

SUÇUN KONUSUNUN YOKLUĞU DURUMUNDA TEŞEBBÜSE ELVERİŞLİLİK SORUNU

THE PROBLEM OF THE POSSIBILITY OF ATTEMPT IN THE ABSENCE OF THE SUBJECT OF THE CRIME

Coşkun KOÇ*

Özet: Suçun konusunun yokluğu halinde teşebbüs meselesi doktrinde tartışmalı bir konudur. 5237 sayılı Ceza Kanunumuzda suçun maddi konusunun yokluğu (işlenemez suç) ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, suçun konusunun yokluğu durumunda nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceği belirsizdir. Bu çalışmada, suçun maddi konusunun yokluğu halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, mevzuat, Yargıtay kararları ve doktrinin görüşleri çerçevesinde incelenmiştir. Söz konusu inceleme, her şeyden önce konuya ilişkin Türk Ceza Kanununda açık düzenleme yapılması gerektiğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Suçun Konusunun Yokluğu, Teşebbüs, İşlenemez Suç

Abstract: The question of the possibility of attempt in the absence of the subject of the crime is a controversial issue in the doctrine. There is no regulation in our penal code numbered 5237 regarding the absence of the material subject of the crime (uncommitable crime). Therefore, what kind of a punishment will be administered in the absence of the subject of the crime is unclear. In this study, whether the provisions regarding attempt can be applied in the absence of the material subject of the crime is examined within the framework of the extant legislation, decrees of the Supreme Court of Appeals and the doctrine. The examination in question elicits that, above all, an explicit regulation should be conducted in the Turkish Penal Code.

Keywords: Absence of the Subject of the Crime, Attempt, Uncommitable Crime

* Dr. Öğr. Üyesi, Kafkas Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, coskun-koc01@hotmail.com, ORCID:0000-0001-9453-5919, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.07.2019, Kabul Tarihi: 08.07.2019

GİRİŞ

Kişi hakkında ceza yaptırımının uygulanması, işlediği fiilin ceza kanununda yasaklanan suç tipine uygun olmasına bağlıdır. Kanunilik ilkesi olarak adlandırılan bu ilke uyarınca kişi, işlemeyi kastettiği suça ilişkin icra hareketlerini tamamladığında veya suç tipinde ayrıca bir netice öngörülmüşse bu netice gerçekleştiğinde, o suç için kanunda öngörülen müeyyide ile cezalandırılır. Ancak bazı durumlarda fail icra hareketlerini bitiremez veya meydana gelmesini istediği netice gerçekleşmez.¹ İşte başlanılan ancak elde olmayan nedenler ile tamamlanamayan suçlara teşebbüs halinde kalmış suçlar denir. Teşebbüs icra hareketi ile tamamlanma arasında söz konusu olur.² Teşebbüsten bahsedebilmek için, netice failin elinde olmayan engel nedenlerden ötürü gerçekleşmemelidir.³ Fail teşebbüs durumunda, suçun kanunda tanımlanan neticesi gerçekleşmese dahi cezalandırılır.

Tamamlanmış suçlar hangi sebeple cezalandırılıyorsa, teşebbüs aşamasında kalan suçlar da o sebeple cezalandırılırlar; çünkü her iki durumda da sosyal barış ve düzen bozulmaktadır.⁴ Esasen haksızlık teşkil eden bazı insan davranışlarının ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmasıyla güdülen amaç, belirli hukuki değerlerin daha etkin bir şekilde korunmasıdır. Teşebbüse ilişkin hükümler, bu suç tanımlarıyla korunan hukuki değerlerin koruma alanını genişletmektedir. Suçun kanuni tanımındaki fiilin icrasının tamamlanmamasına, tamamlanmış olmakla beraber neticenin gerçekleşmemiş olmasına rağmen, fiil cezalandırmaktadır. Bu nedenledir ki teşebbüse ilişkin hükümler cezalandırılabilirliğin alanını genişletmektedir.⁵

Teşebbüsün neden cezalandırıldığına dair üç farklı teori bulunmaktadır. *Objektif teoriye* göre, teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi,

¹ M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M.Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 617.

² Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler*, Astana Yayınları, Ankara 2018, s. 360.

³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 491.

⁴ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.462.

⁵ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 480; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 453.

failin davranışıyla açığa çıkan ve toplumdaki hukuk bilincini tehdit edecek şekilde hukuksal değerlere karşı yöneltilen somut tehlikede aranmalıdır. Böyle bir yaklaşım, objektif elverişsiz teşebbüsün herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmediği gerekçesiyle ya hiç cezalandırılmamasını ya da Alman Ceza Kanunu m.23/3'de düzenlendiği şekliyle sınırlandırılmış bir çerçevede cezalandırılması sonucunu beraberinde getirecektir. *Subjektif teoriye* göre teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi, sadece fail tarafından sergilenen ve hukuk düzeniyle bağdaşmayan iradeye dayandırılmalıdır. Bu anlamda fail “kötü/kınanabilir” bir şey yapmak istemekte ve bu nedenle de cezalandırılması gerekmektedir. Bu bakış açısından hareketle, failin hukuka aykırı iradesi esas alındığı için, fail objektif elverişsiz teşebbüs söz konusu olduğu durumlarda dahi cezalandırılacaktır.⁶ Son olarak *Etki teorisine* göre teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, failin bir ceza normuna karşı çıkışın ifadesi olan irade bir hareketle toplumun hukukun gerçekliğine ilişkin güven duygusunu sarsacak bir şekilde hukuki barışı zedelemesidir.⁷

Teşebbüs aşamasında, tipe uygun eylemin bütünüyle gerçekleşmemesine karşın failin cezalandırılması yoluna gidilmesinin hukuksal temeli, ceza kanunlarında teşebbüsün cezalandırılacağına ilişkin açık hükümlere yer verilmiş olmasıdır. Teşebbüs kurumunu düzenleyen özel hükümler bu anlamda cezalandırmayı genişleten, onları tamamlayan, bütünleştiren bir niteliğe sahiptirler.⁸

Hukukumuz yönünden teşebbüsün cezalandırılabilmesi, kaynağını Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 35. maddesi hükümlerinden alır. Madde teşebbüs konusunda çok önemli bir değişiklik yapmış, geleneksel eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımını kaldırmıştır. Bunun dayanakları gerekçede açıklanmıştır.⁹ Maddenin birinci fıkrasına göre: *Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.* Yurtcan'a göre, birinci fıkrada, icraya başlamadan

⁶ Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ed. Yener Ünver (Çev. Hakan Hakeri vd.), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 420-421.

⁷ Veli Özer Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 448.

⁸ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 504.

⁹ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler) Cilt I, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 305, Ankara 2015, s. 635. tbbyayinlari.barobirlik.org.tr. (Erişim Tarihi: 03.06.2019).

söz ederken, bunun doğrudan doğruya olması gerektiği, biçimindeki ibare gereksizdir. Failin icraya başlamasında doğrudan doğruya-dolayısıyla gibi bir ayırım da yoktur. Önemli olan husus failin hazırlık hareketleri aşamasında olup olmadığının tespitidir. Fail şayet hazırlık hareketleri aşamasında ise, henüz ceza hukukunun sınırları içine girmemiştir.¹⁰

Teşebbüse ilişkin hüküm, cezai sorumluluğu genişletici bir etkiye sahiptir. Öyle ki, söz konusu hükümler suç yaratan çeşitli normlarda tanımlanan fiillere ilişkin yasağı, failin bu fiilleri tam olarak gerçekleştirmeyip, sadece bunları gerçekleştirmeye yönelik davranışlarda bulunduğu durumlara doğru genişletir. Söz konusu normlar, bunlar olmasaydı kanuni müeyyidelerle karşılaşmaları mümkün olmayan hareketleri cezalandırılabilir hale getirerek yeni hükümler yaratır. Gerçekten de, bu normlar var olmasaydı bir suçu işlemeye çalışıp da, bunu başaramayan kimse cezalandırılmazdı. Buna TCK'nın 2. maddesinde yer alan temel norm engeldir.¹¹

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde cezalandırılabilir hareketlerle cezalandırılmayanlar arasındaki farkın belirlenmesi açısından, suçun konusunun yokluğu halinde teşebbüsün mümkün olup olmadığının tespiti önem arz eder. Bu tespitin yapılabilmesi için çalışmamızda öncelikle suçun konusunun yokluğu kavramı üzerinde durulacaktır. Ardından, suçun konusunun yokluğu durumunda teşebbüs sorunu detaylı bir şekilde incelenecektir.

