme

⁹²⁰ Türk ceza hukuku doktrininde ve Yargıtay uygulamasında “*meşru savunma*” terimi kullanılmaktadır (**Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 399, s. 354; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 300). “*Maktulün, gerçek tabanca görüntüsü veren kurusıkı tabancası ile sanığı kovaladığı ve kurtulamayacağı, öldürüleceği ciddi korku ve endişesine kapılan sanığın bu ruh hali içinde geriye dönerek ateş ettiği tüm dosya kapsamı ile sabit olduğuna göre, yasal savunma koşulları gerçekleşmiştir*” (CGK, 26.9.1995, 1-228/256, **Soyaslan**, Genel, s. 406).

⁹²¹ **Roxin**, AT I, § 15, kn. 9.

⁹²² **Amelung** Knut, “*Sein und Schein bei der Notwehr gegen die Drohung mit einer Scheinwaffe*”, Jura 2003, Heft 2, s. 93.

⁹²³ **Amelung**, s. 92.

⁹²⁴ **Amelung**, s. 96-97; **Roxin**, AT I, § 15, kn. 9.

⁹²⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 429-430.

içerdiğinin ayrıca belirtilmesi gerekir. Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişinin bundan yararlanması için hatasının “kaçınılmaz” olması aranmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda ise, konuya ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için, suç tipinin unsurlarını oluşturan durumlarda hataya ilişkin hüküm (Alm. CK. m. 16/1) kıyasen uygulanmak suretiyle sorun çözümlenmektedir (*Erlaubnistatbestandsirrtum*)⁹²⁶.

E. Elverişsiz Teşebbüste Özellik Gösteren Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar ve Elverişsiz Teşebbüs

a. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, kasten işlenen bir suçun sonucu olarak ortaya çıkan ağır ya da başka neticeden failin en azından taksirle hareket etmiş olması koşuluyla sorumlu tutulabildiği ve faile temel suça göre daha ağır bir cezanın verilmesini gerektiren suçlar olarak tanımlanmaktadır⁹²⁷.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, yukarıda verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere, failin, temel suç tipi bakımından kastının arandığı, özel (ağır veya başka) netice bakımından ise en azından taksirinin bulunmasının gerektiği suç tipleridir. Bu anlamda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, kast ve taksirle işlenen suçların bir bileşimini oluşturmaktadır⁹²⁸. Teşebbüse ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde yer alan düzenleme ise, “işlemeyi kastettiği” ibaresine yer vererek, taksiri teşebbüs kurumunun dışında bırakmış durumdadır. Bu nedenle, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda teşebbüs doktrinde tartışmalı bir konuyu

⁹²⁶ Bu durumda Alman ceza hukuku açısından Alman Ceza Kanunu'nun § 16 I'deki hükmünün kıyasen uygulanacağına ilişkin bkz. **Wessels/Beulke/Satzger**, § 5, kn. 204.

⁹²⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 507.

⁹²⁸ **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 13, kn. 1; **Koca/Üzülmez**, s. 245; **Hakeri**, s. 287.

oluşturmaktadır⁹²⁹. Doktrinde hâkim görüş, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda teşebbüsü kabul etmemektedir⁹³⁰. Bununla birlikte netice sebebiyle ağırlaşmış suçta teşebbüsün mümkün olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır⁹³¹.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda teşebbüse ilişkin olarak hareket bakımından da ikili bir ayırmaya gidilir. Bunlardan birincisi netice sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs; diğeri ise, netice sebebiyle ağırlaşmış suçta teşebbüstür⁹³².

b. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Teşebbüs (Ağırlaşmış Neticeye Teşebbüs)

Doktrinde “*netice sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs*” (*erfolgsqualifizierter Versuch*) olarak adlandırılan bu durumda, teşebbüs aşamasında kalan temel suç tipinin ağırlaşmış neticelerin gerçekleşmesine sebebiyet vermesi söz konusudur⁹³³. Başka bir ifadeyle, bu ihtimalde ağırlaşmış netice gerçekleşirken, temel suç tipi teşebbüs aşamasında kalmıştır⁹³⁴. Teşebbüs halinde kalmış işkence fiilinin mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma sebebiyet vermesi, teşebbüs halinde kalan çocuk düşürtme fiilinin kadının ölümüne neden olması, bu duruma örnek olarak verilmektedir⁹³⁵. Kastedilmiş olandan daha ağırlaşmış bir neticenin gerçekleştiği bu durumun, neticenin meydana gelmesinin başlangıçtan itibaren imkânsız olduğu elverişsiz teşebbüs kavramıyla bağdaştırılması mümkün değildir⁹³⁶.

c. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçta Teşebbüs

Doktrinde “*netice sebebiyle ağırlaşmış suçta teşebbüs*” (*der versuchte Erfolgsqualifizierung-Versuch einer Erfolgsqualifikation*) olarak ifade edilen⁹³⁷ ikinci durumda ise, teşebbüs aşamasında kalmış veya tamamlanmış temel suç tipinin sonucu olan teşebbüs halinde kalmış netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu

⁹²⁹ Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda teşebbüse ilişkin olarak bkz. **Doğan** Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 254-269.

⁹³⁰ **İçel**, s. 530; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 450; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 471.

⁹³¹ **Artuk/Gökçen**, s. 419; **Koca/Üzülmez**, s. 437-438.

⁹³² **Roxin**, AT II, § 29 I, kn. 318; **Heinrich**, AT, § 22, kn. 686.

⁹³³ **Koca/Üzülmez**, s. 437. “Ağırlaşmış neticeye teşebbüs” terimi için bkz. **Doğan**, Neticesi Sebebiyle, s. 265.

⁹³⁴ **Heinrich**, AT, § 22, kn. 692.

⁹³⁵ **Koca/Üzülmez**, s. 437.

⁹³⁶ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 28.

⁹³⁷ **Koca/Üzülmez**, s. 437; **Artuk/Gökçen**, s. 420.

olmaktadır⁹³⁸. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüse ilişkin tartışmanın aslında bu konu için önem arz ettiği, zira bu halde teşebbüsün kabul edilmesinin artık failin Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi kapsamında teşebbüs indirimi uygulanarak cezalandırılması anlamına geleceği ifade edilmektedir⁹³⁹. Özel neticenin gerçekleşmediği bu durumda, temel suç tipinin tamamlanıp tamamlanamaması şeklinde iki olasılık ortaya çıkmaktadır. Elverişsiz teşebbüs de bu ikinci ihtimalde karşımıza çıkabilir.

Örneğin, tecavüz etmek için kaçırdığı mağduru bir süre kapalı bir yerde hapseden fail, bu sürede mağdura uyguladığı cebir nedeniyle kasten yaralamanın ağırlaşmış neticelerinin ortaya çıkabileceğini öngörmekte, hatta bunu göze almaktadır. Ancak, iktidarsız olduğu için cinsel saldırı suçunu işleyemeyen fail, mağdur üzerinde kasten yaralamanın ağırlaşmış neticelerine de sebebiyet veremez⁹⁴⁰. Kanaatimizce bu örnekte, temel suç tipi olan cinsel saldırı suçu açısından, elverişsiz bir teşebbüs söz konusudur. Zira failin başlangıçtan itibaren mevcut ve mutlak olan iktidarsızlığı, cinsel saldırı suçuna ilişkin neticeyi gerçekleştirmesini başından itibaren imkânsız kılmaktadır. Failin temel suç tipini işlerken öngördüğü veya göze aldığı kasten yaralamaya yönelik ağırlaşmış neticeler de gerçekleşmemiştir. Doktrinde cinsel saldırı suçuna ilişkin bu konuda iki görüşün bulunduğu ifade edilmelidir. Bizim görüşümüze daha yakınlık arz eden görüşe göre, iktidarsızlık mutlak surette yetersiz ise, burada elverişsiz bir teşebbüsün söz konusu olduğu, mutlak değil de nisbi ise “elverişli hareket” bulunmakla birlikte yetersiz olacağından bahisle, failin teşebbüsten sorumlu tutulması gereklidir⁹⁴¹. Karşı görüş ise, failin icra hareketlerinin kişinin vücuduna anal ya da vajinal yoldan sokulmasına yönelik icra hareketlerini iktidarsızlığı nedeniyle tamamlayamaması olarak değerlendirmekte ve burada teşebbüsü kabul etmektedir⁹⁴².

⁹³⁸ **Koca/Üzülmez**, s. 437.

⁹³⁹ **Doğan**, Neticesi Sebebiyle, s. 265.

⁹⁴⁰ **Doğan**, Neticesi Sebebiyle, s. 266. Teşebbüs hâlinde kalmış netice sebebiyle ağırlaşmanın, ağır neticeler bakımından ancak failin doğrudan kastının bulunması durumunda kabul edilebileceği görüşü için bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 438; **Demirbaş**, s. 489.

⁹⁴¹ **Dönmezer** Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, 5. Bası, İstanbul 1983, s. 66; **Nuhoğlu** Ayşe, “Türk Ceza Kanunu’nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar”, in: Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 621.

⁹⁴² **Yokuş Sevük** Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBB Dergisi, s. 57, 2005, s. 261.

Sonuç olarak kastedilmiş olandan daha ağır bir neticenin dahi ortaya çıkmadığı “netice sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüs” durumunda, objektif ölçütten hareket edildiğinde neticenin ortaya çıkıp çıkmama ihtimaline göre; subjektif ölçütte ise, sadece kastedilmiş olmasına ve bu niyetle bazı hareketlerin gerçekleştirilmiş bulunmasına bağlı olarak teşebbüs veya elverişsiz teşebbüs değerlendirmesi yapılabilecektir⁹⁴³.

2. İhmali Suçlar ve Elverişsiz Teşebbüs

a. Genel Olarak

Elverişsiz teşebbüs bakımından özellik gösteren suçun özel görünüm şekillerinden bir diğeri de *ihmali suçlardır*. Elverişsiz teşebbüsün görünüm şekillerinde failden kaynaklanan elverişsizlik bağlamında ele aldığımız konu, Alman ceza hukuku doktrininde kısmen savunulan bir görüşle birlikte, farklı bir tartışmaya dâhil olmuş durumdadır. Bu nedenle, konunun çalışmamız kapsamında ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekli görülmüştür. Bu bağlamda, öncelikle ihmali suçlara ilişkin genel bilgi verilecek, ardından konunun elverişsiz teşebbüste neden olduğu tartışmalara değinilecektir.

b. Kavramsal Çerçeve

İnsan davranışının iki temel gerçekleşme şekline (yapma ve yapmama) göre, icrai ve ihmali suçlar arasında bir ayrıma gidilmektedir. Aktif bir davranışa dayalı olarak gerçekleştirilen suçlar, icrai suçlar olarak anlaşılmaktadır. Bu nedenle, icrai suçlarda failin aktif olması ve suçu aktif bir hareketle gerçekleştirmesi gereklidir⁹⁴⁴.

