

YENİ TCK'DA SUÇ İŞLEMENE TEŞEBBÜS

Av. M. İhsan DARENDE

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (YTCK) getirdiği en önemli değişikliklerden birisi de, teşebbüs hükümlerine ilişkindir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na (ETCK) kıyasla, birçok değişik düzenleme yer almıştır. Bu değişiklikleri ve genel olarak suç genel teorisi içinde teşebbüs hükümlerini incelemekte yarar bulunmaktadır.

Teşebbüs müessesesinde, hemen göze çarpan iki önemli değişiklik bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, tam-eksik teşebbüs ayrımının kaldırılmış olmasıdır. Diğeri ise birinci değişikliğin de etkisiyle, gönüllü vazgeçmenin, icra hareketlerinin bitmesinden sonra da uygulanabilir hale gelmesidir.

YTCK'nın 35. maddesi şöyle düzenlenmiştir: “(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur./ (2) Suça teşebbüs hâlinde fail, **meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre**, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir”.

Hükmün gerekçesi ise şu şekildedir: “Suça teşebbüste fail suçu tamamlamak amacıyla hareket etmesine rağmen, elinde olmayan nedenlerden dolayı bunu gerçekleştirememektedir. Bu durumda ise kişiye tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza verilmektedir. Ancak teşebbüs hâlinde karşılaşılan en önemli sorunlardan biri, cezanın belirlenmesinde ‘eksik teşebbüs’ – ‘tam teşebbüs’ ayrımının esas alınmasıdır. Çünkü **‘eksik teşebbüs’– ‘tam teşebbüs’ ayrımında her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçüt bulunamamaktadır./ Bu nedenle suçun tamamlanamadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır.** Çünkü bir olayda icra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlike, icra hareketlerinin bitmesinden sonra meydana gelen zarar veya tehlikeden daha ağır olabilir./ Özellikle silâhla yapılan ve tekrarlanan hareketlerle gerçekleştirilmek istenen adam öldürme suçunda bu durum söz konusu olmaktadır. Örneğin tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen fail, icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye ‘eksik teşebbüs’ten dolayı, buna karşılık silâhındaki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettiremeyen fail, icra hareketleri bittiği için ‘tam teşebbüs’ten dolayı cezalandırılmaktadır./ Görüldüğü üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Hükümet Tasarısında yer alan ‘eksik teşebbüs’ – ‘tam teşebbüs’ ayrımı adil olmayan bir cezalandırmanın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu ayrım, **sırf hareket suçlarında uygulanamamaktadır./** Belirtilen bu sorunların giderilmesi için, yabancı birçok ceza kanununda olduğu gibi suça teşebbüste cezanın tespit edilmesinde, **‘eksik teşebbüs’ – ‘tam teşebbüs’ ayrımına maddede yer verilmemiş, adil ve eşit bir cezalandırma bakımından, teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması öngörülmüştür./** Buna göre, suça teşebbüs durumunda hâkim, önce cezanın belirlenmesindeki ölçülere göre temel cezayı saptayacak; daha sonra, bu konuya ilişkin hükümdeki sırayı takip ederek teşebbüs hükmünü uygulayacaktır. Bu hüküm uygulanırken,

somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüse ilişkin hükümde belirtilen sınırlar arasında ceza belirlenecektir”.

Görüldüğü gibi kanun koyucu, gerekçede amacını açıkça ifade etmiştir: Artık, eksik-tam teşebbüs ayrımı yapılmayacaktır. Önce, bu değişiklik için mantıksal temel oluşturan önermeyi ele almak gerekmektedir. Buna göre, mezkûr ayırım, adil olmayan sonuçlar verebilmektedir. Gerekçeye göre bunun örneklerinden birisi, silahındaki çok sayıda mermiden birini atıp isabet kaydeden ve fakat diğerlerini atamayan failin eyleminin “eksik teşebbüs”; buna karşılık, tek mermisini atıp, isabet ettiremeyen failin eyleminin “tam teşebbüs” olarak nitelendirilmesidir. Oysa bu örnekler, ne uygulamaya uygundur, ne de öğretiyeye... Çünkü icra hareketlerinin bitmesiyle ilgili olarak, öğretilerde birçok kriter geliştirilmiş olmasına rağmen, bunlardan hiç birisinde, tabancayı ateşleyip isabet ettiren failin (başka mermileri bulunsa da, bulunmasa da) icra hareketlerini tamamlayamamış sayılması söz konusu değildir. Hatta öğretilerde baskın olan görüş, isabet kaydetmiş olmasa bile, merminin ateşlenmiş olması halinde, icra hareketlerinin tamamlanmış sayılması şeklindedir. Bunlar farklı gerekçelere dayansa da, sadece bu olgunun (merminin ateşlenmiş olmasının), icra hareketlerini bitirdiği hususunda yaygın bir görüş bulunmaktadır. Örneğin, Dönmezer-Erman’a göre, engel sebep ortaya çıktığı anda fail, yaptığı hareketin bütün iz ve eserlerini silebilecek durumdaysa, icra hareketleri bitmemiştir. Oysa tabanca ateşlendiğinde, iz ve eserlerin silinmesi mümkün değildir. Bu sebeple, bu anda icra hareketleri sona ermiş demektir¹. Öğretilerde kabul edilen görüşe göre, icra hareketlerinin tamamlanması ile tekrar edilmesi farklı kavramlardır. Ateşli silahla yapılan her bir atış, başlı başına bağımsız bir icra hareketidir. Sonradan yapılan atışlar, sadece, icra hareketlerinin tekrarlanması niteliğindedir². Yoksa icra hareketlerinin bitip bitmemesi, failin niyetine göre ölçülemez.