I. SUÇUN MADDİ KONUSU KAVRAMI

Suçun maddi konusu, üzerinde suçun işlendiği birey veya şeydir. Buradaki şey ile birey kavramını, suç yaratan normdaki tanıma bakarak belirlemek gerekir. Yani suçun maddi konusu, normda öngörülen tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilen birey veya şey olabilir.¹² Suçun maddi konusu, prensip itibarıyla, suçun pasif süjesinden, yani, suçtan zarar gören kimseden ayrılır. Bununla beraber bazı hâllerde suçun pa-

¹⁰ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 317, Ankara 2016, s. 85-86. tbyayinlari.barobirlik.org.tr. (Erişim Tarihi: 04.06.2019).

¹¹ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 300.

¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2010/6-225 E. , 2010/268 K.

sif süjesi ile konusu, aynı olabilir. Mesela, kasten öldürme suçunda, gerek suçun maddi konusu, gerek suçun pasif süjesi, yani mağduru, aynı kişi, öldürülecek kimsedir.¹³

Erem'e göre, bazı suçların konusu "maddi" değildir, fakat konuları vardır. O halde "suçun maddi konusu" terimi sadece "suçun hukuki konusu" ndan ayrı bir kavramı ifade ihtiyacını karşılamakta, fakat ismini taşıdığı kavramı eksiksiz gösterememektedir.¹⁴

Suçun konusu, bir insanın maddi (bedeni, cismi) veya manevi (psişik, maddi olmayan) varlığı olabilir. Gerçekten insan, cismi kadar maddi olmayan varlığı ile de gerçektir. Pozitif hukuk kuralları da bu gerçeği kabul etmiştir. Bu bakımdan örneğin kasten yaralama (m. 86) suçunda, konu vücuduna zarar verilen kişi olduğu kadar, manevi varlığına da zarar verilen kişi olunabilir. Gerçekten, yaralamaya maruz kalanın algılama yeteneğinin bozulması, insanın psişik, yani maddi olmayan varlığının da suçun konusunu oluşturabileceğini göstermektedir. Aynı şekilde hakaret (m.125) suçunun konusunu insanın maddi olmayan varlığı yani onur, şeref ve saygınlığı teşkil eder. Bu bakımdan insanın sadece maddi varlığı yani cismi değil, manevi varlığı da, suçun konusunu oluşturabilir.¹⁵

Suçun maddi konusu olarak şey denilince, suçun gerçekleşmesi için fiilin herhangi bir şey veya belli bir niteliğe sahip şey üzerinde gerçekleşmiş olması anlaşılır.¹⁶ Bazen suç tipinde konunun bir nesneden oluştuğu açıkça ifade edilmektedir. Örneğin hırsızlık (m.141) ve yağma (m.148) suçlarında "taşınır bir mal", mala zarar verme (m.151) suçunda "taşınır veya taşınmaz mal", zimmet (m. 247/1) ve güveni kötüye kullanma (m.155) suçlarında "mal", konut dokunulmazlığını ihlal (m.116) suçunda girilen "konut, konutun eklentileri", ulaşım araçlarının kaçırılmasında (m. 223) "ulaşım aracı" ve belgede sahtecilik (m.204,207) suçunda suçun konusu, üzerinde sahtecilik yapılan "belge" dir.

¹³ Uğur Alacakaptan, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 223, Ankara 1967, s. 113. dspace.ankara.edu.tr (Erişim Tarihi: 01.06.2019).

¹⁴ Faruk Erem, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1968, S.1 C. 25, s. 12.

¹⁵ Artuk vd., s. 316.

¹⁶ Demirbaş, s.559.

Toroslu/Toroslu'ya göre, pek çok suçun maddi konusu yoktur. Kural olarak sonucu olmayan suçlar, aynı zamanda maddi konusu da olmayan suçlardır. Zira bunların objektif olarak tamamlanmaları için, kanuni tanımdaki davranışın gerçekleştirilmiş olması gerekir ve yeterlidir. Örneğin kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (m.262), hükümlü veya tutukluların kaçması (m.292) ve suçu bildirmeme (m.278,279,280) gibi sırf hareket veya sırf ihmal suçları böyledir. Sonucu olmasına rağmen maddi konusu olmayan suçlar da vardır. Nitekim 301. madde de öngörülen "aşağılama" suçlarının tamamlanması için aşağılama olaylarının başkaları tarafından algılanmasından ibaret olan bir sonuca gerek vardır. Ancak söz konusu aşağılama davranışları insan veya şey gibi doğal bir varlık üzerinde veya böyle bir varlıkla ilgili olarak değil, Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Devletin yargı organları gibi hukuki veya sosyal varlıklarla ilgili olarak gerçekleştirildikleri için bu suçların maddi konusu yoktur¹⁷. Benzer görüşte olan Öztürk ve Erdem'e göre, her suçun koruduğu bir veya birden fazla hukuksal yarar vardır. Ancak her suçun mutlaka maddi konusunun bulunması gerekmez. Örneğin trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması konusuz bir suçtur.¹⁸ Doktrinde, maddi konusu olmayan suçların olabileceği görüşünü kabul etmeyen yazarlar da vardır. Nitekim karşıt görüşte olan Özgenç'e göre, konusuz suç olmaz.¹⁹ Artuk'a göre de, konusu bulunmayan bir suçun varlığından bahsedilemez.²⁰

Suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile maddi unsurlardan birini oluşturan suçun konusu kavramları birbirinden farklıdır. Suçun hukuki konusu, ceza kanununda düzenlenen tipik norm ile korunan, suç ile ihlal edilen hukuki menfaattir. Konuyu bir örnek ile izah etmemiz gerekirse, hırsızlık suçunda ihlal edilen hukuki değer, genel olarak zilyetliktir. Buna karşılık suçun konusu ise başkasına ait menkul bir maldır. Suçun konusu ile mağdur da farklı kavramlardır. Örneğin mala zarar verme suçunun maddi konusu taşınır ve taşınmaz mallar iken mağduru malı zarar gören gerçek ve tüzel kişilerdir.

¹⁷ Toroslu/Toroslu, s. 111.

¹⁸ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 191-192.

¹⁹ Özgenç, s. 203.

²⁰ Artuk vd., s. 315.