Failin yapmama şeklindeki davranışı ile yani salt ihmali hareketi ile tipik neticeyi gerçekleştirdiği ihmali suçlar, icrai suçlardan tamamen farklılık arz eder. İhmali suçlar, *gerçek ihmali suçlar (echte Unterlassungsdelikte-Ommisivdelikte)* ve

⁹⁴³ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 29.

⁹⁴⁴ **Heinrich**, AT, § 8, kn. 168.

gerçek olmayan ihmali suçlar (unechte Unterlassungsdelikte-Kommissivdelikte durch Unterlassen) olarak iki farklı görünüm şekliyle ortaya çıkmaktadır⁹⁴⁵.

Gerçek ihmali suçlarda, emir içeren davranış şekli, suç tipi ile saptanmış durumdadır. Başka bir ifadeyle, belirli bir eylemin fail tarafından yapılmamasının cezalandırıldığı açıkça kanunda ifade edilmiştir. Cezalandırılabilirlik de suç tipinde yer alan emrin ihlalinden, kanuni olarak yapılması zorunlu olanın yapılmamasından kaynaklanmaktadır⁹⁴⁶. Burada, failin suçla korunan hukuki değere karşı özel bir koruma yükümlülüğünün bulunması gerekmez⁹⁴⁷.

Gerçek olmayan (görünüşte) ihmali suçlar, “*ihmal suretiyle icra suçları*”, “*ihmal benzeri suçlar*”, “*nitelikli ihmali suçlar*” veya “*garantörsel ihmali suçlar*” olarak da ifade edilmektedir. Bu halde, tipik neticeyi önleme konusunda kendisine bir yükümlülük yüklenmiş fail, bunu yerine getirme konusunda hareketsiz kalarak, ihmal suçu şeklinde “*icrai bir suç*” işlemektedir⁹⁴⁸.

Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen suçların büyük ölçüde icrai hareketlerle işlenen suçlar olduğunun belirtilmesi gereklidir. İhmali suçlara ilişkin kanunun genel hükümlerinde bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanunun suç tiplerini düzenleyen kısmında çeşitli hükümlerde hem gerçek ihmali suçlara (TCK m. 257/2, m. 279 ve m. 322 gibi) hem de gerçek olmayan ihmali suçlara (TCK m. 83, m. 88/1 ve m. 97) ilişkin düzenlemelere nadiren de olsa rastlanmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nda ise, gerçek ihmali suçlara ilişkin bazı özel hükümler (Alm. CK. m. 123/1-2. cümle, m. 138, m. 323c) yer almakla birlikte; gerçek olmayan ihmali suçlar, Kanun’un genel hükümleri arasında “*suçun ihmal suretiyle icrası*” başlığıyla 13. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

c. İhmal Suretiyle Elverişsiz Teşebbüs ve Cezalandırılabilirlik Sorunu

İhmali suçlar, mahiyeti itibarıyla icrai suçlardan önemli farklılıklara sahiptir. Nitekim, suç genel teorisinde icrai suçlara ilişkin geliştirilmiş olan temel kavramların

⁹⁴⁵ v. **Hippel**, § 30, s. 100; **Heinrich**, AT, § 8, kn. 169; **Haft**, s. 178.

⁹⁴⁶ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 19, kn. 982; **Murmann**, § 29, kn. 5, 6; **Rengier**, § 48, kn. 3; **Kindhäuser**, § 35, kn. 1; **Hauf**, s. 81; **Heinrich**, AT, § 25, kn. 858; **Haft**, s. 178; **Öztürk/Erdem**, kn. 336, s. 205.

⁹⁴⁷ **Wessels/Beulke/Satzger**, § 19, kn. 982; **Murmann**, § 29, kn. 6; **Hauf**, s. 81.

⁹⁴⁸ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 496.

çoğu, ihmali suçlar açısından kolaylıkla uygulanabilir değildir⁹⁴⁹. Bu bağlamda, ihmali suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı da Türk ceza hukuku doktrinde tartışmalı bir konuyu oluşturmaktadır⁹⁵⁰. Bununla birlikte, doktrinde hâkim görüş, gerçek ihmali suçlara teşebbüsü kabul etmezken; gerçek olmayan ihmali suçlar açısından teşebbüsü mümkün görmektedir⁹⁵¹. Türk Ceza Kanunu'nda elverişsiz teşebbüs cezalandırılabilirliğe sahip olmadığı için, ihmali suçlarda elverişsiz teşebbüs sorunu, doktrinde çok fazla tartışılan bir konu olmamıştır. Bununla birlikte, gerçek olmayan ihmali suçlar açısından, gerçek durumda tipik neticeyi önleme konusunda bir yükümlülüğü olmayan fail tarafından, bu yükümlülüğü kuran durumun veya yükümlü olduğunun var zannedilmesi durumunun bir elverişsiz teşebbüs oluşturduğu ifade edilmektedir⁹⁵².

Alman ceza hukuku doktrinde, Alman Ceza Kanunu'nda öngörülen gerçek ihmali suçlara teşebbüsün, çok nadir olarak cezalandırılabilirliği ifade edilmektedir. Failin hareketsiz kalmayı içeren suç işleme kararı, harici hareketlerle yeterince bilinebilir bir şekilde gösterilmiş olması koşuluyla bir teşebbüs olarak göz önünde bulundurulabilecektir⁹⁵³. Buna karşılık, bugün kural olarak gerçek olmayan ihmali suçlara teşebbüsün cezalandırılabilirliği konusunda şüphe bulunmamaktadır⁹⁵⁴. Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararları da bu yöndedir⁹⁵⁵. Bununla birlikte, Alman ceza hukuku öğretisinde gerçek olmayan ihmali suçlara elverişsiz teşebbüsün cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ya da bunun yaptırıma tabi tutulmasının düşünce ceza hukukuna sebebiyet verip vermeyeceği hususunda tartışmaların bulunduğu ifade edilmesi gereklidir⁹⁵⁶.

İhmal suretiyle elverişsiz teşebbüse şu olay örnek olarak verilebilir: Baba, gölde boğulma tehlikesi altında olan bir çocuğun yardım çığlıklarını duyduğunda, gölün kenarında uzanmaktadır. Boğulmak üzere olan çocuğun sevmediği oğlu olduğuna ilişkin hatalı bir tasavvur içinde olan baba, onu sorunsuz bir şekilde,

⁹⁴⁹ **Roxin**, AT II, § 31, kn. 1.

⁹⁵⁰ Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin hükümlerinin sadece icrai davranışla işlenen suçlar açısından uygulanabilir olduğu yönünde görüş için bkz. **Özgenç**, s. 508; **Koca/Üzülmez**, s. 437.

⁹⁵¹ **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s. 323; **Demirbaş**, s. 240; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s. 450; **Hakeri**, s. 522.

⁹⁵² **Hakeri**, s. 542.

⁹⁵³ **Roxin**, AT II, § 29 IV, kn. 292; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 19, kn. 1042.

⁹⁵⁴ **Roxin**, AT II, § 29 IV, kn. 376; **S/S-Eser/Bosch**, Vor. § 22, kn. 27; **LK-Hillenkamp**, § 22, kn. 100; **Kühl/Heger**, § 22, kn. 17.

⁹⁵⁵ BGHSt 7, 287, 288; BGHSt 14, 282, 284.

⁹⁵⁶ **Krey/Esser**, § 43, kn.1251.

kolaylıkla kurtarabileceğini bilmesine rağmen, ölmesini istediği için herhangi bir müdahalede bulunmaz. Bir cankurtaran tarafından son anda sudan çıkartılarak boğulmaktan kurtarılan çocuğun, başka bir çocuk olduğu anlaşılır⁹⁵⁷.

Türk Ceza Kanunu'nun aksine, Alman Ceza Kanunu'nda “*suçun ihmali suretiyle icrası*” genel hükümlerde (Alm. CK. m. 13) düzenlendiği için, özel hükümlerde yer alan hemen hemen her suç tipinin ihmali olarak işlenmesi mümkündür. Bu nedenle, burada verilecek örnekler çoğaltılabilir. Bir başka örnek olarak ise şu olay verilebilir: Bir gece samanlığında bir ışık huzmesi gören çiftçi, bunun büyük zarar verecek bir yangının başlangıcı olduğunu düşünür. Ancak yine de var zannettiği bu yangını söndürmek için (itfaiyeyi arama vb.) herhangi bir girişimde bulunmaz, çünkü iyi bir şekilde sigortalatmış olduğu samanlığının yanmasını istemektedir⁹⁵⁸. İşte bu gibi durumlarda, failin elverişsiz teşebbüs nedeniyle cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ilişkin olarak, Alman ceza hukuku öğretisinde farklı görüşler bulunmaktadır:

Rudolphi ve *Schmidhäuser* tarafından, ihmali suçlara elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının düşünce ceza hukukuna sebebiyet vereceği savunulmakta ve bu durumların cezalandırılabilirliği kabul edilmemektedir. Görüşe göre, objektif olarak hiçbir tehlike tehdidi bulundurmeyen ve failin suçla korunan hukuki değeri ihlal etmeye yönelik bir hareketinin de söz konusu olmadığı bu durumda, cezalandırılabilirliğin tek gerekçesi olarak *failin suç işleme kararındaki kötü düşüncesi* kalmaktadır. Fail tarafından, hatalı olarak tehlikeli bir durumun veya kurtarma imkânının tasavvur edilmesi halinde, failin kötü düşüncesi, asla tek başına haksızlığa ve teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilirliğe sebebiyet veremeyecektir⁹⁵⁹.