Bu hususta uygulamanın geliştirdiği kriterin dayanağı ise “mağdurun isabet alıp almaması” olgusudur. Yargıtaya göre teşebbüs, atış veya atışlar sonucunda mağdur yaralanmış ise tamdır; yaralanmamış ise eksiktir³. Kısaca, gerek uygulama, gerekse doktrine göre, silahtaki mermilerin bitip bitmemesinin, teşebbüsün derecesi yönünden önemi yoktur. Gerekçede yer alan mezkûr açıklama, icra hareketlerinin tamamlanması ile tekrarlanması arasındaki farkın gözden kaçırılmasına dayalıdır.

TEŞEBBÜSÜN NİTELİĞİ

Bununla birlikte, ayırımın kaldırılmasına ilişkin yeni düzenlemenin, ceza hukukunun amacına ve toplumsal ihtiyaçlara daha uygun olduğu kanısındayım. Bu hususun incelenebilmesi için, teşebbüsün niteliğinin ele alınmasında fayda vardır: Doktrinde, teşebbüsün hukuki niteliği ile ilgili olarak, iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, teşebbüsü, tamamlanmış suça oranla bağımsız ve kendi bakımından yeterli bir suç olarak değerlendirmektedir⁴. Diğer grup ise (kendi içinde farklılıklar taşısın da) teşebbüsü, tamamlanmış suçun bir derecesi, teşebbüs hükümlerini de, tamamlanmış suça ait kuralları genişleten hükümler olarak nitelendirmektedir⁵.

Bir başka [makalede](#) belirttiğim gibi⁶, ceza hukuku, ortak aklın, toplumsal gelişme imkânlarını sürekli olarak açık tutarak, bireyin tanımlanmış hak ve özgürlükler alanını olabildiğince genişletmeyi amaçlar. Bunu sağlamak için de birçok kurallar koyar. Bu kurallara aykırılık teşkil eden insan davranışları, suçun maddi unsurunun hareket alt unsurunu teşkil eder. Netice ise bu davranışlar sonucunda ortaya çıkan toplumsal gerginlikler; yani toplumsal gelişme imkânlarında ortaya çıkan yavaşlama ya da [gerilemedir](#)⁷. Ortak aklı tespit eden kanun koyucu, bazen, sadece hareketin varlığını, bu gerginliğin doğması açısından

yeterli görmüş ve dış dünyada, bundan başka bir değişiklik olmasını aramamıştır. Bununla birlikte, dış dünyada, hareketin kendisinden başka bir değişiklik de meydana gelmiş ise, toplumsal gerginlik daha da artacaktır. İşte bu sebeple, dış dünyada hareketten ayrı bir gerginlik yaratan değişiklik hallerinde, daha ağır yaptırımlar öngörülmüştür. Çünkü yaptırım, netice ile yani, toplumsal gerginlikteki ağırlıkla orantılı olmak; bu gerginliğin iz ve eserlerini bertaraf edecek şekilde düzenlenmek zorundadır. Kanun koyucu, bu tipteki (neticesi hareketten ayrı) suçlarda, dış dünyada ne tür değişiklikler olacağını da ayrıca belirtmiştir. Suçta kanunilik ilkesi uyarınca, dış dünyada, kanun koyucunun belirttiği bu değişiklik meydana gelmediği takdirde, eylemin yaptırıma bağlanması mümkün değildir. Oysa bizatihi hareketin kendisi bile, kuralları ihlal edip, dış dünyaya yansarak, belli ölçüde toplumsal gerginlik doğmasına sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla, bu gerginliğin toplumdaki iz ve eserlerinin de bertaraf edilmesi gerekmektedir. İşte bu sebeple kanun koyucu, dış âlemde öngördüğü değişiklik gerçekleşme bile, salt bu değişikliği doğurabilecek hareketin, yani kural ihlalinin yapılmasıyla ortaya çıkan gerginliği bertaraf edebilmek için, teşebbüs hükümlerini ihdas etmiştir. Dolayısıyla teşebbüs, tamamlanmış suçun bir bölümü, teşebbüs hükümleri de, tamamlanmış suça ilişkin hükümleri tamamlayan hükümlerdir. Bu durumda da, sadece hareketin yapılmasıyla toplumda gerginlik doğmuştur, ancak bu, suç tipinde öngörülen dış âlemdeki değişikliğin doğuracağı gerginlikten daha hafiftir. Gerginlik doğduğundan, eylemin yaptırıma bağlanması zorunludur; ancak yaptırımın, suç tipinin öngördüğü neticenin gerçekleşmesi hali için öngörülenden daha hafif olması gerekmektedir. Çünkü gerginlik o ölçüde değildir ve yaptırım, gerginlikle orantılı olmak zorundadır. YTCK hükümleri, bu sebeple yerindedir. Çünkü yaptırım, zararın ya da tehlikenin ağırlığına göre belirlenecektir. Hâkim, hareketin (ya da buna bağlı olarak dış dünyada kısmen gerçekleşen değişikliğin) oluşturduğu toplumsal gerginliği tespit ederek, temel cezadan, buna uygun oranda indirim yapacaktır. Zarar mevcut ise (ki bu dış âlemde, hareketten başkaca bir değişiklik olduğunu göstermektedir) gerginlik daha büyük olacaktır. Zarar ne kadar çok ise gerginlik de o ölçüde fazla olacaktır. O halde zararın varlığı ve ağırlığı, cezadan daha az miktarda indirim yapılmasının gerekçesi olacaktır. Zarar yoksa, bu kez de tehlikenin derecesi araştırılacaktır. Çünkü bizatihi hareket, dış âlemde bir değişikliktir ve bunun varlığı bile gerginliğin doğması için yeterlidir. Burada oluşan tehlike, toplumsal gerginliğe yol açmıştır. İşte bu gerginlik ne kadar ağır ise yaptırım da o ölçüde ağır; teşebbüs sebebiyle temel cezadan yapılacak indirim o ölçüde az olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, zararın ya da tehlikenin, tamamlanmış suçun oluşturacağı zarar ya da tehlike ile oranlanarak tespit edilmesi gerekliliğidir. Bu da makuldür; çünkü, suç tamamlanmamış ise ortaya çıkan gerginlik, tamamlanması haline göre daha hafif olacaktır. Cezadaki indirim, tamamlanmış suç için öngörülen miktar üzerinden yapılacağına göre, mukayesenin, suç tipinde öngörülen zarar veya tehlike ile gerçekleşen zarar veya tehlike arasında yapılması tabiidir.