II. SUÇUN MADDİ KONUSUNUN YOKLUĞU

Suçun maddi konusunun yokluğu halinde doktrinde işlenemez suçun varlığı kabul edilmektedir. İşlenemez suç; ceza normunu ihlale yönelmiş olmasına rağmen, ya vasitanın ihlal edilmek istenen suç karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması yahut hareketin konusunun bulunmaması sebebiyle başarısız kalmaya mahkum bir davranış olarak tanımlama mümkündür.²¹ Normal bir şahsın bilebileceği şartlara ve *id quod plerumque accidit* (en olası durum) ilkesine göre bir suçun meydana geleceğine ihtimal verilmemesi halinde işlenemez suç ortaya çıkacaktır.²² Özbek'e göre, failin işlemek isteyip de kullandığı araçların elverişsiz olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle işleyemediği suça işlenemez suç denir.²³ Vasitanın elverişsizliğine örnek, arızalı bir tabanca ile bir kimseyi öldürmeye çalışmadır. Esas inceleme konumuz olan suç konusunun yokluğuna örnek ise ölmüş bir kimseye yaşıyor zannıyla ateş edilmesidir. İşlenemez suç, failin bağımsız bir suçu oluşturmak için gerekli olan şartlarda hataya düşmesi olarak tanımlayanlar da bulunmaktadır.²⁴

Doktrindeki bir görüşe göre, suçu meydana getiren hareket ile suçun maddi konusu arasında sıkı bir bağ olduğundan, konuda yokluk veya elverişsizlik denilen şey, aslında harekette elverişsizlikten başka bir şey değildir. Bu düşünceyi savunanlara göre, yanlışlıkla bir gölgeye ateş eden kimse konusunda elverişsizlik bulunan bir hareket değil, elverişsiz bir hareket yapmıştır. Çünkü neticeye ulaşmak için seçilmiş olan "yol" yanlıştır. Dolayısıyla bu iki kurumu birbirinden ayırmanın bir anlamı yoktur.²⁵ Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira elverişsiz hareket başka, suçun maddi konusunun yokluğu başkadır. Hareketin elverişli olup olmadığı her olayın somut koşullarına göre belirlenir. Yukarıdaki örnekte belirtilen yanlışlıkla bir gölgeye ateş etme, esasında kasten öldürmek için elverişli bir harektir. Gerçekten, ateş edilen

²¹ Alacakaptan, s. 1.

²² Köksal Bayraktar, "Uğur Alacakaptan-İşlenemez Suç", Kitap İncelemesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1968, Cilt: 34 - Sayı: 1-4, s. 730. dspace.ankara.edu.tr. (Erişim Tarihi: 06.02.2020)

²³ Özbek vd., s. 461.

²⁴ Ira P. Robbins, "Attempting the Impossible: The Emerging Consensus", *Harvard Journal on Legislation*, 1986, Volume 23, p. 377.

²⁵ Alacakaptan, s.114.

yerde, bir gölge yerine bir insan bulunsaydı hareket kastedilen öldürme neticesini meydana getirebilecekti. Suçun maddi konusu ise hareketin elverişsizliğinden farklı olarak, her olayın somut koşullarına göre değişiklik göstermez. Bunun sebebi de maddi konunun suç tipinde tanımlanmış olmasındandır.

Hareketin elverişli olup olmadığını belirlerken, kuşkusuz ki maddi konu dikkate alınmalıdır. Zira elverişlilik nisbi bir kavramdır, her olayın somut koşullarına göre değerlendirilmelidir. Ancak, işlenemez suçu yalnızca aracın veya salt hareketin elverişsizliği ipotezi ile sınırlamak ve maddi konunun yokluğu haline de ayrı bir varlık tanımamak ikisi arasındaki bağın bir sonucu olmamalıdır. O halde, hareketin elverişsizliği geniş anlamıyla kabul edilmeli ve elverişlilik de bu anlam içerisinde hem kullanılan aracın hem de fiilin bütünü açısından, unsurlar dışında kalan durumları da kapsar şekilde değerlendirilmelidir.²⁶

Bazı durumlarda, failin eyleminin konusu, suç tipinin unsuru olan maddi konu değildir. Teşebbüs, “suç konusunu teşkil eden şeyin cinsinden dolayı, suçun tamamlanmaması” şeklinde de gerçekleşmiş olabilir (Alman Ceza Kanunu, prg.23 fıkra 3). Örneğin, (A), (B)’yi öldürmek ister. Bir gece bahçede pusu kurar ve görmüş olduğu bir silueti o zannederek ateş eder. Aslında o siluet aslında bahçede gezmekte olan çoban köpeğine aittir. Kurşun ona isabet ederek ölümüne neden olur. İsbet ettirilen obje (=köpek) aslında mala zarar verme suçunun elverişli objesidir, kasten öldürmenin değil, çünkü Alman Ceza Kanunu prg.212’ye göre kasten öldürmenin maddi konusunu sadece bir insan teşkil edebilir.²⁷

Yukarıda da ifade edildiği gibi TCK m.35 kapsamında teşebbüsün varlığından bahsedilebilmesi için elverişli hareketlerin yapılması şartı aranması dolayısıyla elverişli olmayan hareketler açısından işlenemez suçun varlığı tespit edilebilmekteyse de suç konusunun yokluğuna ilişkin olarak herhangi bir hukuksal düzenlemenin varlığından söz edilmesi mümkün olmamaktadır. Ancak suç konusunun yokluğu da doğası gereği işlenemez suça temel oluşturacaktır. Nitekim TCK m. 35’in gerekçesinde “Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni ta-

²⁶ Pervin A. İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 109.

²⁷ Heinrich, s.441.

nımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.” ifadesine yer verilmiştir. Burada geçen “suçun konusu” ibaresi doğru bir kullanım olmamakla beraber “suçun maddî konusu” olarak anlaşılmalıdır. Tek başına “suçun konusu” ifadesi suçun maddi konusu demek değildir.²⁸

Doktrinde maddi konunun yokluğunun belirlenmesi konusunda bazı ayrımlar yapılmıştır.

1. Konuda Mutlak Yokluk - Nisbi Yokluk Ayrımı

Konuda mutlak yokluk, ne zaman ve hangi şartlar altında faaliyete geçerse geçsin, failin suç işleme maksadının gerçekleşmesini imkânsız kılan yokluktur. Meselâ, öldürülmek istenen kimse zaten ölmüş ise, insan zannedilen şey bir ağacın gölgesi ise, çocuğunu düşürmek için ilâç alan kadın esasen gebe değilse veya içine hırsızlık yapmak için girilen binada, hırsızlığa değer hiç bir şey mevcut değilse bu anlamda bir yokluktan söz açılmakta ve fail, fiilini ne şekilde işlemiş olursa olsun, kastettiği neticeye ulaşamayacağı kabul edilmektedir.²⁹

Konudaki yokluğun geçicilik arz ettiği ve esasen yok olmayıp, hareketin yapıldığı sırada, olay yerinde bulunmadığı hallerde ise konuda *nisbî* yokluk yahut tesadüfi bir bulunmayıştan söz edilir. Meselâ; mağdurun az önce boşalttığı yatağına bıçak saplanması, yankesicinin, elini boş bir cebe sokması, kasanın, veznedar tarafından biraz önce boşaltılmış olması gibi hâllerde bu anlamda bir yokluk vardır.³⁰ Bahsedilen örneklerde maddi konu o an olay yerinde bulunmasa dahi suçla korunan hukuki menfaat açısından bir tehlike yaratılmıştır.

Öğretide bu ayrımı yapan yazarlara göre, konuda mutlak yokluğun bulunduğu durumlarda, elverişsiz teşebbüsten (işlenemez suç) söz edilebilecek iken nisbi yokluğun bulunduğu durumlarda sorumluluk teşebbüs nedeniyle olacaktır.³¹ Yargıtay da önüne gelen bir olay-

²⁸ Devrim Aydın, “Suça Teşebbüs”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 2006, C.55 Sa.1, s. 101.

²⁹ Alacakaptan, s. 115-116.

³⁰ Alacakaptan, s. 116.