Alman ceza hukuku öğretisinde baskın görüş ise, ihmali suçlarda elverişsiz teşebbüsün, genel kurallar uyarınca cezalandırılabilir olduğunu savunmaktadır⁹⁶⁰. İhmali suçlarda elverişsiz teşebbüsün cezasızlığını ileri süren yukarıda ifade ettiğimiz

⁹⁵⁷ **Krey/Esser**, § 43, kn. 1251.

⁹⁵⁸ **Rudolphi** Hans-Joachim, “Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikttes”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 21. Jahrg., Heft 1/ 1967, S. 1, s. 2.

⁹⁵⁹ **Rudolphi**, s. 3; **Schmidhäuser**, § 15, kn. 64; **Niepoth** Burkhard F., “Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt-zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. September 1992 (BGHSt 38, 356)”, *JA* 1994, Heft 9, s. 338. Failden kaynaklanan elverişsizlik teşkil eden durumun, Alm. CK. m. 23/3'te faile yer verilmemesi nedeniyle cezasız olduğu yönünde bkz. **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 60.

⁹⁶⁰ BGHSt 38, 356 (358), NStZ 2000, 414 (415); **Krey/Esser**, § 43, kn. 1251; **Roxin**, AT II, § 29 IV, kn. 377; **Putzke** Holm, “Der strafbare Versuch”, *JuS* 2009 (Teil 3), s. 1084; **Kühl/Heger**, § 22, kn. 17; **Heinrich**, AT, § 25, kn. 876; **Fischer**, § 22, kn. 40.

görüşün argümanını ikna edici bulmayan *Roxin*'e göre, burada icrai olarak gerçekleştirilen bir elverişsiz teşebbüsten farklı düşünülmesi anlamsızdır⁹⁶¹. Zira, *ex post* olarak herhangi bir hukuki değer ihlalinin söz konusu olmadığı her iki durumda da fail, varlığı cezalandırılabilir olacak durumları hatalı olarak tasavvur etmektedir⁹⁶². Ayrıca, ihmal suretiyle gerçekleştirilen elverişsiz bir teşebbüs, makul üçüncü bir kişinin değerlendirmesi uyarınca bir harekete geçme gerekliliğinin kabul edilmesi halinde, icrai olarak gerçekleştirilen elverişsiz bir teşebbüsle aynı derece *ex ante* tehlikeli olmaktadır⁹⁶³. Bu görüş doğrultusunda, çocuğuyla birlikte denize girmeye giden bir baba, çocuğunun hayati tehlike altında olduğu ve acilen kendisinin yardımına ihtiyaç duyduğu konusunda inanmaya değer ölçüde bilgilenmiş durumda ise- daha sonrasında bu bilgisinin kişilerin karıştırılmasından kaynaklandığı ortaya çıksa bile, hareketsiz kalması tehlikelidir ve cezayı gerektirmektedir. *Roxin*, burada bir düşünce ceza hukuku sorunu olmadığını, hatta babanın böyle endişe verici bir durumda müdahale etmeyi reddetmesinin, ihmali hareketle gerçekleştirilen bir teşebbüs oluşturduğunu savunmaktadır. Bununla birlikte, makul üçüncü kişinin gözünden başından itibaren tehlikesiz olduğu idrak edilebilecek ihmal durumlarının, bu durumdan ayrı tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bu duruma örnek olarak ise, tehlike altında olduğu zannedilen çocuğun kumsalda oyun oynadığının açık bir şekilde görülüyor olmasını veren *Roxin*, bu durumun da Alman Ceza Kanunu'ndaki mevcut düzenleme uyarınca cezalandırılabilir olduğunu belirtmektedir. Ancak, tehlikeli olmayan ihmali hareketle gerçekleştirilen teşebbüs, dış delillerinin bulunmaması nedeniyle nadiren ispat edilebileceği için, bu durum pratik olarak bir anlam ifade etmeyecektir⁹⁶⁴.

⁹⁶¹ **Roxin**, AT II, § 29 IV, kn. 377.

⁹⁶² **Krey/Esser**, § 43, kn. 1251.

⁹⁶³ **Roxin**, AT II, § 29 IV, kn. 377. İhmal suretiyle gerçekleştirilen elverişsiz teşebbüsün, boş bir odanın kapısını, içeride biri olduğu inancıyla kapatan kişinin durumundan daha az tehlikeli olmadığı ifade edilmektedir. İcrai hareketle gerçekleştirilen, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna (§ 239 I-II) elverişsiz bir teşebbüs teşkil eden bu durum, Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesi gereği cezalandırılmaktadır (**Putzke**, s. 1084).

⁹⁶⁴ **Roxin**, AT II, § 29 IV, kn. 377.

F. Kabahate Elverişsiz Teşebbüsün Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

1. Genel Olarak

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçlar, karşılık olarak öngörülen yaptırımların ağırlıkları göz önünde bulundurularak, cürüm ve kabahat şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktaydı. Bu çerçevede, cürüm karşılığı olarak ağır hapis, hapis, ağır para cezası ve kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası öngörülürken; kabahatler için hafif hapis, hafif para cezası ve bir meslek ve sanatın tatili cezasına yer verilmekteydi. Suç kavramına ilişkin olarak yapılan cürüm-kabahat ayırımına son veren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, cezaların bu ayrıma göre belirlenmesini de ortadan kaldırmış durumdadır. Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin getirisi olan bu durum, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabahat olarak düzenlenen fiillerin, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun kapsamına alınmasını sonuçlamıştır.

Suçların ağırlıkları doğrultusunda üçlü bir ayırım öngören sistemler de söz konusudur. Alman hukukunda geçmiş dönemde mevcut olan *cürüm*, *cünha* ve *kabahat* şeklindeki üçlü ayırım terkedilmiştir⁹⁶⁵. 1968 yılında *Düzene Aykırılıklar Kanunu'nun (Ordnungswidrigkeitengesetz)* kabul edilmesiyle düzene aykırılık teşkil eden fiiller bu yasada toplanmış, Alman Ceza Kanunu'nda cürüm ve cünha ayırımı şeklinde ikili bir ayırım tercih edilmiştir⁹⁶⁶.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde kabahat, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık şeklinde tanımlanmıştır. Bununla paralellik arz eden bir tanımı, Alman hukukunda da görmek mümkündür. Buna göre kabahat, hapis cezası yerine idari para cezası veya diğer bir idari yaptırımla karşılanan haksızlık olarak tanımlanmıştır⁹⁶⁷.

Cürüm ve kabahat arasında bir nitelik farkı bulunduğunun ifade edilmesi zordur. Ceza hukuku politikasına ilişkin nedenlerle bir eylemi cürüm veya kabahat olarak belirleyebilecek olan kanunkoyucunun, daha sonra bir cürümü kabahat veya bir kabahati de cürüm olarak düzenleyebilmesi mümkündür. Bu nedenle, cürüm ile

⁹⁶⁵ Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 229.

⁹⁶⁶ Jescheck/Weigend, § 7 IV, s. 55.

⁹⁶⁷ Jescheck/Weigend, § 7 V, s. 58; Kindhäuser, § 1, kn. 1.

kabahat arasında nitelik farkının değil, nicelik farkının bulunduğu ifade edilmektedir⁹⁶⁸.

2. Kabahate Elverişsiz Teşebbüs Sorunu

Kanunlar bazı ceza hukuku politikası nedenleriyle, sadece suça teşebbüsü cezalandırmaktadırlar⁹⁶⁹. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 9. maddesinde, kabahatlerin kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebileceği düzenlenmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 13. maddesinde ise, teşebbüsün cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan hâller saklı kalmak kaydıyla, kabahate teşebbüsün cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede, istisnalar saklı kalmak kaydıyla kabahate teşebbüs, hukuk sistemimizde kabul edilmemektedir. İstisna olarak belirtilen durumlarda da sadece *kasten* işlenen kabahatler bakımından teşebbüsün mümkün olduğunun ifade edilmesi gereklidir⁹⁷⁰.

Elverişsiz teşebbüs açısından bakıldığında, istisnalar için, yani kabahate teşebbüsün cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan hâllerde, kasten işlenen kabahatler için, Kabahatler Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi gereği, Türk Ceza Kanunu'nun suça teşebbüse ilişkin hükümleri uygulanacağından, kabahate elverişsiz teşebbüsün idari bir yaptırıma tabi tutulması mümkün olmayacaktır.

Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu'na bakıldığında ise, yine kabahatlerde teşebbüse ilişkin olarak 13. maddede bir düzenlemeye gidildiği görülür. Düzenlemenin 1. fıkrası kabahate teşebbüsün tanımını yapmaktadır. Buna göre, "*her kim harekete ilişkin kendi tasavvuruna göre, kabahat tipini gerçekleştirmek için doğrudan doğruya icraya başlarsa, kabahate teşebbüs etmiş sayılır.*" 2. fıkrasında ise bir kabahate teşebbüsün, ancak kanunda açıkça belirtildiği takdirde cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Öncelikle, Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu'ndaki düzenleme uyarınca, kabahate elverişsiz bir teşebbüsün mümkün olduğu söylenebilir. Zira düzenleme, Alman Ceza Kanunu'nda suça teşebbüse ilişkin

⁹⁶⁸ **Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 58, s. 60; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 229; **Hakeri**, s. 64-65.

⁹⁶⁹ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 25.

⁹⁷⁰ Doktrinde böyle bir durumda, teşebbüste suç işleme kastı ile elverişli harekette bulunma koşullarının belirlenmesindeki zorluk nedeniyle, teşebbüsün varlığının ispatının da zor olacağı ifade edilmektedir (**Dönmezer/Erman**, C. II, kn. 59, s. 63).

getirilen düzenleme ile paralellik arz etmektedir. Ancak buradaki farkı, kabahate teşebbüsün kabul edilmesi için, bunun ilgili kanunda açıkça belirtilmesi gerekliliği oluşturmaktadır.

*Karara*⁹⁷¹ konu olan olayın esası şu şekildedir⁹⁷²:

“26.05.2011 günü gece 12:55 sularında, XXXX plakalı Mercedes aracı ile X caddesinden geçmekte olan ilgili kişi, caddede Q’yu koşarken görür. Onun bir metre kadar arkasından da L koşmaktadır. Q ve L, o sırada resmi olarak devriye gezen görevlilerdir. İlgili kişi, arabası ile Q’nun yolunu keser ve ardından aracının yolcu tarafındaki camını açıp, Q’ya “*ne yersin?*” diye sorar. Soru üzerine şaşırın Q, kişiye bu sözü ile ne demek istediğini sert bir ses tonuyla sorar ve kendisinin ve arkadaşının bölgede devriye gezen zabıtalardan olduğunu söyler. Daha sonra şikâyet üzerine yapılan soruşturmada, kişinin Q’yu evini kiralamak isteyen fuhuş yapan Bulgar bir kadın ile karıştırdığı anlaşılır.”