TEŞEBBÜSÜN ŞARTLARI

I. Kast:

II.

Gönüllü vazgeçme ile ilgili değişiklikleri incelemeden önce, teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için gereken koşulları kısaca gözden geçirmekte fayda vardır: Bunlardan **birincisi kast bulunmasıdır**. Nitekim YTCK (ve ETCK'nın 61 ve 62. maddeleri) "...işlemeyi kastettiği bir suçu..." demek suretiyle, bu koşulu açıkça belirtmiştir. Tabiidir ki buradaki kast, suçu teşebbüs derecesinde bırakma kastı değildir; tamamlanmış suçu işleme iradesidir. Manevi unsur başka bir incelemenin konusu olmakla birlikte, modern öğretilerde ittifakla kabul edilen görüşe göre kast, "yapılan hareketin belli bir neticeyi doğuracağını **bilme** ve bu neticenin gerçekleşmesini **isteme**"dir⁸. Bunun yanında, netice açıkça istenmiş

olmasa da, harekete mutlak ya da çok kuvvetle muhtemel bir bağla bağlanmış olması sebebiyle istenmiş sayıldığı (göze alındığı) olgulardaki kasta, “belirsiz kast” denmektedir⁹. YTCK’nın 21/2. maddesinde bu kast; “kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kast vardır” demek suretiyle ve olası kast adıyla düzenlenmiştir. Öğretide, “olası kast”, “belirsiz kast”, “dolaylı kast” gibi kavramlar üzerinde birlik bulunmadığından, burada YTCK’nın terminolojisi ile açıklamak daha uygun olacaktır. İttifakla kabul edilen husus, olası kastın neticeyle belirleneceği, gerçekleşen neticeyle sınırlanacağı şeklindedir. Buna göre, teşebbüs için olası kastın varlığı yeterli değildir. Çünkü netice gerçekte istenmiş değildir; sadece göze alınmıştır ve fakat gerçekleşmemiştir. O halde olası kastla işlenen bir eylemde, teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Örneğin, amacı sadece korku yaratmak olan bir şahıs, insan topluluğunun ortasına bu sebeple bomba atarsa, bombadan dağılan parçaların, oradaki insanlardan herhangi birisine isabet ederek yaralayabileceğini ya da öldürebileceğini öngörmüştür. Üstelik bu netice, hareketine çok sıkı bir bağla bağlıdır. Fail aslında hiç kimsenin yaralanması ya da ölmesini istemiş olmasa dahi, bu neticeyi göze almıştır. O halde, olası kasta hareket etmiş demektir. Bu örnekte birkaç kişi yaralanmış olursa, fail “öldürmeye teşebbüs” değil; “müessir fiil” suçundan ceza alır. Oysa fail, bu bombayla oradakileri öldürmek istemiş olsaydı, öldürmeyi amaçladığı her bir şahıs sayısınca “öldürmeye teşebbüs” eyleminde bulunmuş olurdu. Kanımca suçun manevi unsuru, “hukuka aykırılık bilinciyle yapılan hareketten doğacak, mutlak ve çok kuvvetle muhtemel sonuçları bilmek”tir. Bu bilince sahip olduğu halde hareketten vazgeçmeyen fail, doğacak zararı ve toplumsal gerginliği önemsememiştir. Bu suretle kamunun özel olarak ilgilenmesi gereken bir kişi olduğunu göstermiştir. Sorumluluk için bu bilinç (ve tasavvur) yeterlidir. Bu sebeple öğretinin “belirsiz kast” ya da “olası kast” olarak kabul ettiği durumlarda da teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyim. Ancak bu görüşün doktrinde kabul edilmediğini, uygulamada da dikkate alınmadığını açıklamak zorundayım¹⁰.