³¹ Bu görüş ve eleştirisi için bkz. Murat Aydın, “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, *SÜHFD*, 2013, s. 86.

da benzer yönde karar vermiş,³² mektubun içindeki para veya sair kıymeti almak için açılan zarftan çıkan, ödenmek üzere bankaya ibraz edilen ve ödenerek arkasına ödeme kaşesi vurulan seyahat çeki ekonomik değerden yoksun bulunduğundan eylem hırsızlığa teşebbüs olarak nitelendirilmiştir.³³

2. Hareketten Önceki –Sonraki Yokluk Ayrımı

Bu görüşü savunan yazarlara göre, işlenemez suçun tespiti için maddi konu bakımından bir ayırım yapılacaksa, bu ayırım, hareketin konusunu oluşturan kişi veya şeyin harekete başlamasından sonra veya başlamasıyla birlikte yok olması hali ile icra hareketlerine başlamasından önce yok olması hali arasında yapılmalıdır. Bu ayrıma göre, sadece ikinci ipotezin söz konusu olduğu durumlarda işlenemez suçla ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Zira ancak maddi konunun icra hareketlerinden önce yok olması halinde, kanunda tanımlanmış suç tipinin gerçekleşmesinin imkansız olduğunu söylemek mümkündür.³⁴

III. SUÇUN KONUSUNUN YOKLUĞU DURUMUNDA TEŞEBBÜS SORUNU

Suçun konusunun yokluğu halinde teşebbüs meselesi doktrinde tartışmalı bir konudur. Ceza kanunumuzda suçun maddi konusunun yokluğu (işlenemez suç) ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, suçun konusunun yokluğu durumunda nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceği belirsizdir.

Konuyla ilgili Alman Hukukuna baktığımızda işlenemez suçla teşebbüs ederek tehlikelilik gösteren failin cezalandırıldığını görmekteyiz.³⁵ Ancak mahkeme bahsettiğimiz durumda, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrası uyarınca cezayı takdiren indirebileceği gibi ceza vermekten tamamen vazgeçebilir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında; "*Fail ağır bir bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemek-*

³² Yargıtay CGK 25.06.1990, 5-157/200. Öztürk/Erdem, s. 391

³³ Öztürk/Erdem, s. 391.

³⁴ Gürkan Özocak, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 158.

³⁵ Hans Heinrich Jeschek, Alman Ceza Hukukuna Giriş (Çev. Feridun Yenisey), Beta Basım, İstanbul 2007, s. 42.

te kullanılan vasıtaların niteliğinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememişse, mahkeme ceza vermekten tamamen vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir” denilmektedir. Alman Ceza Kanunu’nun bu hükmü uyarınca, elverişsiz teşebbüs (işlenemez suç) halinde, mahkeme hiç ceza veremeyeceği gibi, cezayı indirebilir. Bu indirim, 49. maddenin 2. fıkrasına göre yapılır. Buna göre mahkeme, kanunun bu hükmüne yollama yapan bu düzenleme uyarınca cezayı kendi takdirine göre azaltabileceği hallerde, bunu kanunda yazılı cezanın alt sınırına kadar indirebileceği gibi, hapis cezası yerine adli para cezasına da hükmedebilir.³⁶

İtalyan Ceza Kanunu m.49’da işlenemez suçla ilgili olarak özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre elverişsiz bir hareketin söz konusu olduğu veya maddi konunun bulunmadığı durumlarda, zararlı veya tehlikeli sonucun gerçekleştirilmesi imkansız olduğundan, faile ceza verilmemektedir.³⁷ Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, TCK’da konuyla ilgili özel bir hükme yer verilmemiştir.

Amerika Birleşik Devletleri’ndeki uygulamaya baktığımızda mahkemeler, suçun imkansızlığına ilişkin ikili bir ayırım yapmakta idiler: yasal imkansızlık ve fiili (gerçek) imkansızlık. Örneğin boş bir cebe elini atan yankesicinin durumunda, suçun fiilen gerçekleşmesinin imkansızlığından bahisle suça teşebbüsün de mümkün olmadığı yönünde kararlar verilmiştir. Ancak zaman içerisinde, çoğu eyalet mahkemesi ve federal mahkeme, fiili ve yasal imkansızlık arasındaki ayrımı bırakmış ve her iki durumda da bu yöndeki savunmayı reddetmiştir. Örneğin, kurbanın cüzdanında hiç para olmamasına rağmen silahlı soygun girişimi sanığı, suça teşebbüsten mahkum edilmiştir.³⁸ Benzer bir diğer davada, satılan madde uyuşturucu olmamasına rağmen sanık, uyuşturucu madde bulundurmaya teşebbüsten cezalandırılmıştır.³⁹⁴⁰ Fiili (gerçek) imkansızlığın bulunması durumunda ağırlıklı olarak kişinin kusurlu düşüncesini dış dünyaya yansıtması söz konusu olduğu için mahkumiyet kararları verildiği görülmektedir.⁴¹

³⁶ Artuk vd., s. 661.

³⁷ Demirbaş, s. 485.

³⁸ Brown v. Commonwealth, 482 S.E. 2d 75 (Va. App. 1997).

³⁹ United States v. Fletcher, 945 F.2d 725 (4th Cir. 1991), cert. denied 502 U.S. 1116 (1992).

⁴⁰ Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson, Criminal Law, Wadsworth Publishing, Belmont USA 2012, p.91.

⁴¹ Murat Aydın, “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fa-

Fransız hukukunda işlemez suç teorisi bütünü ile bertaraf edilmiştir ve işlenemez suç halinde teşebbüs kabul edilmektedir. Fransız Yargıtay'ına göre: İnsan öldürmeye teşebbüsün kabul edilmesi için, mağdurun fiilden önce hayatta bulunup bulunmamasının önemi yoktur. Zira fiilin yöneldiği kişinin ölmüş bulunması, failin iradesinden bağımsız olduğundan, hareketleri icraya başlama, geçme olarak tanımlanmalıdır.⁴² Fransız uygulamasında, işlenemez suçun ikinci türü olan vasıtanın elverişsizliğinde de durum aynıdır. Nitekim Fransız mahkemeleri mutlak olarak elverişsiz vasıtalarla işlenmiş çocuk düşürmeğe teşebbüs fiilini bile cezalandırmakta, kısacası, teşebbüsün cezalandırılabilmesi için, bir icra başlangıcı ile dışa yansıtan cürmi iradeyi yeterli görmektedirler.⁴³ Fransız Yargıtayı 16 Ocak 1986 tarihli kararında, zaten ölmüş maktulün kafasına önce şişe ile vurup ardından boğulması olayında, kişinin failin fiilinden önce ölmüş olmasının bir öneminin olmadığına, failin davranışının cinayet girişimini karakterize ettiğine, maktulün ölmüş olmasının failin kontrolünün ötesinde bir durum olduğuna hükmetmiştir.⁴⁴

Yargıtay, Fransız Yargıtayı'ndan farklı olarak vermiş olduğu kararlarında, suçun maddi konusunun bulunmaması halinde işlenemez suçun varlığından bahisle, teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir.⁴⁵ Ancak Yargıtay kararlarında suçun maddi konusunun yokluğunun hangi anda aranacağı noktasında farklılıklar bulunmaktadır.

kültesi Dergisi, Konya 2013, Cilt 21, Sayı 1, s. 101.

⁴² Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Basım, İstanbul 1998, s. 21.

⁴³ Alacakaptan, s. 32.

⁴⁴ Konuyla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Cour de Cassation (Chambre Criminelle) 16 Janvier 1986 (Gaz.Pal. 1986 I 377 note J.P. Doucet) https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/le_proces_penal/le_jugement/qualification_faits/levasseur_meurtre_impossible.htm. (Erişim Tarihi: 05.02.2020)

⁴⁵ "Olay tutanağı, sanıkların savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre; sanık ... diğer sanık ...'dan kullanmak için uyuşturucu madde satın almaya geldiği sabit ise de, kolluk görevlilerinin sanık gelmeden önce...da bulunan uyuşturucu maddelere el koymuş olması nedeniyle, sanık ...'in uyuşturucu madde alması fiilen mümkün olmadığından, teşebbüs aşamasında kalan eyleminin "işlenemez suç" niteliğinde olduğu ve suçun yasal unsurlarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin, beraat kararı yerine, mahkûmiyet kararı verilmesi, Yasaya aykırı, sanıkların temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, hükümlerin bozulmasına, 26.11.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.". Yargıtay 10. Ceza Dairesi 2019/2835 E., 2019/7422 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 05.02.2019).