Yerel Mahkeme, burada idari kabahat teşkil eden bir fiilin söz konusu olduğuna karar verir. Bunun hukuken savunulamayacağını ifade eden *Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi*, kararında şu tespitte bulunmuştur:

“*Yerel Mahkeme bulgularına göre; ilgili kişi tarafından muhatap alınan Q, Kamu Güvenliği ve Düzeninin Korunmasına İlişkin Yönetmelik’in § 6a. maddesinin gerektirdiği gibi fuhuş yapan biri değildir, aksine Dortmund şehrinde görev yapmakta olan bir zabıtabir. Bu nedenle, olayda Kamu Güvenliği ve Düzeninin Korunmasına İlişkin Yönetmelik’in § 22 (1) no. 17 maddesi uyarınca (tamamlanmış) bir idari bir kabahat işlenmemiştir. Burada kişinin eylemi açısından, sadece (elverişsiz) teşebbüs düşünülebilir. Bununla birlikte, bir idari kabahate teşebbüs Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu’nun 13. maddesinin 2. fıkrası (§ 13 Abs. 2 OWiG) uyarınca “ancak ilgili kanunda açıkça belirtildiği takdirde” cezalandırılabilir, mevcut durumda bu söz konusu değildir. Dortmund şehrinde kabul edilmiş, Kamu Güvenliği ve Düzeninin Korunmasına İlişkin Yönetmelik’te söz konusu kabahate teşebbüsün mümkün olduğu düzenlenmemiştir. Bu nedenlerle, ilgili kişinin beraatine karar verilmiştir.”*

⁹⁷¹ Oberlandesgericht Hamm Beschl. (1.Senat für Bußgeldsachen) v. 07.02.2012- III- 1 RBs 200/11.

⁹⁷² http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2012/III_1_RB_s_200_11beschluss20120207.html. (Erişim Tarihi:10.05.2018).

Almanya’da karara konu olan olaydan da anlaşıldığı üzere, kabahatin maddi unsurlarından kaynaklı bir elverişsizlik, kasten işlenen bir kabahat açısından elverişsiz teşebbüse vücut verebilir. Nitekim doktrinde, kabahatlerin suçlar gibi bir zarar veya tehlike neticesine sebebiyet vermesinin olası olduğu ve kabahatlerde neticenin gerçekleşmesine yönelik irade unsurunun tamamen ortadan kalkmamış olduğu ifade edilmektedir⁹⁷³.



⁹⁷³ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 25.

SONUÇ

Çalışmamızda ulaştığımız sonuçların genel olarak üç temel başlık altında toplanması mümkündür. Bu çerçevede öncelikle, elverişsiz teşebbüs terimine ve tanımına, elverişsiz teşebbüsün hukuki niteliğine ve temel koşullarına ilişkin değerlendirmelerimiz üzerinde durulacaktır. Ardından çalışma konumuzun ağırlık noktasını oluşturan elverişsiz teşebbüs kurumunun cezalandırılabilirlik sorununa ve mevcut hâliyle Türk Ceza Kanunu'nda yer almayan kuruma yönelik kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı sorununa ilişkin vardığımız sonuçlar ele alınacaktır. Son olarak konuya ilişkin sorun arz eden diğer hususlara ilişkin değerlendirmelerimize yer verilecektir.

Bu kapsamda çalışmamızda ulaştığımız sonuçlar şu şekildedir:

I. Terim olarak, konuyu en iyi ifade ettiği düşüncesiyle *elverişsiz teşebbüs* terimini kullanmayı uygun bulduk. Elverişsiz teşebbüs terimi, konunun elverişli bir teşebbüsten ayrımındaki en önemli argüman olan elverişsizliğe vurgu yaparak, konunun farkını ortaya koyması açısından önemlidir. Yine karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere bakıldığında, elverişsiz teşebbüsün teşebbüs konusu içinde değerlendirilmesi, konunun teşebbüs kurumundan ayrı düşünülmemeyeceğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, çalışmamızda hem elverişsizlik kavramını hem de teşebbüs kavramını içinde bulunduran bir terim olarak elverişsiz teşebbüsü tercih etmiş bulunmaktayız.

Kavrama ilişkin verilen *tanım*, teşebbüsün elverişli veya elverişsiz olduğuna yönelik yapılacak bir tespitte yardımcı olmakla birlikte, kanaatimizce söz konusu ayrımın yapılması, doğrudan teşebbüse ilişkin mevcut kanuni düzenlemenin mahiyetiyle ilgili olmaktadır. Bu çerçevede verilen tanımdan ziyade, kanunda teşebbüs konusunda iki ana eğilimi (sübjektif-objektif) ifade eden yaklaşımlardan hangisinin kabul edildiği bu noktada belirleyici olmak durumundadır. Bununla birlikte elverişsiz teşebbüs, *“suç işleme kararının icrası doğrultusunda gerçekleştirdiği hareketinin başlangıçtan itibaren objektif olarak başarısızlığa mahkûm olduğu bir durumda, failin, suçun maddi unsurlarını oluşturan bir duruma ilişkin yanlış sübjektif tasavvuru sebebiyle, tipik neticeyi meydana getirebileceğini düşünmesi”* olarak tanımlanabilir.

Hukuki nitelik açısından bakıldığında, kanaatimizce en makul çözümü elverişsiz teşebbüs ile hata arasında kurulan ilişki vermektedir. Tipiklik hatası, fiilin icrası sırasında suç tipinin unsurunu oluşturan ve objektif olarak mevcut bir durumun fail tarafından bilinmemesidir. Ters tipiklik hatası ise, kastın kapsamına dâhil olan, dolayısıyla suç tipinin unsurunu oluşturan ve ancak somut olayda objektif olarak bulunmayan bir durumun fail tarafından var zannedilmesidir. Ters tipiklik hatasına ilişkin verilen bu tanımın, elverişsiz teşebbüs durumuyla örtüştüğü görülmektedir. Zira failin üzerinde hatalı olduğu, somut olayda mevcut zannettiği ancak başlangıçtan itibaren eksik olan durumlara bağlı olması nedeniyle, elverişsiz teşebbüs her zaman bir hata durumunu gerektirmektedir. Bu çerçevede, elverişsiz teşebbüs failinin bir *ters tipiklik hatası* içinde olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte, buradan elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğine kadar ulaşan ve tipiklik hatasına uygulanan her sonucun tersinin mutlak biçimde elverişsiz teşebbüs için de geçerli olduğu şeklinde bir sonuca varılmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira bir kurumun teşebbüs olarak nitelendirilmesinde ve cezalandırılma sebebinde farklı mülahazalar rol oynamaktadır.

Kurumun ters tipiklik hatası olarak nitelendirilmesinin failin kastını ortadan kaldırdığı şeklindeki görüşe de katılmıyoruz. Aksine kurulan bu ters ilişkiyle, kastı kaldıran tipiklik hatasının karşısında, failin kastını ortaya koyan bir ters tipiklik hatası bulunmaktadır. Burada uygulanan yorum kuralı tersine sonuç çıkarmadır ve ulaşılabilecek sonuç da tipiklik hatasına bağlanan sonucun tersi olmak durumundadır. Dolayısıyla, elverişsiz teşebbüs durumunda failin kastının kalkmadığı hususunda şüphe yoktur. Bu çerçevede, Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesindeki "*işlemeyi kastettiği*" ibaresinin, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğine bir engel oluşturmadığı düşüncesindeyiz. Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi açısından elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğine engel oluşturan, "*elverişli hareket*" ibaresidir.

Elverişsiz teşebbüsün koşullarına ilişkin olarak ise, subjektif koşul olarak suç işleme kararının varlığı, objektif koşul olarak ise, somut olayın şartlarına göre elverişsiz hareketlerle suç işleme kararının icrasına başlanılmış olmasını esas almış bulunmaktayız.

Suç işleme kararı olarak ifade ettiğimiz kavram, çoğunlukla kastı karşılamakla ve onunla eşit tutulmakla birlikte, suç tipinde kast dışında ayrı bir subjektif unsura yer verildiği durumlarda bu unsuru da içine alarak daha kapsayıcı olmaktadır. Bu nedenle kasttan farklı olarak, suç işleme kararının elverişsiz teşebbüsün subjektif koşulunu oluşturduğunu düşünmekteyiz.

Objektif koşula yönelik tercihimizde ise, kanunumuzun bir suçun icrasına başlanması için benimsediği objektif ölçüt belirleyici olmuştur. Maddi objektif teori çerçevesinde, icraya başlama kavramı, işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunan hareketlerin yapılmasını ifade etmektedir. Bununla birlikte, kusura dayalı ceza hukuku anlayışında failin kusuru da tümünden dışarıda bırakılamayacaktır. Bu çerçevede, failin işlemeye karar verdiği suçun (kastının) tespit edilmesinin ardından, maddi objektif teori çerçevesinde bir değerlendirme yapılması kanaatindeyiz. Konu, elverişsiz teşebbüste icra hareketlerine başlanılmış olup olmadığı noktasında önem arz etmektedir. Elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumların büyük çoğunluğunda failin kastettiği suçun icrasına başlamış olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle, daha kapsayıcı bir kavram olarak suç işleme kararının icrasına başlanması tercih edilmiştir.

Objektif koşula yönelik tercihimize ilişkin ikinci olarak ifade edilmesi gereken, elverişsiz hareket kavramını, teşebbüsün elverişsizliğine sebebiyet veren tüm durumları içine alan üst bir kavram olarak değerlendirmekte olduğumuzdur. Bu nedenle çalışmamızda, elverişsiz teşebbüsün koşulları olarak hareketin elverişsizliği ve suç konusunun yokluğu şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir. Dolayısıyla, normal teşebbüs durumunda elverişli hareketin bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılırken nasıl suçun konusunun elverişliliğine bakılıyorsa, elverişsiz hareket için de aynısının geçerli olması gerektiği düşüncesindeyiz. Suçun konusunu, somut olayda hareketi mutlak veya nisbi olarak elverişsiz kılan suçun maddi unsurunu oluşturan bir durum olarak değerlendirmekteyiz.

