

# İŞLENEMEZ SUÇ

**UĞUR ALACAKAPTAN**

*Ankara Üniversitesi*

*Hukuk Fakültesi*

*Ceza ve Usûl Hukuku Doçenti*

*Alacakaptan'lara...*

## Ö N S Ö Z

İşlenemez Suç konusu, yalnız teorik bir önemi olan bir konu intibasını yaratabilir. Aslında, cezalandırılabilir hareketlerle, böyle olmayanların arasından geçen sınırın açıklıkla tesbit edilebilmesinde İşlenemez Suç probleminin çözümlenmesi çabalarından elde edilecek sonuçların rolü büyüktür. Öte yandan, bu sınırın çizilmesinde kişi hürriyeti alanı, suçların kanuniliği ilkesi gibi temel endişelerin de büyük rol oynadıkları unutulmamalıdır. İşlenemez Suç konusuyla ilgili çözüm tarzının bu temelleri yerinden oynatmaması gerektiği söylenmiştir. Hâl böyle olunca, İşlenemez Suç konusunu, modern hukuk tekniği esaslarına göre ele alıp, buna ve teşebbüs müessesesinin geleneksel ilkelerine göre inşa etmek mümkündür. Biz, bunlara sırt çevirmemekle beraber, insan tarafından yapılan hareketin, gayesine göre değerlendirilmesi, cürmî amaçlarla gerçekleştirilen hareketlerin ceza politikası gerekleri ve toplum inançları bakımından da ele alınmaları lüzumunu da gözden uzak tutmadık. Tamamiyle sübjektif anlamda, ceza sorumlunun alanını gereksiz genişleten bir anlayışa vardığımız sanılmamalıdır. Bütün, kaygumuz, ceza müeyyidesine müstahak olanın bundan kurtulmaması olmuştur.

İncelememiz Üç Bölüm'den ibarettir. Birinci Bölüm'de, konuya giriş niteliğinde bâzı bilgiler verildikten sonra, İşlenemez Suç'un, Sözde Suç ile münasebetleri incelenmiş ve sözde suçun yalnız hukuki yanılmaya müstenid olabileceği kanaatine varılmıştır. Bundan sonra, konunun, doktrinde «Görünüşte Suç» adıyla anılan suç tipinden yapı farkı taşıyıp taşımadığı problemi ele alınmış ve nihayet suç teorisindeki yeri tesbit edilmiştir.

İkinci Bölüm'de İşlenemez Suç'un cezalandırılıp cezalandırılmaması problemi ele alınmıştır. Memleketimizde, bu konuya ilişkin hiç bir hüküm bulunmaması ve açık bir hüküm getirmiş olan memleketlerde bile tartışmaların bitmemiş olması, bu bölümün geniş tutulmasının sebebini teşkil etmiştir.

Üçüncü Bölüm'de, İşlenemez Suç'un Unsurları üzerinde durularak, önce hareketin elverişsizliği konusu incelenmiş, elverişliliğin nasıl tâyini gerektiği hususunun bir çözüm tarzına bağlanmasından sonra, bölümün İkinci Başlığında, elverişlilik problemine ilişkin bâzı soruların cevapları araştırılmış ve bulunmuştur. Bölümün Üçüncü Başlığı, İşlenemez Suçun bir başka unsuru, yâni, hareketin maddî mevzuunun yokluğu konusuna ilişkindir. Yaptığımız araştırmalar sonunda, bu konuda da, elverişliliğin tâyinindeki esas ve usûllerin uygulanabileceği sonucuna vardık. Bölümün Dördüncü ve sonuncu başlığı, konunun Türk Hukuku'ndaki durumuna hasredilmiştir. Her meseleyle ilgili görüşlerimizi yerinde belirttiğimiz için, etüdümüzün sonuna bir de «Sonuç» koymağa lüzum görmedik.

Bu önsözü bitirirken, almanca metinlerin çevirisini yapan Sevgili Kardeşim Doç. Dr. Eralp Özgen'e, tashihlerin yapılmasına yardım eden asistan arkadaşlarıma, Ajans - Türk Müessesesi Sahipleri, Ağabeylerim Şevket ve Necdet Evliyağil'e ve matbaanın Bütün Mensuplarına teşekkürü bir borç sayarım.