Çalışmamızın bundan sonraki kısmında Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarının daha iyi anlaşılabilmesi için, maddi konunun bulunmadığı durumlarda, teşebbüsün unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine cevap arayan doktrindeki üç farklı görüşe değineceğiz.

1. Objektif Teori

Günümüzde çok az taraftarı olan objektif teoriye göre, failin teşebbüs dolayısıyla cezalandırılabilmesi için hareket vasıtasıyla hukuken korunan suç konusunun fiilen tehlikeye sokulmasına etki edilmiş olması aranmakta idi. İtalya'da *Romagnosi* tarafından kurulan ve *Feuerbach*, *Mittermaier*, *Rossi*, *Carrara*, *Carmignani* ile *Ortolan* tarafından geliştirilen ve klasik teori olarak da adlandırılan bu görüşe göre, işlenemez suç cezalandırılmaz. Bu teoriye göre, hukuk ile ahlak birbirinden ayrılmalı, hukuki konuların çözümünde ahlaki endişeler rol oynamamalıdır. Ancak, aralarında *Carmignani*, *Mittermeier* ve *Ortolan*'ın da bulunduğu *Objektif teori* taraftarlarının çoğu, cezasızlığı, vasitanın mutlak surette elverişsiz olması ve maddi konunun yokluğu hallerinde kabul etmişler ve vasıtadaki nisbi elverişsizlik ile konudaki geçici veya tesadüfi yokluk hallerinde failin cezalandırılabilmesi görüşünü savunmuşlardır.⁴⁶

Objektif teoriye göre, suçun konusunun yokluğu durumunda 2 şekilde değerlendirme yapılmalıdır: mutlak ve nisbi yokluk. Suçun konusunun yokluğunun nispi olduğu şeklinde bir değerlendirme yapıldığında, suça teşebbüsün gerçekleştiği kabul edilmektedir.

Nisbi imkansızlık suçun maddi konusunda olabileceği gibi vasıtada da olabilir. Konuda nisbi imkansızlık halinde, konu vardır, ancak fiilin icrası sırasında failin bulunduğunu zannettiği yerde değildir. Örneğin; paranın failin elini soktuğu cepte değil, başka cepte olması gibi.⁴⁷ Su içmek için mutfaka gittiği için yatağında olmayan, fakat failin orada olduğunu zannettiği mağdura ateş etmesinde de maddi konu yönünden nisbi imkansızlık vardır.⁴⁸ Alacakaptan'a göre, bu ve benzer bütün olaylarda failin teşebbüsten ötürü cezalandırılması gerekir. Çünkü fail hareketlerine devam etseydi, mağdurun öbür ceplerinde alınabilecek eşya bulabilirdi.⁴⁹

⁴⁶ Demirbaş, s.485.

⁴⁷ Artuk, s. 660.

⁴⁸ Demirbaş, s. 485.

⁴⁹ Alacakaptan, s. 116.

Suçun konusunun yokluğunun mutlak olduğu şeklinde bir değerlendirme yapıldığında ise, işlenemez suç mevcut olup, teşebbüsten dolayı sorumluluk söz konusu olmayacaktır.⁵⁰ Zira sonucun meydana gelmesi imkansız bir suça, teşebbüste imkansız olduğundan faile ceza verilemez. Öldürülmek istenenin daha önceden ölmüş olması, gebe olmayan bir kadının çocuğunun düşürtülmesi halleri, konuda mutlak imkansızlık durumuna örnektir.⁵¹

Uygulamada Yargıtay'ın mutlak imkânsızlık ve nispi imkânsızlık ayrımını benimsediği kararlar söz konusudur. Buradan yola çıkıldığında Yargıtay'ın da kanundaki düzenlemelere paralel olarak objektif teoriyi benimsediği ifade edilebilir. Nitekim Yargıtay bir kararında:

*“ Olay günü geceleyin bir lokantaya para çalmak maksadıyla giren ve boş çekmeceye para bulamayan fail şikayet üzerine yakalanmıştır. Gerçekten failin cürmi hareketlerinin yöneldiği nesneye suçun maddi konusu denilmekte ve bu konu suç kastının kapsamı içinde kalmaktadır. Hırsızlıkta maddi konu taşınır mal olup, suç anında varlığı veya yokluğu eylem sırasında değil eylem öncesi bir değerlendirmeye her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanılmak gerekir. Bu saptamada varılan olumsuz sonuç, yani maddi konunun kesin olarak yokluğu, işlenemez suç; olumlu sonuç yani maddi konunun nispi yokluğu ise eksik kalkışma aşamasında kalmış suç uygulamasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşının girdiği lokantadaki çekmeceye para bulunması, yukarıdaki deneyimlere göre doğal ve olağandır. O yüzden paranın suç anında çekmeceye bulunmaması, maddi konunun niteliğine göre, mutlak değil nispi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez suç bulunduğu ileri sürülemez ve hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturur”.*⁵²

Yargıtay objektif teori doğrultusunda vermiş olduğu bir diğer kararında:

“Sanık tarafından 12.09.2006 tarihinde imal edilerek mağdurun adresine kargo ile gönderilen ikinci bombanın mağdurun adresinin eksik olması

⁵⁰ Adem Sözüier, Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Ve Kriminoloji Araştırma Ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul 2015, s. 40.

⁵¹ Artuk, s. 660.

⁵² Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 14.6.1983, 4019/5260. YKD, Ekim 1983, s.1543, Özgenç, s.495.

nedeniyle ulaşmadan geri döndüğü anlaşılma; sanığın hareketinin objektif olarak neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmaması nedeniyle işlenemez suç niteliğinde olacağı düşünülmemekle sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde kasten öldürmeye teşebbüsten ceza verilmesi, yasaya aykırıdır."⁵³

Teori eleştirilmiş ve mutlak- nisbi elverişsizlik konusunda yapmış olduğu ayırımın tutarlı olmadığı ifade edilmiştir. Bu yönde, doktrinin önemli bir kısmı maddi konunun mutlak - nisbi ayırımının, bu konuda ortaya çıkan gereksinimleri karşılayamadığını ve mutlak yoklukla - nisbi yokluğu ayırmada değişmez ve sağlam bir ölçüt getiremediğini ileri sürmüşlerdir. Örneğin yıllardır boş olan, terkedilmiş bir eve hırsızlık yapmak amacıyla girmek, çalınacak eşyanın mutlak yokluğu nedeniyle, işlenmesi imkansız bir suçu oluşturmaktadır. Ancak bu bakış açısı, farklı olaylarda, mutlak yoklukla ilgili farklı sonuçları ortaya çıkarabilecektir. Söyle ki, hırsızlık olayına kasanın bir ay, bir gün veya bir saat öncesinden boşaltılması arasındaki farklılığa değer atfedilecek midir? Ayrıca maddi konunun olay yerinden ne kadar zaman önce ayrılmış ve ne kadar uzaklaşmış olması halinde, nisbi bir yokluğun söz konusu olacağına dair kesin bir ölçü yoktur. Diğer yandan mutlak yoklukta suçu işlemek ne kadar imkansız ise, hareketin yapıldığı anda olay yerinde bulunmayan nisbi yokluk hallerinde de o kadar imkansızdır.⁵⁴