II. Elverişsiz teşebbüs kurumuna ilişkin bir çalışmada üzerine bir şeyler söylenmesi gereken en önemli konuyu şüphesiz cezalandırılabilirlik sorunu oluşturmaktadır. Cezalandırılabilirlik sorununun doğrudan teşebbüs konusunda benimsenen yaklaşımla paralel olarak farklı sistemlerde farklı şekilde değerlendirildiğini görmekteyiz. Bu konuda karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, iki

farklı anlayıştan söz edebilmek mümkündür. Bu çerçevede ülkemiz ve İtalya gibi teşebbüs konusunda objektif anlayışı benimseyen sistemlerde elverişsiz teşebbüs için ceza yaptırımını öngörülmemektedir. Bununla birlikte, İtalya, söz konusu fiiller için güvenlik tedbiri uygulanması hususunda hâkime takdir yetkisi vermektedir. Objektif sistemlerin karşısında yer alan sübjektivist bir anlayışı izleyen Almanya ve İsviçre gibi ülkelerde ise, elverişsiz teşebbüs ceza yaptırımına tabi tutulmaktadır. Kanaatimizce, burada önemli olan izlenen bu farklı yaklaşımın temelini neyin oluşturduğudur. Failin suça ilişkin tasavvurunu, dolayısıyla aslında teşebbüsün manevî unsurunu öne çıkarmış olan Alman Ceza Kanunu'nun genel olarak tüm düzenlemelerinde failin amacını esas alan bir yol izlediği görülmektedir. Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında, genel geçerli bir hareket teorisinin bulunmadığı görülmektedir. Bir ülkenin ceza hukuku sisteminde kabul ettiği hareket teorisine ilişkin bir sonuca ulaşmada, yol gösterici olabilecek temel ölçüt teşebbüse ilişkin getirdiği düzenlemelerdir. Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüs düzenlemesinin *neticeye bağlı olan bir hareket teorisi* esasında oluşturulduğu görülmektedir. Bununla birlikte, kanun bazı düzenlemelerinde aksi bir tutum izleyerek *failin yöneldiği amacı* göz önünde bulundurmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrası bu noktada verilebilecek karşıt örneği oluşturmaktadır. Zira burada kanunkoyucu, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşullarının gerçekleştiği hususunda hataya ilişkin olarak failin yöneldiği amacı dikkate almış durumdadır. Bu çerçevede getirilebilecek eleştiri, Türk Ceza Kanunu'nun bir suç teorisi oluşturma çabasının bulunmadığıdır. Zira farklı kurumlara yönelik farklı tercihlerde bulunan kanun, bu durumu kanıtlar niteliktedir.

Elverişsiz teşebbüs açısından bakıldığında hem objektif sistemlerin hem de sübjektif sistemlerin cezalandırmak istediği ortak bir alanın bulunduğu söylenebilir. Objektif sistemde, katı bir objektivist bakış açısıyla yaklaşıldığında aslında elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumlardan bazıları, nisbi bir elverişlilik taşıdığı yorumuyla, elverişli hareketi bir koşul olarak öngören teşebbüs düzenlemesinin içine dâhil edilerek cezalandırılmaktadır. Zira söz konusu fiiller, ceza hukukunun kayıtsız kalmaması gereken bir haksızlık içeriği taşımaktadır. Aksi durumda cezasız alanda kalması gereken durumlar, ceza adaletinin sağlanmasında sorun teşkil edecektir. Bu durumların, *katı-saf objektivist anlayıştan zorunlu bir sapma* teşkil ettiği ifade

edilmelidir. Bu çerçevede, objektif sistemlerde (benzer şekilde İtalya) elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımının yapılması sorun oluşturmaktadır. Hatta geçmişte veya günümüzde aynı duruma ilişkin elverişli veya elverişsiz olduğu yönünde farklı değerlendirmelerde bulunulduğu dahi görülmektedir. Elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımına ilişkin rasyonel bir ölçütün belirlenmesi imkânsızdır. Sübjektif/sübjektif ağırlıklı sistemler açısından böyle bir ayrımın yapılmak zorunda olmaması, bir artıdır. Bununla birlikte sübjektif anlayış, aşırı genişleyen bir cezalandırılabilirlik alanına sebebiyet vermektedir. Bu alan, getirilen düzenlemelerle sınırlandırılmaya çalışılmaktadır. Örneğin; Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında bir sınırlandırma yapılmaya çalışılmış, ancak başarılı olunamamıştır. Bu başarısızlığı, batıl inanca dayalı teşebbüs durumlarının da söz konusu düzenleme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşlerden anlamaktayız. Zira ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs- gerçek dışı (batıl inanca dayalı) teşebbüs ayrımı muğlaktır. İsviçre Ceza Kanunu (m. 22/2) ise, ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüsü tamamen cezalandırılabilirlik alanının dışında bırakarak, bu durumda da kural olarak cezalandırılabilirlik öngören Alman Ceza Kanunu'na göre daha makul bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla, her iki anlayışın kendi açısından olumlu ve olumsuz yanları söz konusudur. Bu bağlamda, sübjektif bir sistemin elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımını gerektirmemesi, daha doğru olduğu anlamına gelmemektedir.

Alman ceza hukuku doktrindeki güncel tartışmalar göz önünde bulundurulduğunda henüz elverişsiz teşebbüs teşkil eden her durumun cezalandırılması gerektiği konusunda ortak bir paydada buluşulmuş olduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla, elverişsiz teşebbüs konusunda henüz son söz ne hukukumuzda ne de karşılaştırmalı hukukta söylenmiştir. Bu çerçevede, tartışmalar içeren cezalandırılabilirlik sorunu hakkındaki düşüncemiz, İtalyan Ceza Kanunu gibi orta bir yolun tercih edilmesidir. Elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumların, bünyesinde bir hareket haksızlığı bulundurduğu noktasında şüphe bulunmamaktadır. Zira elverişsiz teşebbüs faili, hukuka aykırı bir sonuca sebebiyet vermek üzere harekete geçmekte ve bunu somut fiili ile ortaya koymuş bulunmaktadır. Yine elverişsiz teşebbüs durumlarının, salt niyet haksızlığından ibaret olmadığı, hukuk düzenini sarsıcı etki şeklinde sınırlı da olsa bir olgu değersizliği-haksızlığı içerdiği

ifade edilmektedir. Elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumlarda zarar veya tehlike şeklinde bir neticenin ortaya çıkmaması, bizi burada ceza hukuku müdahalesinin gerekmediği sonucuna ulaştırmayacaktır. Zira elverişsiz teşebbüs faili, somut fiiliyle normun geçerliliğini reddeden, norma riayetsizlikte bulunan ve toplum için tehlikelilik arz eden bir faildir. Bugün elverişsiz suç konusu üzerinde veya elverişsiz araçlarla gerçekleştirdiği fiilini, gelecekte elverişli bir suç konusu üzerinde veya elverişli araçlarla gerçekleştirebilecek fail, bir defa riayetsizlik gösterdiği norma tekrar riayetsizlik göstermekte bir sakınca görmeyecektir. Elverişsiz teşebbüs durumunda ceza hukukunun müdahalesinin kabul edilmesinde, artık failin fiiliyle ortaya çıkan neticeden farklı faktörler rol oynamaktadır. Bu çerçevede, ceza hukukunun kayıtsız kalmaması gereken durumda kanunumuz için önerimiz, ***güvenlik tedbiri uygulanması hususunda hâkime takdir yetkisinin tanınmasıdır.***

Görüşümüz kapsamında, elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımı zorluğuna rağmen mevcudiyetini koruyacaktır. Bu ayrımın yapılmasında ise, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirlik sorunu noktasında görüş bildiren objektif teorilerden herhangi birinin tüm argümanlarının kabulüyle sonuca ulaşılamadığını görmekteyiz. Objektif teori, elverişlilik/elverişsizlik konusunda somut olay değerlendirmesi yapmaması, soyut elverişlilikten yola çıkmasıyla bazı durumlar açısından sorun arz ederken; somut tehlike teorisi, suçun neticesinin hiçbir şekilde gerçekleşmeyecek olduğu bazı durumlarda *ex-ante* belirlediği tehlikelilik dolayısıyla elverişli bir teşebbüsün bulunduğu sonucuna ulaştırması nedeniyle problemlidir.

Bu çerçevede, aslında tek bir teoriye bağlı olmayan ancak objektif teoriye kısmen yakın olduğu ifade edilebilecek görüşümüz çerçevesinde, hem suçun maddi konusundan kaynaklanan elverişsizlikte hem de suçta kullanılan araçlardan kaynaklanan elverişsizlikte ortaya çıkabilecek olan *mutlak-nisbi elverişsizlik ayrımının* yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Elverişsiz teşebbüse mahiyetini veren *ex-ante* olarak suçun maddi unsurlarını oluşturan bir durumdan kaynaklı bir elverişsizliğin mevcudiyeti olsa da, teşebbüs konusunda objektif anlayışı benimseyen, dolayısıyla *neticenin haksızlığını* esas alan kanunumuz açısından, failin fiiliyle herhangi bir tehlikeye sebebiyet verip vermediğinin *ex-post* olarak, yani hareket gerçekleştirildikten sonra ortaya çıkan duruma göre belirlenmesinin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, mutlak-nisbi elverişsiz teşebbüs

şeklinde bir ayırım yapılırken, somut olayın göz ardı edilemeyeceği açıktır. Bu nedenle, suçta kullanılan aracın elverişliliğine veya elverişsizliğine yönelik yapılacak belirlemede, aracın somut olaydaki elverişliliğinin veya elverişsizliğinin göz önünde bulundurulması bir gerekliliktir. Dolayısıyla aracın mutlak elverişsizliği, bazen doğrudan kategorize edilebilse de çoğu durumda somut olay değerlendirmesini gerektirmektedir. Suçun maddi konusundan kaynaklanan elverişsizlikte ise, suçun maddi konusunun mevcut olup olmadığı, *failin fiilini gerçekleştirdiği an* esas alınarak belirlenmelidir. Bu ana göre, suç konusunun geçici veya tesadüfi yokluğundan söz ediliyorsa, elverişli bir teşebbüsün gerçekleştiği kabul edilecek; aksi durumda, yani suçun konusunun mutlak yokluğu hâllerinde, elverişsiz bir teşebbüs söz konusu olacaktır.