II. İcra hareketlerinin başlaması:

Teşebbüs kurallarının uygulanabilmesi için gereken **ikinci koşul**, “**icra hareketlerinin başlaması**”dır. Failin, kötü düşüncesi tespit edilebildiği takdirde, her türlü hareketi sebebiyle cezalandırılması gerekip gerekmediği öğretide çok tartışılmış konulardan birisidir. Pozitivist okul, kişisel ceza sorumluluğunu kabul etmeyip, esaslarını toplumun savunmasında bulduğundan, toplum için tehlike hali gösteren kişiler üzerinde yaptırım (tedbir) uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Böyle olunca da, kişinin tehlike halini gösteren her unsur ve bu bağlamda her hareket, tedbirin uygulanmasını gerektirmektedir. İşte bu sebeple pozitivist öğretiye göre, hazırlık hareketleri dahi, tehlike halini göstermek kaydıyla cezalandırılabilir ve teşebbüs hükümlerinin uygulanması için yeterlidir¹¹. Buna karşılık klasik okulda baskın olan görüşe göre, hareketlerin cezalandırılabilir hale gelmesi için, belli özellikler göstermesi ve hazırlık hareketi olmaktan çıkması gerekmektedir. Aksi takdirde, dış dünyaya yansımaya düşüncenin dahi cezalandırılması sonucu ortaya çıkar ki, özgürlükçü toplumlarda bunun kabulü mümkün değildir¹². Bu ayrımı kabul edenler, hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini ayırt etme hususunda çeşitli kriterler önermişlerdir. En çok taraftar bulan kriterlerden birisi şudur; hareketten, bir suça yöneldiği iltibasa meydan vermeyecek şekilde açığa çıkıyorsa bu, icra hareketidir. Bu kriteri subjektif esasa göre düzenleyen bir başka görüş ise, hareketin -diğer delillerle birlikte- failin suç işleme kastını şüpheye yer bırakmayacak şekilde göstermesi halinde icra hareketi olduğunu ileri sürmektedir. Bir başka görüş, mağdurun hukuksal alanına taşan hareketleri icra hareketi saymış, bir diğeri ise kanuni tipte açıklanan unsurları fiilen gerçekleştirenlere icra hareketi demiştir¹³. Başka bir kriter ise tamamlanması halinde neticeyi meydana getirebilecek olanı icra hareketi, ne kadar devam