Objektif teoriyi eleştiren Özgenç'e göre, suçun konusu açısından, elverişsizlikten değil, yokluktan söz edilebilir. İşlenmek istenen suç açısından konu mevcut değilse, ortada işlenemez suç vardır. Yazara göre, suçun konusunun yokluğu açısından mutlak ve nisbi ayırımı yapılamaz. Somut olayın meydana geldiği şartların gözönünde bulundurulması suretiyle suçun konusunun mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Buna göre, somut olayda işlenmek istenen suçun konusu ya vardır ya da yoktur. Bu suçun konusu yoksa farazi bir değerlendirmeye bu yokluğun "nisbi" olduğunu ve dolayısıyla, işlenmek istenen suçta teşebbüsün gerçekleştiğini kabul eden bu görüş doğru değildir. Bu gibi olaylarda failin gerçekleştirdiği hareketin bağımsız bir suçu oluşturup

⁵³ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2016/3543 E. , 2017/5248 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 04.02.2019)

⁵⁴ İpekçioğlu, s.110.

oluşturmadığını tayin etmek gerekir. Mesela, fail, mağdurun yatağında uyumakta olduğunu zannederek silahıyla yatağa doğru birkaç el ateş eder. Ancak, gerçekte yatak boş olduğu için herhangi bir kimse yaralanmamış veya ölmüş değildir. Bu durumda mesela ateşli silah bulundurmamak suçundan dolayısıyla failin cezalandırılması mümkündür. Yine, hamile olduğu zannedilen kadının, çocuğu düşürmek amacıyla bir takım ameliyeye maruz bırakılması durumunda, kürtaj suçunun konusu mevcut olmadığı için bu suç oluşmayacak ise de; kasten yaralama suçunun oluştuğunu söylemek mümkündür.⁵⁵

Hafızoğulları/Özen'e göre de maddi konunun nisbi yokluğunu mutlak yokluğundan mantıksal olarak belirgin bir şekilde ayırt etmek mümkün olmadığından, objektif teorinin getirmiş olduğu ölçüt, kuramsal bir esasa değil, daha çok pratik gereklere dayanmaktadır. Yazarlar, maddi/nisbi yokluk ayrımını anlamdan yoksun olduğundan keyfi de bulmaktadırlar.⁵⁶

Eleştiriler nedeniyle objektif teori, konunun elverişliliğinin hangi ana göre araştırılacağı hususunda bir değişim göstermiş ve bu kapsamda mutlak-nisbi elverişliliği failin hareketi yaptığı zamana göre araştıran (ex ante) "yeni objektif teori" ileri sürülmüştür. *Tehlike teorisi (görüşü)* olarak da anılan bu teorinin detayları aşağıda ayrı bir başlık altında izah edilecektir.

2. Subjektif Teori

Pozitivist teori olarak da adlandırılan bu görüş, *Garofalo* tarafından ortaya atılmış ve birçok *pozitivist* yazar tarafından benimsenmiştir. *Garofalo*'ya göre cezalandırma bakımından önemli olan husus, hukuk tarafından korunan hak ve menfaatin bizzat maruz kaldığı objektif tehlike değil, suça yönelmiş olan iradenin dış dünyada belirmesidir. Ancak *Garofalo*, bu noktadan sonra subjektif teoriden ayrılarak, teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilme için, suç kastının ortaya çıkmasının yanında, failin ahlaki kötülüğünün de belirlilik kazanması gerektiğini savunmuştur.⁵⁷

⁵⁵ Özgenç, s. 494-495.

⁵⁶ Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 341.

⁵⁷ Demirbaş, s. 486.

Subjektif teoriye göre, ceza vermek için failde suç işleme kastının bulunması yeterli olup neticenin herhangi bir önemi yoktur; çünkü failin ahlaki kötülüğü ve toplum için zararlı bir kimse olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla, bir takım tesadüfler sebebiyle neticenin gerçekleşmesi, suç işleme niyetini açıkça ortaya koyan failin cezalandırılmasına engel olmaz. Örneğin, mağdurun cebine elini sokan yankesici orada para bulamamış olabilir; fakat bulsaydı alacaktı; işlenemez suç diye faile ceza vermemek doğru değildir.⁵⁸ Suç işleme kastını ortaya koyan, böylelikle tehlikeli kişiliğe sahip olduğu anlaşılan failin cezalandırılması gerekmektedir. Bu düşünce bağlamında görüşlerini açıklayan yazarlar, failce gerçekleştirilen hareketlerin elverişsiz olup olmadığı konusunun hiçbir öneminin olmadığını, bozulan toplum düzeninin ve güvenliğinin sağlanması bakımından işlenemez suçta da failin cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁹ Bu teoriye göre önemli olan, failin toplum için tehlike teşkil ettiğini niyet ve davranışlarıyla ortaya koymasındır. Bu nedenle işlenemez suç kapsamında değerlendirilen suçun konusunun yokluğu hallerinde de fail, teşebbüs hükümleri aracılığıyla cezalandırılmalıdır.

Subjektif teori, aşırılığa götürmesi nedeniyle eleştirilmiştir; çünkü ceza vermek için yalnız kastın ortaya çıkması ile yetinildiğine göre, ceza hukuku sahası dışına çıkılarak, hiçbir zarar veya zarar ihtimali bulunmayan hallerde de ceza vermek gerekecektir. Örneğin, ölmüş birinin canlı zannedilerek öldürülmek istenmesinde olduğu gibi.⁶⁰

3. Tehlike Teorisi (Yeni Objektif Teori)

Objektif teorinin bir türü olan, *v. Liszt* tarafından ortaya atılan ve *v. Hippel* tarafından geliştirilen *tehlike teorisine* göre, failce gerçekleştirilen hareket, suç konusu üzerinde herhangi bir tehlike yaratmayacak nitelikteyse, ya da meydana gelebilecek tehlike önemli değilse, teşebbüs söz konusu olmaz. Bu nedenle failin de cezalandırılmasına gerek yoktur. Hareketin tehlike yaratıp yaratmayacağı veya ne zaman tehlikeye

⁵⁸ Demirbaş, s. 486.

⁵⁹ İçel, s. 527-528.

⁶⁰ Demirbaş, s. 486.

neden olacağı konusunda hakimin takdir hakkı bulunmaktadır.⁶¹ Bu düşünceye göre suç konusunun varlığını hareketin gelişmesine göre değerlendirmek gerekir.⁶²

Eski ve yeni objektif teorilerin ayrıldıkları nokta; eski teorinin mutlak ve nisbi elverişlilik veya elverişsizliği *ex post*, yani sonuç yönünden ve o ana göre yapmasıdır. Buna karşılık yeni objektif teori, belirli bir suç bakımından, işlenemez suç olup olmadığı hususundaki araştırmanın, *ex ante* yapılması gerektiğini kabul eder; yani hareketin yapıldığı ana (*ex ante*) göre, failin tasavvuru ile netice arasında bir uygunluk olup olmadığını araştırır; ayrıca elverişsizliğin mutlak veya nisbi şeklinde olan ayırımına önem vermez. Eğer uygunluk varsa işlenebilir suç vardır ve teşebbüs hükümleri gereğince failin sorumluluğu olacaktır; uygunluk yoksa işlenemez suç vardır ve fail cezalandırılmayacaktır.⁶³ Gerçekten, örneğin, otobüste, para cüzdanını çıkarken evde unutan bir yolcunun cebine elini sokarken yakalanan yankesicinin fiili, işlenemez suç değil, hırsızlık suçuna teşebbüstür. Zira fiilin ortaya konulduğu anda maddi konunun mevcudiyeti şüpheli değildir⁶⁴. Bu nedenle failin yankesiciliğe yönelik fiili ile gerçekleşmesini umduğu hareket arasında bir uygunluk mevcuttur.