**Dr. Uğur ALACAKAPTAN**

## İ Ç İ N D E K İ L E R

	<u>Sahife</u>
BİBLİYOGRAFYA .....	XI.
KISALTMALAR .....	XV.

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### Giriş - İşlenemez Suçun Komşu Konularla İlişkisi - İşlenemez Suçun Suç Teorisindeki Yeri - İşlenemez Suç ve Teşebbüs

1. Terminoloji .....	1
2. Kavram .....	2
3. Sözde Suç - İşlenemez Suç .....	3
4. Manzini'nin Görüşleri .....	3
5. Bettiol'un Görüşleri .....	4
6. Vannini'nin Görüşleri .....	5
7. Valsecchi'nin Görüşleri .....	6
8. Carnelutti'nin Görüşleri .....	7
9. Kanaatımız .....	7
10. Sözde Suçun Kapsamı, Kanaatımız .....	11
11. Karşıt Görüş .....	12
12. Kanaatımızın Teyidi .....	14
13. İşlenemez Suç - Görünüşte Suç .....	15
14. Görünüşte Suç, İşlenemez Suçun Bir Şeklidir .....	16
15. İşlenemez Suç Konusunun Suç Teorisindeki Yeri .....	17
16. İşlenemez Suçu Mânevî Unsur İçinde İnceleyenler .....	18

	<b>Sahife</b>
17. İşlenemez Suçun Teşebbüs Konusu ile Münasebeti .....	18
18. Elverişlilik Tipik Fiilin Bir Vastıdır .....	19
19. Karşıt Görüş .....	21
20. Kanaatımız .....	22
<b>21. Teşebbüs ve İşlenemez Suç</b> .....	<b>23</b>
22. Mânevi ve Maddi Unsurları Bakımından Mukayese .....	24
23. Kabahate Teşebbüs ve İşlenemez Suç .....	25
24. Taksirli Suçlarda İşlenemez Suç .....	26
25. Konunun Devamı : Kanaatımız .....	28
26. Kasdı Aşan Suçlar ve İşlenemez Suç .....	28

## **İKİNCİ BÖLÜM**

### **İşlenemez Suçun Cezalandırılması Problemi**

<b>27. İşlenemez Suç Konusuna İlişkin Çeşitli Problemler</b> .....	<b>31</b>
<b>28. Cezalandırılma Problemi</b> .....	<b>31</b>
<b>29. Olması Lâzım Gelen Hukuk</b> .....	<b>32</b>
A — İşlenemez Suçun Cezalandırılması Gerektiği Görüşünü Savun- nanlar .....	32
30. a) Sübjektif Nazariye .....	32
31. Nazariyenin Dayandığı Esaslar .....	33
32. Nazariyenin Sonuçlarını Tahfif Çabaları .....	35
33. Sübjektif - Objektif Nazariyeler .....	35
34. Kohler'in Nazariyesi .....	36
35. Nazariyenin Tenkidi .....	38
36. Karma Nazariyelerin Tenkidi .....	40
37. b) Sübjektif Tehlike Nazariyesi .....	40
38. Nazariyenin Tenkidi .....	43
B — İşlenemez Suçun Cezalandırılması Görüşünü Savunanlar ...	44
39. a) Objektif Nazariye .....	44

	<b>Sahife</b>
40. Nazariyenin Tenkidi .....	47
41. b) Hukukî İmkânsızlık Nazariyesi .....	49
42. Nazariyenin Tenkidi .....	52
43. C — Nazariyelerden Çıkan Sonuçlar .....	55

## **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

### **İşlenemez Suçun Unsurları**

#### **BİRİNCİ BAŞLIK**

##### **Hareketin Elverişsizliği**

44. Elverişlilik Nedir ? .....	61
45. Hareketler Neye Elverişli Olmalıdır ? .....	62
46. Kanaatımız .....	64
47. Hareketin Elverişliliğinin Somut Şartlarla İlişkisi .....	64
48. Tehlike Kavramı .....	65
49. a) Klâsik Nazariye (Objektif Nazariye) .....	67
50. Nazariyenin Tenkidi .....	68
51. b) Manzıl'nın Yetersizlik Nazariyesi .....	70
52. Nazariyenin Tenkidi .....	73
53. c) Somut Tehlike Nazariyesi .....	74
54. Vannini'nin Görüşleri .....	77
55. Tenkidi .....	80
56. Nazariyeden Sapmalar : V. Liszt .....	80
57. Fiore'nin Görüşleri .....	80
58. Tenkidi .....	81
59. Değerlendirmenin Ex Ante Yapılması Görüşü .....	82
60. Tenkidi .....	84
61. Scarano'nun Görüşleri .....	84
62. Tenkidi .....	89
63. Nazariyelerden Çıkan Sonuçlar .....	92
64. Değerlendirmenin Yapılış Şekli .....	93
65. Tehlikenin Derecesi .....	94