Bu doğrultuda yapılacak ayırım çerçevesinde, mutlak elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumların, Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi içinde ayrı bir fıkra olarak düzenlenmesi gerektiği ve tehlikeli fail için güvenlik tedbiri öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Burada, takdir hâkime bırakılmalı ve somut olay çerçevesinde fail açısından bir güvenlik tedbirinin uygulanmasının gerekli olup olmadığı veya uygulanacak ise bu tedbirin ve süresinin ne olacağı belirlemesini hâkim yapmalıdır. Konuya ilişkin getirilecek düzenlemede, Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinde kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak öngörülen tedbirlerden esinlenebileceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte düzenlemedeki adli para cezası, ceza niteliğini haiz olduğu için; zarar tazminine yönelik tedbir ise, mahiyeti itibarıyla zarar oluşturmeyen elverişsiz teşebbüste düşünülmemeyeceği için dışarıda kalacaktır.

Teşebbüse ilişkin düzenlemeden “*elverişli hareket*” kavramının tamamen çıkarılmasının ise, doğru bir yaklaşım olmayacağını düşünüyoruz. Zira böyle bir durumda, objektif ölçüt olarak elimizde tek kalacak olan doğrudan doğruya icraya başlama olacaktır ve bu koşulda ortaya çıkacak olan cezalandırılabilirliği sınırlama sorununun mevcut durumdaki sorunlardan daha zorlu olacağını düşünmekteyiz. Bununla birlikte, teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilirlik sınırını belirleyen “*elverişli hareket*” kavramının, elverişli-elverişsiz teşebbüs ayırımında teklik sağlanabilmesi adına madde metni içinde açıklığa kavuşturulması gerektiği kanaatindeyiz.

III. Son olarak elverişsiz teşebbüs kurumunda sorun arz eden diğer noktalara ilişkin olarak değerlendirmelerimize yer vermek gerekirse;

Elverişsiz teşebbüs-mefruz suç ayırımına ilişkin değerlendirmelerimize geçmeden önce, Türk ceza hukuku doktrinde *farzedilen-varsayılan suç, sözde suç, varsayımsal suç ve benzeri* terimlerle ele alınan konu için, çalışmamızda **mefruz suç** terimini tercih etmiş olduğumuzu ifade etmeliyiz. Bunun nedeni, mefruz suç teriminin temelde failin hatalı varsayımına, faraziyesine dayalı olarak ortaya çıkan durumu daha iyi ifade etmesi ve kuruma ilişkin Alman ceza hukuku doktrinde kullanılan “*Putativdelikt*” ve “*Wahndelikt*” terimlerini daha iyi karşılıyor olmasıdır.

Alman ceza hukuku öğretisinde elverişsiz teşebbüs-mefruz suç ayırımının yapılmasında kullanılan *aksi ile kanıt teorisinin* veya başka bir ifadeyle *tersine sonuç çıkarma yolunun* bazı noktalarda eleştirilere maruz kalsa da genellikle işlevsel olduğunu düşünmekteyiz. Bu çerçevede bir ters tipiklik hatası teşkil eden elverişsiz teşebbüsün karşısında, bir ters haksızlık yanılığı (yasaklılık hatası) görünümünde ortaya çıkan mefruz suç yer almaktadır. Mefruz suça sebebiyet veren ve modern ceza hukuku anlayışında cezasız olduğu konusunda uzlaşa içinde bulunan durumlarla elverişsiz teşebbüs teşkil eden durumların birbirinden ayırımının net bir şekilde yapılması, kanunlarında elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini kabul etmiş ülkeler için büyük önem arz etmektedir. Ülkemiz açısından da getirilecek bir kanuni düzenleme ile elverişsiz teşebbüsün bir ceza hukuku yaptırımına tabi tutulması hâlinde, bu ayırım önem kazanacaktır. Bu çerçevede, öncelikli olarak, konuyu Türk ceza hukuku doktrinde genellikle kabul görmüş hâlden daha geniş kapsamlı değerlendirdiğimizin ifade edilmesi gereklidir. Zira, Türk ceza hukuku doktrinde genellikle mefruz suç, kişinin kanunda suç sayılmayan fiili suç sayıldığı düşüncesiyle işlemesi olarak tanımlanmakta ve kanuni düzenlemenin bulunmaması mefruz suçun mutlak bir şartı olarak kabul edilmektedir. Mefruz suç durumunda fail, gerçekte izin verilmiş eyleminin, bir ceza normunu karşıladığını varsaymakla birlikte, söz konusu ceza normu ya sadece failin tahayyülünde bulunmakta ya da fail mevcut bir ceza normunun kapsamını kendi aleyhine aşırı genişletmektedir. Bu bağlamda, kanaatimizce mefruz suçu ifade ederken, mutlak anlamda bir kanuni düzenlemenin yokluğundan hareket etmek yeterli olmayacaktır. Keza mefruz suçun elverişsiz teşebbüsle ayırımında asıl sorunu oluşturan ikinci görünüm şekli, mevcut bir ceza

normuna dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Yine cezalandırılabilirliğin yanlış varsayımı da mefruz suç içinde değerlendirilince konunun kapsamının, Türk ceza hukukunu doktrinde kabul edilenden ne denli geniş olduğu açığa çıkmaktadır. Bu çerçevede, şu durumlar mefruz suç teşkil etmekte ve cezasızlık sonucu doğurmaktadır: *Mevcut olmayan suç tipinin fail tarafından varsayılması, failin yanlış hukuki değerlendirmesi ile mevcut ceza normunun sınırlarının aleyhe genişletilmesi, izin normunun hukuki varlığının bilinmemesi veya hukuki kapsamının yanlış yorumlanması ve cezalandırmaya engel olan suç politikası kurallarının failce yanlış yorumlanması*. Bu çerçevede, mefruz suç hem tipiklik düzeyinde hem de tipiklik dışı ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu durumların cezasızlığı hukukumuzda da kabul edilmekle birlikte, kanaatimizce hukuki niteliklerinin mefruz suç olduğunun ortaya konması önemlidir.

Mefruz suç-elverişsiz teşebbüs ayrımında zorluk gösteren bir diğer husus ise, *suçun normatif unsurlarına ilişkin olarak* ortaya çıkmaktadır. Bu noktada önalın hatası gibi bir ayrım yapmaksızın, normatif unsurlara ilişkin “*uzman olmayan kişilerce yapılan koşut değerlendirme*” ölçütü ile çözüme ulaşılabileceği düşüncesindeyiz. Normatif unsurlarda failin kastından söz edilebilmesi için, maddi vakıa bilgisi tek başına yeterli değildir, ayrıca ilgili unsura yönelik uzman olmayan kişilerin yaptığı değerlendirmeye paralel şekilde unsurun anlamsal içeriği de fail tarafından anlaşılmış olmalıdır. Bunun tersi durumda, elverişsiz teşebbüs failinin normatif unsuru oluşturan duruma ilişkin yanlış varsayımıyla, ilgili unsurun anlamsal içeriğini de bağdaştırmış olması aranmalıdır (*ters tipiklik hatası*). Öte yandan, doğru maddi vakıa ve anlam bilgisine sahip failin yanlış varsayımı, sadece maddi vakıanın ceza normunun kapsamına dâhil olduğuna ilişkinse, cezasız mefruz suçtan söz edilecektir (*ters nitelime hatası*).

Failden kaynaklanan elverişsizlik konusunda, suçun diğer maddi unsurlarını oluşturan durumlardan farklı bir değerlendirme yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, failden kaynaklanan elverişsizlik durumlarında failin ters hatasının niteliğine göre mefruz suçun veya elverişsiz teşebbüsün ortaya çıkabileceği düşüncesindeyiz. Bu çerçevede, maddi vakıayı doğru anlamış bir kişinin, sadece hukuki değerlendirmesindeki hata sonucu, kendisini ilgili suç açısından elverişli fail varsayması durumu mefruz suç (*ters nitelime hatası*) teşkil ederken, fail unsuruna

yönelik olarak hukuki değerlendirmesinde hata olmayan failin, faillik vasfını ona kazandıran bir durumu yanlışlıkla varsayması elverişsiz teşebbüs (*ters tipiklik hatası*) teşkil edecektir. Dolayısıyla elverişsiz teşebbüs, gerçek özgü suçlarda ve ihmal suretiyle icra suçlarında garantörlük ilişkisi bağlamında ortaya çıkabilecektir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları sorunu, Alman ceza hukuku doktrininde çalışma konumuzla bağlantı kurulan bir diğer konuyu oluşturmaktadır. Şahsi haksızlık öğretisinin zorunlu bir sonucu olarak ifade edilen hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurları, elverişsiz teşebbüsle temellendirilmektedir. Konu, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurunun gerçekleşmesinin sadece neticenin haksızlığını ortadan kaldırdığı, manevi unsurun gerçekleşmemesi durumunda hareketin haksızlığının mevcudiyetini sürdürdüğü ifade edilerek, hareketin haksızlığının bir diğer görünümü olarak ifade edilen çalışma konumuzla ilişkilendirilmektedir. Ayrıca, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurunun yokluğu durumunda varılan sonuç da elverişsiz teşebbüse bağlanmaktadır, yani bu durumda elverişsiz bir teşebbüsün gerçekleştiği ifade edilmektedir. Hukukumuzda büyük ölçüde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte olduğu kabul edilse de TCK m. 30/3 karşısında artık bu düşüncenin savunulamayacağı kanaatindeyiz. Bu çerçevede, hukuka uygunluk sebeplerinin manevi unsurlarının varlığını kabul etmekle birlikte, neticenin ortaya çıktığı bu durumun mahiyeti itibariyle elverişsiz teşebbüsten farklılık arz ettiği düşüncesindeyiz. Her ne kadar elverişsiz teşebbüse anlamını veren hareketin haksızlığının ortaya çıkması ise de neticenin gerçekleşmemiş olması ve bunun hareketin başlangıcından beri imkânsız olması da elverişsiz teşebbüsün unsurlarını oluşturmaktadır. Objektif olarak tehlikesiz bir hareketin söz konusu olduğu elverişsiz teşebbüs ile objektif olarak tehlikeli bir hareketin söz konusu olduğu ve tipik neticenin de ortaya çıktığı bir durumun olgusal olarak farklı olduğu açıktır. Failin ceza sorumluluğuna bir etkisi olmayacak bu durumda, failin tamamlanmış suç nedeniyle cezalandırılması gerektiği düşüncesindeyiz. Bir tesadüfün sonucu olarak doğru bir şey gerçekleştiren fail, harekete geçme iradesinin sonucu olmayan bir durumdan yararlandırılmamalıdır.