Yargıtay da birçok kararında, maddi konunun yokluğunu *ex-ante* bir değerlendirmeye belirlemiş ve somut olay koşullarına göre, maddi konunun varlığının muhtemel olup olmamasına bakarak teşebbüse veya işlenemez suça hükmetmiştir. Nitekim yüksek mahkeme maddi konunun mutlak-nisbi yokluğu ayırımını yaptığı kararlarında bile, esasen bu ayırımı yalnızca tesadüfi imkânsızlık hallerine bağlı kalmaksızın, *ex-ante* bir değerlendirmeye yapmış, dolayısıyla söz konusu ayırımı yaptığı hallerde de klasik objektif anlayıştan ziyade, bu görüşe yakın kararlar vermiştir.⁶⁵

“Sanıklar ..., ..., ..., ... ve ... hakkında müştekiler ... ve ...'e karşı işlemiş oldukları hırsızlık suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde;

⁶¹ İçel, s. 527.

⁶² Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.328-329.

⁶³ Demirbaş, s. 486-487.

⁶⁴ Hafızoğulları/Özen, s. 341.

⁶⁵ Özocak, s. 985.

Sanıkların hırsızlık yapmak için girdikleri müştekelere ait evde çalacak vasıf ve değerde eşya ya da para bulamadıkları için bir şey almadan olay yerinden ayrıldıkları iki eylemde; hırsızlık suçunun icra hareketine başlandığı, ancak tamamlanmadığı anlaşıldığından, anılan suçların teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülmeden yazılı şekilde uygulama yapılması,

Bozmayı gerektirmiş, o yer Cumhuriyet Savcısının temyiz talepleri bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, hükümlerin açıklanan nedenle tebliğnameye uygun olarak BOZULMASINA...".⁶⁶

Bu teoriye göre, failin hareketi, suç konusu üzerinde bir tehlike meydana getirmeye muktedir değilse, işlenemez suçtan bahsedilir. Teşebbüs yoktur. Failin davranışının konu üzerinde tehlike yaratabilip yaratamayacağı değerlendirilirken failin bilgisi ile birlikte, genel hayat tecrübeleri de esas alınır ve bu değerlendirme hakim tarafından yapılır. Sadece failin bilgi ve tecrübeleriyle yetinilmez. Örneğin, atış mesafesinin dışında kalan bir kişiye tüfekle ateş edildiğinde ve doğal olarak isabet kaydedilemediğinde, bu teoriye göre (normal insanın deneyimlerine, ortak hayat tecrübelerine ve bu ve benzer hadiselerdeki sonuçlara bakılarak) objektif bir tehlikenin yokluğu sebebiyle, mutlak imkansızlığın varlığı kabul edilmelidir.⁶⁷ Aksi yönde örnek vermek gerekirse, bir kadın hamile olduğunu zannederek ve 10 haftadan sonra çocuğunu aldırılmak için doktora gider; bu sırada kadının hamile olmadığı anlaşılabilirse bile doktor çocuk düşürmeye teşebbüsten; kadın ise çocuk düşürmeye teşebbüsten sorumludur; kadının hamile olmaması doktorun sorumluluğunu etkilemez.⁶⁸

Somut tehlike (yeni objektif) teorisine göre maddi konu olmasa dahi hareketin yapıldığı anda, genel hayat tecrübesine göre failin fiili ile gerçekleştirmek istediği netice arasında uygunluk bulunuyorsa bir başka deyişle, failin fiili tehlikeli ise suça teşebbüs söz konusu olacaktır. Oysaki sübjektif teori açısından önemli olan failin suç işleme enerjisine sahip olması ve bunu dış dünyaya yansıtmasıdır. İki teori arasındaki farkı daha net bir şekilde izah için şu örnek verilebilir: Genel yaşam deneyimine göre bir bankanın kasasında para bulunması ola-

⁶⁶ Yargıtay, 13. Ceza Dairesi 2016/6126 E. , 2018/2104 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 05.02.2020)

⁶⁷ Artuk, s. 660-661.

⁶⁸ Demirbaş, s. 487.

ğandır ve olayların büyük çoğunluğunda bunun böyle olması normaldir. Bu nedenle, taşınma dolayısıyla kasası boş banka şubesine girerek kasayı açmak üzereyken yakalanan hırsız, somut tehlike teorisine göre teşebbüsten cezalandırılmalıdır.⁶⁹ Sübjektif teoriye göre ise failin hırsızlık için girdiği bankada, kasa bulunmasa dahi fail suça teşebbüsten cezalandırılır. Zira bu teoriye göre suçun maddi konusundan bağımsız olarak faildeki ruh kötülüğü başlı başına cezalandırılma için yeterlidir.

IV. SUÇUN MADDİ KONUSUNUN YOKLUĞU VE TİPİKLİK HATASI

Bilmeme veya yanlış bilme şeklinde ortaya çıkan hata, kişinin tasavvuru, zihninden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymamasını ifade eder.⁷⁰ Hata, kural olarak iradenin oluşum sürecine etki eder ve gerçeğin yanlış biçimde tasavvuru veya bilinmesi nedeniyle irade bozulmuş olarak doğar. Failin tasavvurunun konusu dış dünyaya ait bir şeye ait olabileceği gibi normatif dünyaya (kurallar alanına) ilişkide olabilir. Dış dünyaya ait bir şeyin olduğundan farklı bir şekilde algılanması halinde *tipiklik hatasından*, normatif dünyaya ait gerçekliğin olduğundan farklı bir biçimde değerlendirilmesi halinde ise *yasak hatasından* bahsedilir. Tipiklik hatası bir algılama hatası olduğu halde; yasak hatası bir değerlendirme hatasıdır.⁷¹

Hata TCK'nın 30. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) *Fii- lin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*

(2) *Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*

(3) *Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”.*

İnceleme konumuz suçun maddi konusu, suçun maddi unsurlarından biri olduğundan yapacağımız açıklamalar, maddenin 1. fıkrası

⁶⁹ Centel / Zafer / Çakmut, s. 485.

⁷⁰ Artuk vd., s. 579.

⁷¹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 240.

çerçevesinde olacaktır. Öncelikle belirtmeliyiz ki, kasıtlı suçlarda suçun maddi unsuruna (dolayısıyla konuya) ilişkin fiili hatanın kusurluluğu ve sonuçta sorumluluğu tam olarak etkileyebilmesi için *esaslı* nitelik göstermesi gerekir. Fail hataya düşmeseydi eylemi suç oluşturmayacak idiyse, hatası esaslıdır ve bu durumda kast şeklindeki kusurluluk unsuru tamamen ortadan kalkacağı için ceza sorumluluğu söz konusu olmaz.⁷² Örneğin, tarlada korkuluk sanarak bir insana ateş eden kişinin düştüğü hata, suçun maddi konusu açısından esaslıdır.

Hata nedeniyle failin kasti kalkar. Ancak failin hatası, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanıyorsa bu halde suçun maddi unsurlarının taksirli bir şekilde gerçekleştiğinden bahsedilir. Bir başka anlatımla, fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet etseydi hataya düşmezdi denilebiliyorsa, bu halde taksirle gerçekleştirilmiş bir haksızlık söz konusu olmaktadır.⁷³ Konuyla ilgili Yargıtay kararı: “Şu durumda; yorgun olarak eve gelip, aydınlık olan dış ortamdan karanlık olan ev ortamına giren sanığın, sincaplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların da etkisiyle, pencerenin önünde hareket eden canlıyı sincap zannedip, gerekli dikkat ve özeni göstermeden av tüfeği ile ateş etmek suretiyle pencerenin önünde bulunan kardeşini vurmaktan ibaret eylemi, hem 765 sayılı Yasa açısından, hem de 5237 sayılı Yasa yönünden “taksirle öldürme” suçunu oluşturacağından Yerel Mahkemenin direnme kararı yerinde değildir.”⁷⁴ şeklindedir.