etse de neticeyi meydana getirmesi mümkün olmayı hazırlık hareketi saymaktadır¹⁴. Yargıtayın bu konuda oturmuş bir uygulaması yoktur. Ancak bir kararında, tecavüz kastıyla mağdurun evine giren failin, yargılama aşamasında kastını ikrar etmesine de dayanarak, icra hareketlerine başlamış olduğu kabul edilmiştir¹⁵. Burada CGK'nın, "kastı, diğer delillerle birlikte şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkartan hareket" kriterine bağlı kaldığı görülmektedir. YTCK'ya ilişkin Dönmezer Tasarısı'nda kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketler icra hareketi sayılmaktaydı. Ancak Adalet Komisyonu, bu kriter uygun olarak sübjektif esasa göre belirleme yapıldığında, icra hareketlerinin sınırının genişleyeceği ve özgürlükler alanının daralacağı gerekçesiyle metni değiştirmiş ve "doğrudan doğruya icraya başlama" kavramına yer vermiştir. Hüküm bu haliyle yasalaşmıştır. Yukarıdaki kriterlerden YTCK'nın sözüne en uygun düşeni; "kanuni tipte yer alan unsurları fiilen gerçekleştiren hareketleri icra hareketi sayan"dır. Ancak bu durumda, toplumda gerginlik yaşanmasına sebebiyet veren, toplumsal barışı tehlikeye sokan birçok hareket yaptırım dışı kalabilecektir. Diğer yandan neticesi hareketten ayrı birçok suç tipinde, kanunda sadece netice düzenlenmiş, hareket konusunda açıklama yapılmamıştır. Serbest hareketli bu suçlarda (örneğin adam öldürme) hareket kanunda düzenlenmediğinden, fiilen gerçekleşen hareketlerin, kanuni düzenlemede yer alıp almadığına bakarak, icra hareketleri olup olmadığını tespit etmek olanaksızdır. Dolayısıyla belirtilen kriterin bu suçlar için uygulanması mümkün değildir. O halde başka bir kriter ihtiyacı bulunmaktadır. Kanımca, **sadece harekete bakarak, failin, suçun maddi konusunun ceza normuyla korunan hukuksal alanına tecavüz iradesi taşıdığı, şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkartılabiliyorsa, icra hareketleri başlamıştır.** Yukarıda açıklandığı gibi, ceza hukuku, ancak toplumda gerginlik yaratan, toplumsal barışı bozan olgularla ilgilenmektedir. Dolayısıyla, bir düşünce ne kadar kötü olursa olsun, dış âleme yansımakça, her hangi bir gerginlik ve korku yaratması, toplumsal barışı bozması mümkün değildir. O halde dış dünyada gerginlik yaratmayan hareketler, ceza hukukunun ilgi alanı dışındadır. Buna karşılık yapılan hareket, normla korunan hukuksal yarara saldırı iradesini kesin olarak ortaya koymakta ise artık gerginlik doğmuştur. Mağdurun bu hareket dolayısıyla duyduğu korku, topluma gerginlik olarak yansımıştır. Ancak bu korku ve gerginliğin doğabilmesi için, hareketin, hangi yarara tecavüz iradesiyle gerçekleştiğinin kesin olarak ortaya çıkması gerekmektedir. Çünkü ancak bu durumda, yani hareketin hangi yarara yöneldiğinin açıkça anlaşılması halinde, tamamlanmış suç ile yarım kalmış suç arasında bir mukayese yapılabilir. Eğer hareket -ama sadece hareket- failin, mağdurun hangi hakkına saldırma niyeti taşıdığını ortaya koymaya yeterli ise mağdur sadece bu hareket sebebiyle, korunan hakkının değeri ölçüsünde ağır bir korku duymuştur. Ortaya çıkan toplumsal gerginlik de bu korku ile doğru orantılıdır. O halde fail, bu yolda ne kadar ilerleyebilmiş, hedeflediği netice ile ilgili tehlike ya da zararı ne ölçüde gerçekleştirebilmiş ise korku ve gerginlik de o oranda büyüyecektir. Uygulanacak yaptırım, bu gerginliğin sonuçlarını bertaraf etmeyi amaçladığından, o oranda artacaktır. Ancak bunun için, sadece hareketin, korunan hukuki yarara yönelen iradenin varlığını kesin olarak ortaya koyması gereklidir. Eğer hareket, failin normun koruduğu hakkına tecavüz iradesini kesin olarak ortaya koymuyor ise ya hiç gerginlik olmayacak ya da daha hafif bir ihlal tehlikesi karşısında, daha az bir korku ve gerginlik ortaya çıkacaktır. O zaman da, normun koruduğu hakkın ihlalinin yaratacağı korku ve gerginlikle mukayese imkânı ortadan kalkacaktır. Bu durumda ise teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Önerdiğim kriter, hareketin dışında kalan hususları ve bunlara ilişkin delilleri değerlendirme dışında bırakmaktadır. Böylece, sadece düşüncede kalan kötülüklerin cezalandırılmasının önüne geçilebilecektir. Çünkü ancak, iradeyi tek başına gösterebilen hareket, korku ve gerginlik yaratacaktır. Bunun dışındaki hususların ise faille -ve fiille- ilgisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu kriter uyarınca, hareket tek başına tecavüz iradesini ortaya koymaya yetiyorsa, ayrıca -önceden açıklanan kriterde olduğu gibi- normu fiilen ihlal

edip etmediğini aramak gerekemeyecektir. Kaldı ki, yukarıda da açıklandığı üzere, serbest hareketli suçlarda, belirtilen kriter işe yaramamaktadır. Önerdiğim kriterin, YTCK hükümlerine de uygun olduğunu ve uygulanabileceğini düşünüyorum.

III. Araç ve konunun elverişli olması:

Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için gereken **diğer bir koşul, elverişli araçlar kullanılmasıdır**. YTCK'da bu koşulun sadece araçlar değil, konu bakımından da gerekli olduğunu ortaya koymak üzere, "elverişli hareketler" kavramı kullanılmıştır. Doktrinde, araçların elverişliliğinin tespiti ile ilgili birçok kriter geliştirilmiştir. Bunlardan önemli bir bölümü, elverişsizliği, mutlak ve nispi olarak ikiye ayırmakta, bir sonucu meydana getirmeye mutlak olarak elverişsiz araçları teşebbüs için yetersiz saymakta, buna karşılık, nispi elverişsizlik durumunda teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁶. Kanımca burada şöyle bir değerlendirme yapmak mümkündür:

1. Önce, bilinen tüm unsurları ve nitelikleri göz önünde bulundurmak suretiyle, kullanılan aracın, kastın yöneldiği neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını biz tespit ederiz. Sonuç, araçların elverişli olduğu şeklindeyse, başka bir araştırma yapmaya gerek yoktur.

2. Bu değerlendirmeden, "aracın elverişsiz olduğu" sonucunu çıkartmış isek, bu kez, icra hareketlerinin başladığı anda, failin, araç ve dış koşullar hakkında sahip olduğu bilgileri esas alarak ve fakat, kendi tecrübelerimize ve mantığımıza dayanarak, aracın elverişli olup olmadığını tespit ederiz. Varacağımız sonuç, "aracın elverişsiz olduğu" şeklindeyse, fail, suç işleme iradesini hayata geçirebilmek için yeterli enerji, istek ve tecrübeye sahip değil demektir. Bu haliyle tehlikesizdir ve araç elverişli değildir.