Ajan provokatör kullanımına ilişkin olarak ise, konunun ajan provokatör ve onun teşviki ile suç işleyen kişiler açısından ayrı ayrı ele alınması gereklidir. *Ajan provokatör bakımından* ilgili suçu tamamlama kastının eksik olması nedeniyle bir

azmettirmenin söz konusu olmadığı genellikle kabul edilmektedir. Bu da söz konusu fiil açısından ajan provokatörün cezasızlığı sonucunu doğuracaktır. *Ajan provokatörün suça teşvik ettiği kişi veya kişiler bakımından* ise sorun, Alman ceza hukukunda elverişsiz teşebbüs ile ilişkilendirilerek çözülmektedir. Zira ajan provokatör kullanılan olaylarda fail, aslında gerçekleşmemekle birlikte, suç tipinin maddi unsurunu oluşturan bir durumun olayda gerçekleşmiş olduğunu varsaymış durumdadır. Bu nedenle, bir *ters tipiklik hatası* içinde olan failin ilgili suça elverişsiz teşebbüs nedeniyle cezalandırılabileceği ifade edilmektedir. Hukukumuz açısından ise varılacak elverişsiz teşebbüs sonucu, mevcut durum itibariyle cezasızlığa sebebiyet vereceğinden adil olmayacaktır. Bu bağlamda, tehlikeliliğini ortaya koyan elverişsiz teşebbüs faili açısından güvenlik tedbiri öngörülmesi, kanaatimizce uygulamada sıklıkla başvurulanan ajan provokatöre ilişkin bu sorunu da çözüme kavuşturacaktır.

KAYNAKÇA

Akbulut, İlhan. “İşlenemez Suç”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 53, Sayı: 1-4, ss. 139- 143.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin. **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Alacakptan, Uğur. **İşlenemez Suç**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968. (İşlenemez Suç)

Alacakptan, Uğur. **Suçun Unsurları**. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975. (Suçun Unsurları)

Albrecht, Peter. **Der untaugliche Versuch**, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Stuttgart, 1973.

Alwart, Heiner. **Strafwürdiges Versuchen**, Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts, Strafrechtliche Abhandlungen, Band 44.

Amelung, Knut. “Sein und Schein bei der Notwehr gegen die Drohung mit einer Scheinwaffe”, **Juristische Ausbildung**, Sayı: 2, 2003, ss. 91-97.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016. (10. Baskı)

Artuk, Mehmet Emin ve Ahmet Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Arslan, Hüseyin. **İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

Avcı, Mustafa. “Osmanlı Hukukunda Suça Teşebbüs”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 2, Aralık 2013, ss. 7-37.

Aydın, Devrim. “Suça Teşebbüs”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, ss. 85-113.

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

Baumann, Jürgen, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Lehrbuch, 12., völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016.

Baumann, Jürgen. “Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 15. Jahrgang, Sayı:1/2, 1962, ss. 16-18.

Bayraktar, Köksal. “İşlenemez Suç”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, ss. 715-730.

Beccaria, Cesare. **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Fası I, (Çev: Sami Selçuk), 2. Baskı, İmge Kitabevi, 2010.

Beckemper, Katharina. in: Bernd von Heintschel-Heinegg, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Verlag C. H. Beck, München, 2010.

Bektaş, Canan. **Fichte’de Öznelerarasılık ve Beden Sorunu**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012.

Bertram, Hans. **Strafbarkeit und Strafwürdigkeit untauglicher Versuchshandlungen**, Inaugural Dissertation, Düsseldorf, 1932.

Bottke, Wilfried. “Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt”, **50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft**, Band IV, Strafrecht, Strafproßrecht, München, 2000, ss 135-176.

Bruns, Hans-Jürgen. **Der untaugliche Täter im Strafrecht**, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 8. Juli 1955, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1955. (Täter)

Bruns, Hans-Jürgen. “Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes- Zur Problematik des «Umkehrprinzips» in der Irrtumslehre”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht**, Jahrgang 1979, ss. 161-189. (Umkehrprinzip)

Burkhardt, Björn. “Rechtsirrtum und Wahndelikt – Zugleich Anmerkung zum Beschluß des BayObLG, **Juristen Zeitung**, 36. Jahrgang, Nr. 20 (16. Oktober 1981), ss. 681-688. (Rechtsirrtum)

Burkhardt, Björn. “Nachschlag zum Wahndelikt”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht**, 2013, ss. 346-359. (Wahndelikt)

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bası, Beta Basım Yayım, Ankara, 2017. (Giriş)

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut. **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt: I, 4. Bası, Beta Basım Yayım, Ankara, 2017. (Kişiler)

Deiters, Mark. “Straflosigkeit des agent provocateur?”, **Juristische Schulung**, Sayı: 4, 2006, ss. 302-305.

Delaquis, Ernst. **Der untaugliche Versuch**, ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1904.

Demirbaş, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Doğan, Koray. “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, Cilt: 1, Beta Yayıncılık, 2014, ss. 183-228. (Tipiklik)

Doğan, Koray. **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. (Neticesi Sebebiyle)

Dönmezer, Sulhi. **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Bası, İstanbul, 1983.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt: I, Onüçüncü Tıpkı Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt: II, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

Dursun, Selman ve Ali Emrah Bozbayındır. “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXXIII, Sayı: 1, 2015, ss. 63-90.

Ebert, Udo. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3., völlig neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001.

Eisele, Jörg. in: Schönke Adolf/Schröder Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, 2014.

Ellbogen, Klaus. “Untauglicher Versuch- grob unverständiger Versuch- abergläubischer Versuch”, **Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg**, C. H. Beck, 2015, ss. 125-133.

Erem, Faruk. “Kışkırtıcı Ajan”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 32, Sayı: 1, 1975, S. 1-4, ss. 5-15.

Erem, Faruk. (Ahmet Danişman ve Mehmet Emin Artuk). **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

Erman, Ragıp Barış. **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

Eser, Albin ve Nikolaus Bosch, in: Schönke Adolf/Schröder Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, 2014.

Feuerbach, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**, herausgegeben von Mittermaier, Zwölfte Originalausgabe, Giessen, 1836.

Fischer, Thomas. **Beck'sche Kurz-Kommentare**, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2016.

Foth, Heinrich. “Neure Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechen”, **Juristische Rundschau**, Sayı: 10, 1965, ss. 366-372.

Freund, Georg. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Personale Straftatlehre, Zweite, aktualisierte Auflage, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2009.

Frisch, Wolfgang. “Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements”, **Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987**, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1987, ss. 113-148.

Frister, Helmut. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2015.

Geppert, Klaus. “Die subjektiven Rechtfertigungselemente”, **Juristische Ausbildung**, Sayı: 2, 1995, ss. 103-107.

Gropp, Walter. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg, 2015.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı (Tıpkı Basım), US-A Yayıncılık, Ankara, 2018. (Genel)

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. “Hırsızlık”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XII, Sayı: 1-2, 2008, ss. 773-796. (Hırsızlık)

Haft, Fritjof. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Eine Einführung für Anfangssemester, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004.

Hakeri, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Hançerlioğlu, Orhan. **Felsefe Sözlüğü**, 2. Baskı, İstanbul, tarihsiz.

Hardtung, Bernhard. “Gegen die Vorprüfung beim Versuch”, **Juristische Ausbildung**, Sayı: 6, 1996, ss. 293-301.

Harenburg, Hans-Jürgen. **Die Strafbarkeit des Versuches eines untauglichen Subjekts**, 1939.

Hauf, Claus-Jürgen. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Kurzlehrbuch, Luchterland Verlag GmbH, Berlin 1996.

Heinrich, Bernd. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4., überarbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014. (AT)

Heinrich, Bernd. “Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständigem und abergläubischem Versuch”, **Juristische Ausbildung**, Sayı: 8, 1998, ss. 393-398. (Jura 1998)

Herzberg, Rolf Dietrich. “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht**, 2001, ss. 257-272. (Versuch)

Herzberg, Rolf Dietrich. “Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH”, **Juristische Schulung**, 20. Jahrgang, Sayı: 7, 1980, ss. 469-480. (Wahndelikt)

Hilgendorf, Eric ve Brian Valerius. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2015.

Hillenkamp, Thomas. in: **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Großkommentar 12., neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht Rechtswissenschaften Verlags, Berlin, 2007.

Hirsch, Hans Joachim. “Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht”, **Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001**, Walter de Gruyter, Berlin 2001, ss. 711-728. (Tatstrafrecht)

Hirsch, Hans Joachim. “Die Subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin”, **Juristen Zeitung**, 62. Jahrgang, Nr. 10 (18 Mai 2007), ss. 494-502. (Versuchstheorie)

Hotz, Dominik. “Untauglicher Versuch und Wahndelikt bei Fehlvorstellungen über rechtsinstitutionelle Umstände”, **Juristische Schulung**, Sayı: 3, 2016, ss. 221-225.

İçel, Kayıhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Jäger, Christian. **Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2017.

Jakobs, Günther. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2., neuarbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1991.

Jescheck, Hans-Heinrich ve Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

Joecks, Wolfgang ve Christian Jäger, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 12. Auflage, C. H. Beck, München, 2018.

Jung, Heike. “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs- ein Zwischenruf aus rechtsvergleichender Sicht”, **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 117, Sayı: 4, 2005, ss. 937–951.

Kaspar, Johannes. **Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht**, Neue Schriften zum Strafrecht, Band 6, 2014.

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, Nisan 2019, ss. 203-215.

Keçelioğlu, Elvan. “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, ss. 21-31. (Haksızlık)

Keçelioğlu, Elvan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 83, 2009, ss. 123-135. (Kasıt)

Keyman, Selahattin. “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 40, Sayı: 1-4, 1988, ss.121-171.