Kişinin içine düştüğü yanlıgı aksi yönde de olabilir. Mesela kişi, müşterek ağıldan A'ya ait koyunu çalmak isterken, yanlışlıkla kendi koyununu aldığında hırsızlık suçunu işlemek kastıyla hareket etmiştir. Ancak hırsızlık suçunun çalınan şeyin (suçun maddi konusunun) başkasına ait olması gerektiği hususundaki unsuru bu olayda gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla, bu fiil nedeniyle kişinin cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir.⁷⁵ Ancak burada kişinin cezasızlık nedeni, TCK 30. madde de düzenlenen hata hükümleri değil, maddi konunun yokluğuna bağlı elverişsiz teşebbüstür (işlenemez suç) .

⁷² İçel, s. 483.

⁷³ Artuk vd. s. 588.

⁷⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2008/1-150 E., 2008/192 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

⁷⁵ Özgenç, s. 460.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere suçun maddi konusunun bulunmadığı durumlarda, TCK m.30/1 kapsamında tipiklik hatasının bulunduğu söylemek mümkün değildir. Zira fail klasik tipiklik hatasında yanıldığı suçu işlemek istememektedir. En fazla tedbirsizlik ve dikkatsizliğe bağlı taksirli sorumluluk hali söz konusu olur. Oysaki elverişsiz teşebbüste (işlenemez suç) fail açıkça maddi konusu olmayan suçu işlemek istemektedir. Failin kastı, TCK m.30/1’de düzenlenen suçun maddi unsurlarına dair hata (tipiklik hatası) hükümlerinin kendisine tatbikine engel teşkil eder.

SONUÇ

Suçun maddi konunun bulunmadığı durumlarda, suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı hususunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda açık bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceği belirsizdir. Suçun maddi konusunun yokluğu halinde doktrinde işlenemez suçun varlığı kabul edilmekle birlikte, teşebbüsün cezalandırılması meselesi tartışmalıdır. *Objektif teorinin* suçun maddi konusunun yokluğuna ilişkin mutlak ve nisbi elverişsizlik ayrımını tutarsız bulmaktayız. Zira suçun maddi konusu ya vardır ya da yoktur. Bunun dışındaki ayrımlar farazidir. İlâveten bu teori, mutlak ve nisbi yokluk tespit edilirken, imkânsızlığın hangi andan itibaren bulunması gerektiği konusunda somut bir ölçüt önerememiştir. Kanaatimizce burada bakılması gereken, hareketin gerçekleştiği anda failin olayla ilgili bilgisi de dikkate alınarak maddi konunun var olup olmadığıdır. Suçun üzerinde gerçekleştirileceği kişi veya şey olmasa dahi failin fiili bağımsız bir suç teşkil ediyorsa, bu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilmelidir. Örneğin, cesede yaşıyor zannıyla ateş kişinin, ateşli silah bulundurma ve kişinin hatırasına hakaret suçlarından dolayı cezalandırılması gerekir.

Sübjektif teori ise suçun maddi konusunun yokluğuna bakmayıp, ceza vermek için yalnız kastın ortaya çıkması ile yetindiğinden çağdaş ceza hukukunun prensipleri ile bağdaşmamaktadır. Zira bu teoriye göre, hiçbir zarar veya zarar ihtimali bulunmayan hallerde de failin ruhen kötülüğü ceza vermeyi gerektireceğinden, cezalandırmanın sınırı aşırı genişlemektedir.

Suçun maddi konusunun bulunmadığı durumlarda, TCK m.30/1 kapsamında tipiklik hatasının bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Zira fail klasik tipiklik hatasında yapıldığı suçu işlemek istememektedir. Oysaki elverişsiz teşebbüste fail açıkça maddi konusunda hataya düştüğü suçu işlemek istemektedir. Ayrıca maddi konunun hareketin elverişsizliğinin ayrılmaz bir unsuru olduğu yönündeki görüşe de katılmamaktayız. Elbette aralarında bir bağ bulunmakla beraber, suçun maddi konusunun yokluğu, hareketin elverişsizliği ile aynı şey değildir. Örneğin, yanlışlıkla bir gölgeye ateş etme, maddi konu bulunmasa dahi esasında bir insanı öldürmek için elverişli bir harekettir.

Konunun doktrinde bu kadar yoğun tartışılmasının nedeni, TCK'da düzenlenmeyiştir. Bize göre maddi konunun bulunmaması durumunda suça teşebbüs açısından yapılacak değerlendirmede hareket noktası somut tehlike (yeni objektif) teorisi olmalıdır. Elbette ki teşebbüsün cezalandırılma nedeni failin fiilinin suçu oluşturmaya uygun ve tehlikeli oluşudur. Suçun maddi konusunun yokluğu halinde neticenin meydana gelmesi mümkün olmasa da, hareketin yapıldığı ana (*ex ante*) göre, failin düşüncesi ile netice arasında bir uygunluk varsa, failin fiili suçu oluşturmaya uygun ve tehlikeli ise suça teşebbüs mümkün olacaktır. Örneğin kişiyi öldürmek kastıyla boş yatağa ateş edilmesi halinde, olay anı esas alınmak üzere failin bilgisi ve genel hayat tecrübeleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre failin ateş ettiği boş yatak, öldürülmek istenen kişinin sürekli kullandığı konutunda yer alıyorsa, vakit kişinin yatakta bulunmasına uygunsa, kişi tesadüfen o anda yatakta değilse, kasten öldürmeye teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Zira bu durumda failin fiili suçun maddi konusu üzerinde tehlike oluşturmaktadır. Aksi koşulların varlığı halinde ise işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) söz konusu olmalıdır. Ayrıca verdiğimiz örnekte maddi konu olmasa da fail, suça ilişkin icra hareketleri ile tehlikeli kişiliğini ve kastını ortaya koymuş; korunan hukuki menfaati tehlikeye atmıştır. Bu nedenle faile, teşebbüs hükümleri uygulanmasa da antisosyal davranışından ötürü, en azından güvenlik tedbiri uygulanmasının uygun olacağı kanısındayız.

Kaynakça

- Alacakaptan Uğur, İşlenemez Suç, AÜHF Yayınları, Ankara 1967.
- Artuk M. Emin/ Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Aydın Devrim, "Suça Teşebbüs", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2006, C.55 Sa.1, s. 85-113.
- Aydın Murat, "İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2013, Cilt 21, Sayı 1, s. 77-104.
- Bayraktar Köksal, "Uğur Alacakaptan-İşlenemez Suç", Kitap İncelemesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1968, Cilt: 34 - Sayı: 1-4, s. 714- 730.
- Centel Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Basım, İstanbul 2017.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Basım, İstanbul 1998
- Erem Faruk, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1968, S.1 C. 25, s. 11-33.
- Gardner Thomas J. and Terry M. Anderson, Criminal Law, Wadsworth Publishing, Belmont USA 2012.
- Hafizoğulları Zeki ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler, Astana Yayınları, Ankara 2018.
- Heinrich Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ed. Yener Ünver (Çev. Hakan Hakeri vd.), Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul 2017.
- İpekçioglu Pervin A., Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Jeschek Hans Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş (Çev. Feridun Yenisey), Beta Basım, İstanbul 2007.
- Koca Mahmut ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Özbek Veli Özer vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Özocak Gürkan, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Öztürk Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Robbins Ira P., "Attempting the Impossible: The Emerging Consensus", *Harvard Journal on Legislation*, Volume 23, 1986, p. 377-443.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

- Sözüer Adem, Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş Ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul 2015.
- Tezcan Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Toroslu Nevzat, Haluk Toroslu. Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler) Cilt I, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 305, Ankara 2015.
- Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 317, Ankara 2016.

İnternet Kaynakları

- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (s.e.t.: 06.02.2020).
- https://ledroitcriminel.fr/la_science_criminelle/ (s.e.t.: 06.02.2020).
- tbbyayinlari.barobirlik.org.tr (s.e.t.: 04.06.2019).
- dspace.ankara.edu.tr (s.e.t.: 06.02.2020).