3. Failin bilgisine göre yaptığımız değerlendirmede, aracın elverişli olduğu sonucuna varmış isek;

a. Ya fail, araç veya dış etkenler hakkında, bizim bildiğimiz bazı unsurları bilmemekte ya da eksik bilmektedir. Bu durumda, failin bilgisi dışında kalan ve onun bildiklerinden fazla olan bazı etkenler gerçekleşerek, neticenin meydana gelmesine engel olmuştur. Yani fail, gerçekte var olan bazı etkenleri bilmemektedir; bilgisi, gerçekte var olanlardan azdır.

b. Ya fail, gerçekte olmayan bir olguyu var sanmaktadır; Yani failin bildiği şeyler, gerçekte var olandan fazladır. Bu durumda, aracı elverişli kılan, failin, gerçeğe uymayan bu fazla bilgisidir.

c. Ya da fail, aracın ya da dış etkenlerin nitelik ya da nicelikleri hakkında yanılmıştır.

Birinci ihtimalde, aracın elverişli olduğu ve suça teşebbüsün gerçekleştiği kabul edilmelidir. Çünkü, failin bilgileriyle hareket ettiğimizde, aracı elverişli bulmuştuk. Burada, failin bilgisi dışında kalan etkenler, aracı elverişsiz hale getirmemiş, sadece, neticenin meydana gelmesine engel olmuştur. Örneğin mağdur, failin saldırı ihtimaline karşılık çelik yelek kullanmaktadır ve fail bunu bilmeden ateş etmiştir. Burada fail, olanı (çelik yelek) bilmemekte, bu sebeple silahını yeterli sanmaktadır. Tehlike gerçekleşmiş, ancak failce bilinmeyen neden, neticeye engel olmuştur.

İkinci ihtimalde, aracın elverişli olmadığı ve suça teşebbüsün gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Çünkü, fail, gerçekte olmayanı var sanmakta ve buna göre harekete geçmektedir. Oysa, değerlendirmemizde aracı elverişli kılan, gerçekte olmayan bu etkidir. Bu durumda, tehlike gerçekleşmemiştir. Elverişli olan aracın, dış etkenler dolayısıyla elverişsiz hale gelmesi söz konusu değildir. Faili de, bizi de yanıltan, olmayan bir olguyu var saymış olmamızdır. Örneğin fail, mağduru şeker hastası sanmakta ve fazla miktarda şeker vererek öldürmek istemektedir. Oysa mağdur şeker hastası değildir. Burada tehlike doğmamıştır. Fail, olmayanı var saydığı için netice gerçekleşmemiştir.

Üçüncü ihtimalde ise bir ayırım yapılmalıdır. Şayet hata, aracın niteliğine ilişkinse, aracın elverişli olmadığı ve suça teşebbüsün gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Çünkü, objektif olarak tehlike gerçekleşmemiştir. Örneğin, bir kimyevi maddenin zehir olduğu sanılmıştır. Oysa bu özelliği taşımamaktadır. Eğer hata, dış etkenlerin niteliğine ilişkin ise ve failin bu hataya düşmesini normal-makul karşılıyorsak, aracın elverişli olduğu ve suça teşebbüsün gerçekleştiği kabul edilmelidir. Çünkü, fail, suç işleme iradesini açıkça ve tehlike yaratacak biçimde eyleme dönüştürmüş, esasen elverişli araçla eyleme başlamış ve fakat, aracın elverişliliğini ortadan kaldıran dış etkenlerin niteliği hususunda yanılmıştır. Üstelik bu yanılğı, normaldir ve dolayısıyla, fail, suç işleme hususundaki ısrar ve enerjisini açıkça ortaya koymuştur. Örneğin fail, kurşun geçirmez cama sahip araçta bu özelliği bilmemekte ve mağduru dışarıdan ateş ederek öldürmek istemektedir. Burada tehlike doğmuştur; elverişsizlik değil; engel sebep bulunmaktadır. Buna karşılık hata makul değilse, tehlikeyi doğuracak enerjiye sahip olmayan faili cezalandırmak anlamsızdır. Örneğin tüfikle çelik kapının arkasındaki mağdura atış yapılması halinde, merminin çelik kapıyı deleceği düşünülmüş, nitelikte hata yapılmıştır. Burada elverişlilik yoktur. Hata, aracın niceliğine ilişkin ise araç elverişli kabul edilmelidir. Çünkü, esas itibariyle elverişli olan aracın niceliğindeki yanılma, neticenin meydana gelmesine engel olmuştur ki, bu durumda, sanığın tehlike yarattığı, suç işleme enerjisini açıkça ortaya koyduğu kabul edilmelidir. Örneğin, silahın menzili hususundaki makul yanılmada durum böyledir. Hata, dış etkenlerin niceliğine ilişkin ise de ilke olarak, aracın elverişli olduğu kabul edilmelidir. Ancak, nicelik hakkındaki hata, büyüklüğü dolayısıyla nitelik hatasına dönüşmüş ise bu ölçüde büyük hata normal değildir ve sanığın suç işleme enerjisindeki noksanlığı göstermektedir. Dolayısıyla bu durumda, aracın elverişli olmadığı ve suça teşebbüsün gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Örneğin, menzilin çok dışında kalan mesafeden, diyelim ki, tabancayla 3 km uzaklıktan atışla öldürme suçu işlemeye çalışan failin enerjisi yetersizdir ve araç elverişli değildir.