Kindhäuser, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Nomos, 2009.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Kohn, Fritz. **Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen hinsichtlich ihrer begrifflichen Scheidung und ihrer Strafbarkeit**, Inaugural Dissertation, Schletter’sche Buchhandlung, Breslau,1904.

Köhler, Michael. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 1997.

Kratzch, Dietrich. “Die Bemühungen um Präzisierungen der Ansatzformel (§ 22 StGB)- ein absolut untauglicher Versuch? (Teil 2)”, **Juristische Arbeitsblätter**, Sayı: 11, 1983, ss. 578-587.

Krey, Volker ve Robert Esser. **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5., neu bearbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 2012.

Kriegsmann, Nikalaus Hermann. **Wahnverbrechen und untauglicher Versuch: über die Begriffe und deren Unterscheidung**, Breslau, 1904.

Kudlich, Hans. BGH: Untauglicher Versuch bei "umgekehrtem Tatbestandsirrtum", Neue Zeitschrift für Strafrecht, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Say: 9, 1997, ss. 431-434.

Kühl, Kristian. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2005.

Kühl, Kristian ve Martin Heger. **Strafgesetzbuch Kommentar**, 28., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2014.

Lammasch, Heinrich. **Das Moment Objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechenversuches**, Wien, 1879.

Langels, Harald. **Die Strukturen des Strafrechts, Strafrecht AT 2**, Allgemeine Lehren der Straftat, 6. überarbeitete und erweiterte Auflage, Bonn, 2017.

Langenbach, Otto. **Versuch am untauglichen Objekt und der Mangel am Tatbestand**, Berlin, 1901.

Lenckner, Theodor ve Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke Adolf/ Schröder Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, 2014.

Lewinsky, Max. **Der untaugliche Versuch**, ein Betrag zur Strafrechtsreform unter Berücksichtigung der neuen Europäischen Strafgesetzentwürfe, Inaugural Dissertation, zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Universität Köln, Schneidemühl, 1927.

Maiwald, Manfred. **Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht**, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2009. (Einführung)

Maiwald, Manfred. “Über taugliche, untaugliche und grob unverständige Versuche-Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme”, in: **Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung**, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, Heinz Koriath, Ralf Krack, Henning Radtke, Jörg-Martin Jehle (Hg.), ss. 159-188. (Bestandsaufnahme)

Maurach, Reinhart ve Heinz Zipf. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Heidelberg, 1992.

Maurach, Reinhart, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989. (AT 2)

Maurach, Reinhart, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, Dieter Dölling, Christian Laue ve Joachim Renzikowski. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 8., neu bearbeitete Auflage, 2014.

Mezger, Edmund. Strafrecht, **Ein Lehrbuch**, Zweite Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1933.

Mezger, Edmund ve Hermann Blei. **Strafrecht I Allgemeiner Teil**, 15. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1973.

Modrey, Matthias. **Grenzen der Strafbarkeit des Versuchs im deutschen und niederländischen Recht**, Eine rechtsvergleichende Studie, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.

Murmann, Uwe. **Grundkurs Strafrecht**, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017.

Naka, Yoshikatsu. "Der Strafgrund des Versuchs", in: **Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften**, Band I, Berlin 1989, ss. 93-100.

Niepoth, F. Burkhard. Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt-zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. September 1992 (BGHSt 38, 356), **Juristische Arbeitsblätter**, Sayı: 9, 1994, ss. 337-342. (JA 1994)

Niepoth, F. Burkhard. **Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt**, 1994. (Unterlassungsdelikt)

Nuhoğlu, Ayşe. "Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar", in: **Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, ss. 609-641.

Olshausen. **Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich I**, 10. Auflage, 1916.

Otto, Harro. **Grundkurs Strafrecht**, Allgemeine Strafrechtslehre, 6., neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2000.

Önder, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II-III, Beta Yayınları, İstanbul, 1992.

Özbek, Veli Özer. “Türk Ceza Hukukunda Gizli Soruşturmacının Sorumluluğu”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, ss. 135-155.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018. (Genel)

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018. (Özel)

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Özocak, Gürkan. “İşlenemez Suç”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt II, Ankara, 2015, ss. 953-988.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Perron, Walter. in: Schönke Adolf/ Schröder Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, 2014.

Putzke, Holm. “Der strafbare Versuch”, **Juristische Schulung**, 2009 (Teil 3), ss. 1083-1090.

Radtke, Henning. “An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuchs- BGH, NJW 1995, 2176”, **Juristische Schulung**, Sayı: 10, 1996, ss. 878-883.

Rath, Jürgen. “Grundfälle zum Unrecht des Versuchs”, **Juristische Schulung**, Sayı: 11, 1998, ss. 1006-1013. (Heft 11)

Rath, Jürgen. “Grundfälle zum Unrecht des Versuchs”, **Juristische Schulung**, Sayı: 12, 1998, ss. 1106-113. (Heft 12)

Rath, Jürgen. **Das subjektive Rechtfertigungselement**, Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2002. (Rechtfertigungselement)

Rengier, Rudolf. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012.

Roxin, Claus. "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", **Juristische Schulung**, Zeitschrift für Studium und Ausbildung, Say: 1, 1979, ss. 1-13.

Roxin, Claus. "Der fehlgeschlagene Versuch", **Juristische Schulung**, Zeitschrift für Studium und Ausbildung, 21. Jahrgang, Januar 1981, ss. 1-9. (JuS 1981)

Roxin, Claus, Gunter Arzt ve Klaus Tiedemann. **Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht**, 2., überarbeitete Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1988.

Roxin, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006. (AT I)

Roxin, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, München, 2003. (AT II)

Roxin, Claus. "Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt", **Juristen Zeitung**, 52 Jahrgang, Nr. 20 (18 Oktober 1996), ss. 981-987. (Abgrenzung)

Roxin, Claus. "Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs", **Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007**, ss. 829-842. (Strafbarkeit)

Roxin, Claus. “Der Strafgrund beim untauglichen und beim tauglichen Versuch”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht**, 164. Jahrgang, 2017, ss. 656-668. (Strafgrund)

Rudolphi, Hans-Joachim. “Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdeliktes”, **Monatsschrift für Deutsches Strafrecht**, 21. Jahrgang, Sayı: 1, 1967, ss. 1-6.

Satzger, Helmut. “Der irraele Versuch- über ide Schwierigkeiten der Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden”, **Juristische Ausbildung**, 2013 (10), ss.1017-1025.

Schmidhäuser, Eberhard. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Lehrbuch, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970.

Schmitz, Roland. “Die Abgrenzung von strafbarem Versuch und Wahndelikt”, **Juristische Ausbildung**, Sayı: 9, 2003, ss. 593-602.

Schroth, Ulrich. **Vorsatz und Irrtum**, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Verlag C. H. Beck, 1997.

Schüler, Georg. **Der Mangel am Tatbestand**, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 181, Breslau, 1914.

Seier, Jürgen ve Désirée Gaude. “Untaugliche, grob unverständige und abergläubische Versuche”, **Juristische Schulung**, Sayı: 5, 1999, ss. 456-460.

Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018. (Genel)

Soyaslan, Doğan. **Teşebbüs Suçu**, Kazancı Matbaacılık, Ankara, 1994. (Teşebbüs Suçu)

Sözüer, Adem. **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1994.

Spendel, Günter. “Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Jahrgang 7, 1957, ss. 441-459.

Spendel, Günter. in: **Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar**, Band 2, Großkommentare der Praxis, §§ 32-60, 11., neubearbeitete Auflage, de Gruyter, 2003.

Sternberg-Lieben, Detlev ve Frank Schuster. in: Schönke Adolf/ Schröder Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, 2014.

Stratenwerth, Günther. “Der Versuch des untauglichen Subjekts”, **Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag**, 1978.

Streng, Franz. “Der Irrtum beim Versuch-ein Irrtum?”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 109, Sayı: 4 (January 1997), 2009, ss. 862-899.

Taner, Tahir. **Ceza Hukuku**, Umumi Kısım, 3. Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953.

Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 22. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

Tosun, Öztekin. **Suç Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Ar Basım Yayı ve Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1982.

Tozman, Önder. **Suçta Teşebbüs**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Timpe, Gerhard. “Untauglicher Versuch und Wahndelikt”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 125, Sayı: 4, 2014, ss. 755–787.

Tofahrn, Sabine. **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Vorsätzliches und fahrlässiges Begehungsdelikt, 4., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2017. (AT I)

Tofahrn, Sabine. **Strafrecht Allgemeiner Teil II**, 4., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2017. (AT II)

Ünver, Yener. **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003. (Hukuksal Değer)

Ünver, Yener. “YTCK’da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Eylül 2006, ss. 37-73. (Kusurluluk)

Valerius, Brian. “Untauglicher Versuch und Wahndelikt”, **Juristische Arbeitsblätter**, Sayı: 2, 2010, ss. 113-116.

v. Liszt, Franz ve Eberhard Schmidt. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, Sechszwanzigste, völlig neubearbeitete Auflage (49.- 51. Tausend), Berlin, Leipzig, 1932.

v. Hippel, Robert. **Lehrbuch des Strafrechts**, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1932.

Weigend Thomas, “Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre”, in: **Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland**, **Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften**, Band 1, Berlin, 1989, ss. 113-128.

Welzel, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**, Elfte neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969.

Wessels, Johannes, Werner Beulke ve Helmut Satzger. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Straftat und ihr Aufbau, 46., neubearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 2016.

Wise, Edward M. ve Allen Maitlin. **The Italian Penal Code**, 1978.

Yalkut, Necdet. “Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Açısından Sözde Suç ve İşlenemez Suç”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt:8, Sayı:1-2, Ocak-Nisan 1982, ss. 252-265.

Yaman, Ahmet. “Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kâideleri” Ya Da İslam Hukukunun Genel İlkeleri”, **Marife**, Yıl:1, Sayı: 1, ss. 49-75.

Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann. **Alman Ceza Kanunu**, Strafgesetzbuch (StGB), Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Yokuş Sevik, Handan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 57, 2005, ss. 243-282.

Yüce, Turhan Tufan. **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1985.

Zaczyk, Rainer. **Das Unrecht der versuchten Tat**, Schriften zum Strafrecht, Heft 180, Berlin 1989. (Unrecht)

Zaczyk, Rainer. in: Kindhäuser Urs/ Neumann Ulrich/ Paeffgen Hans-Ulrich, **Strafgesetzbuch Nomos Kommentar**, 5. Auflage, Nomos, 2017.