Kısaca, icra hareketleri başlarken, fail, olan bir şeyin olmadığını sanmış ise araçlar elverişli; olmayan bir şeyin olduğunu sanmışsa elverişsizdir. Araçlara ve dış etkenlere ilişkin bilgisi eksik ya da fazla olmamakla birlikte, nitelik ya da nicelikte hataya düşmüş ise; hata normal karşılanıyorsa araçlar elverişli, normal karşılanmıyorsa elverişsizdir. Aynı kıstaslar, konu ile ilgili olarak da uygulanabilir: İcra başlangıcında fail, mevcut bir olgudan haberdar değilse konu itibariyle elverişlilik, buna karşılık, olmayan bir olguyu var sanmış ise elverişsizlik kabul edilebilir. Örneğin, fail eve girdiğinde, bunu gören mağdur saklanıyor. Bunu bilmeyen fail mağdurun boş yatağına ateş ediyor. Fail eve girdiğinde icra hareketlerini başlamış olarak kabul edeceksek, icra başlangıcında konu itibariyle elverişsizlik yoktur (yani icra başlangıcından sonra gerçekleşen saklanma olgusunu fail bilmiyor, mevcudu yok sayıyor). Mağdurun saklanması ile elverişsizlik doğmuş olsa da, bu aşamaya kadar teşebbüs hükümleri uygulanacak, ancak, henüz (elverişsizliğin ortaya çıktığı anda) ciddi bir tehlike doğmadığından eylem, daha az bir yaptırımla karşılanacaktır. Buna karşılık mağdur eve hiç gelmemiş ise konu elverişsiz olduğundan işlenemez suç

hükümleri uygulanacaktır. Çünkü bu kez fail, icra başlangıcında, olmayanı var sanmıştır. Ancak icra hareketlerini, failin eve girmesiyle değil, ateş etmesiyle başlatacak isek, bu aşamadan önce mağdur saklanmış olduğundan konu itibariyle elverişliliğin bulunmadığı sonuca varacağız. Çünkü icra başlangıcında fail, olmayanı var saymıştır. Kısaca, bu değerlendirmelerin tümü, icra hareketlerinin başlangıç anına göre yapılmalıdır. Başlangıçtaki elverişlilik sonradan ortadan kalkarsa, bu ana kadar teşebbüs hükümleri uygulanmalı ve bu aşamada meydana gelen zarar ya da tehlike miktarına göre yaptırım belirlenmelidir. Bu kriter, hem araç, hem de konu bakımından elverişlilik değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır.

IV. Engel sebep ve gönüllü vazgeçme:

Teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gereken son koşul, icra hareketlerinin tamamlanmasının ya da neticenin meydana gelmesinin, failin iktidarında olmayan bir sebepten kaynaklanması gerekliliğidir. Buna göre icranın bitmesine ya da neticenin meydana gelmesine, failin iradesine bağlı sebepler engel olmuş ise teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Bu duruma “ihtiyariyle vazgeçme” (gönüllü vazgeçme) denmektedir. ETCK’da ihtiyariyle vazgeçme müessesesi, sadece eksik teşebbüs durumunda kabul edilmişti. Yani fail, icra hareketleri bitmezden önce vazgeçmiş ve icrayı tamamlamamış ise teşebbüsten dolayı cezalandırılmıyor; buna karşılık, o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suç oluşturuyor ise bundan ceza alıyordu. Buna karşılık icra hareketleri bittikten sonra gerçekleşen vazgeçmenin hiçbir önemi yoktu. Tam teşebbüs durumundaki vazgeçme doktrinde “faal nedamet” olarak adlandırılıyor, bu müessesenin kanuni düzenlemeye alınması öneriliyor, ancak mevcut düzenlemede uygulanma imkânı bulunmuyordu. YTCK, tam-eksik teşebbüs ayrımını kaldırmış ve buna paralel olarak, gönüllü vazgeçmenin, sadece icra bitmeden önce değil, bittikten sonra da uygulanabilir bir müessese olduğunu kabul etmiştir. YTCK’nın 36. maddesine göre; “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”. Bu hükmün gerekçesi şöyledir: “Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hâle gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir./ Gönüllü vazgeçme hâlinde kişiye ceza verilmemekte, ancak o ana kadar yapılan hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa sadece o suçtan sorumlu tutulmaktadır./ Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hâllerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur. Bazı suçlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bağlamında özel hükümler olarak etkin pişmanlığa yer verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesiyle; Hükûmet Tasarısında ‘tam teşebbüs’ aşamasındaki gönüllü vazgeçme karşılığında kullanılan etkin pişmanlıkla ilgili hüküm, Tasarı metninden çıkarılmıştır”. Gerekçe son derece açıktır. Gönüllü vazgeçmeye ilişkin bu düzenlemenin modern hukuka ve ceza hukukunun amacına uygun düştüğü kanısındayım. Çünkü suçlar, toplumsal barışı bozan, bireyde korku, toplumda gerginlik yaratan olgulardır. Ortak akıl, her yöntemle bu olguyu önlemeye çalışır. Bunun için kullanılacak en uygun araçlardan birisi de faili suç işlemekten ya da suçu tamamlamaktan vazgeçmeye özendirme. Her ne kadar icra başlangıcı ile mağdurda korku ve toplumda gerginlik doğmuş ise de, failin gönüllü vazgeçmesi, bireydeki korkuyu önemli ölçüde bertaraf

edebilecektir. Üstelik gönüllü vazgeçmede çoğu kez, failin cezalandırılmasıyla dengelenebilecek olan sükûn, buna gerek kalmaksızın yeniden tesis edilebilecektir. Elbette ki ceza hukuku, eski dönemlerde olduğu gibi, mağdurun tatmini ve kısas esaslarına göre düzenlenecek değildir. Ancak dikkate alınması gereken şudur ki, vücudun bir organındaki rahatsızlık, nasıl tüm bedene sirayet ediyor ve tüm vücudun ateşinin yükselmesine yol açıyorsa, suç sebebiyle mağdurun duyduğu korku ve endişe de, tüm toplumun gerginlik hissetmesine sebebiyet vermektedir. Ceza hukuku toplumsal gerginliği bertaraf ve toplumsal barış ve huzuru yeniden tesise yönelse de, kullanılan ilacın, önce rahatsız organ üzerinde tesir göstermesinde olduğu gibi, toplumsal gerginliğin ortadan kalkmasında da, mağdurun tatmini önemli yer tutmaktadır. Çünkü mağduru tatmin etmeyen düzenleme, onun gerginliği sürdürmesine, belki, yeni suçlar işleyerek, barışı yeniden - yeniden bozmasına sebebiyet verecektir. İşte bu sebeple ceza hukukunun asıl hedefi, toplumsal gerginliği ortadan kaldırmaktır, ancak buna ulaşmak için, mağdurun tatminini de göz önünde bulunduracaktır. Bir organın rahatsızlığının ortadan kaldırılması halinde, tüm vücudun salaha ulaşmasında olduğu gibi, mağdurun korku ve endişesinin, daha baştan, failin vazgeçme iradesi ve bunu ortaya koyan aktif eylemleri ile ortadan kalkması durumunda, yaptırım uygulamaya da gerek yoktur. Çünkü hastalık başlamadan bastırılabilmiştir. Gönüllü vazgeçmeye ilişkin her olayda mağdurun tümüyle tatmin olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Ancak bu, failin cezalandırılması halinde de geçerlidir. Oysa ortak akıl, daha ağır gerginlikler doğmasına engel olmak için, faili vazgeçmeye teşvik etmenin, toplumsal açıdan daha yararlı olduğunu ortaya koymuştur. İşte bu sebeple, gönüllü vazgeçmenin, icranın tamamlanmasından sonra da uygulanması yararlı olmuştur. Ancak bu hükümlerin uygulanabilmesi için, failin neticeyi engellemek hususunda ciddi bir çaba göstermiş ve çabasının, nedensellik değeri taşımış olması gerekmektedir.

Kısaca, YTCK'nın teşebbüs hükümlerine ilişkin değişik düzenlemeleri oldukça yararlı olmuştur. Gerekeçteki örnek ve açıklamalar, öğreti ve uygulamanın baskın görüşlerine -kısmen- aykırı olsa da, metin düzgündür. Yaptırımı belirlerken, uygulamadaki "alt sınır saplantısı" sebebiyle zorluklar yaşanacak olsa da, zamanla bunlar giderilecektir.

¹ Prof. Sulhi Dönmezer-Prof Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 1 Sayfa: 511

² Prof. Sulhi Dönmezer-Prof Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 1 Sayfa: 508

³ Yargıtay 5. CD. 28.06.1990 t. 1928/2033 sayılı kararında; "Sanığın vaki atışları sonucu babası mağdur ...in yaralanmadığı ve eylemi TCK'nın 450/1, 61. maddelerine temas ettiği, bu suçu eksik teşebbüs safhasında kaldığı halde tam kalkışma şeklinde kabulü ile 62. maddenin tatbiki cihetine gidilmesi" bozma sebebi sayılmıştır.

⁴ Prof. Sulhi Dönmezer-Prof Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 1 Sayfa: 477

⁵ Prof. Sulhi Dönmezer-Prof Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 1 Sayfa: 478

⁶ Av. M. İhsan Darende, Ceza Sorumluluğunun Esasları

⁷ Av. M. İhsan Darende, Yeni TCK'da Çift Neticeli Sapma ve Fikri İçtima

⁸ Prof. Faruk Erem-Prof. Ahmet Danışman-Prof. Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler Sayfa: 444-445

⁹ Prof. Sulhi Dönmezer-Prof Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2 Sayfa: 287-288

¹⁰ CGK'nın 09.07.2002 tarih ve 3-197/288 sayılı kararında "Belirli olmayan kast, ancak netice ile belirlenir. Bu gibi halleri kesinlik öngörmesinden çıkarıp, ihtimal veya imkân öngörmesine sokmak yerinde bir davranış olmaz" demiştir.

¹¹ Prof. Sulhi Dönmezer-Prof Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 1 Sayfa: 488

¹² Prof. Sulhi Dönmezer-Prof Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 1 Sayfa: 486

¹³ Prof. Sulhi Dönmezer-Prof Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 1 Sayfa: 495,496

¹⁴ Prof. Faruk Erem-Prof. Ahmet Danışman-Prof. Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler Sayfa: 298

¹⁵ CGK E.1981/423-K.1981/24 T. 25.01.1981