66. Ex Ante Değerlendirmeden Çıkan Sonuçlar .....	95
67. İştirâk Halinde İşlenen Suçlarda Elverişlilik .....	96
68. Netice .....	98

## İKİNCİ BAŞLIK

### **Tahrikçi Ajanın Müdahalesinin, Polisin Aldığı Tedbirlerle Sair Korunma Tedbirlerinin Elverişliliğe Etkisi**

69. Konunun Ayrı Bir Başlıkta İncelenmesinin Sebepleri .....	99
70. Tahrikçi Ajanın Müdahalesinin Elverişliliğe Etkisi .....	99
71. Tahrikçi Ajan Konusunun Doğurduğu Meseleler .....	100
72. Tahrikçi Ajan ve İşlenemez Suç .....	100
73. Tahrikçi Ajanın Müdahalesinin Fiili İşlenemez Suç Haline Getire-	
74. Telifçi Görüş .....	102
75. Kanaatımız .....	106
76. Polisin Aldığı Tedbirlerle Sair Korunma Tedbirlerinin Elverişliliğe Etkisi .....	108
77. Polisin Aldığı Tedbirlerin İşlenemez Suça Vücut Vereceği Görüşü ve Bunun Tenkidi .....	108
78. Kanaatımız : Ex Ante Değerlendirme Lüzumu .....	110
79. Sair Korunma Tedbirlerinin Etkisi .....	111

## ÜÇÜNCÜ BAŞLIK

### **Mevzuun Yokluğu**

80. Mevzu Kavramı .....	113
81. Mevzuda Mutlak - Nisbi Yokluk Ayrımı .....	115
82. Ayrımın Tenkidi .....	116
83. Hareketten Önceki - Sonraki Yokluk Ayrımı .....	118
84. Kanaatımız : Ex Ante Değerlendirme Lüzumu .....	123
85. Başka Suçtan Sorumluluk .....	128

## DÖRDÜNCÜ BAŞLIK

### **Türk Hukukunda İşlenemez Suç**

86. Vasıtada Elverişsizlik ve Mevzuda Yokluk .....	129
--	-----

## BİBLİYOGRAFYA

- ALACAKAPTAN, Uğur** : Suçun Unsurları, Genişletilmiş Yeni Bası, Ankara, 1967.
- ALIMENA, Bernardino** : Pirincipii di Diritto Penale, Napoli, 1910.
- ANTOLISEI, Francesco** : Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 3. Ed. Milano, 1957.
- ANTOLISEI, Francesco** : Pene e Misuri di Sicurezza. R. I. D. P. 1933.
- ANTOLISEI, Francesco** : Problemi Penali Odierni, Milano, 1940.
- BATTAGLINI, Giuseppe** : Diritto Penale, Teorie Generali, Bologna, 1937.
- BENELOVO, Federico** : Il tentativo nella Dottrina, nella legge e nella giurisprudenza, 1887.
- BETTIOL, Giuseppe** : Diritto Penale, Parte Generale, V. Ed., Palermo, 1962.
- BINDING, Karl** : Handbuch des Strafrechts, Leipzig, 1885.
- BOUZAT, Pierre** : Traité Théorique et Pratique de Droit Pénal, Paris, 1951.
- CARMIGNANI, Giovanni** : Elementi di Diritto Criminale, Macerata, 1853.
- CARNELUTTI, Francesco** : Lezioni di Diritto Penale, Il Reato, V. I, Milano, 1943.
- CARRARA, Francesco** : Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale, V. I - II, 8. Ed., Firenze, 1897.
- CARRARA, Francesco** : Lezioni sul Grado della Forza Fisica del Delitto, In Opuscoli, V. I., Firenze, 1909.
- CARRARA, Francesco** : Le Reminiscenze di Cattedra e Foro, Luca, 1883.
- CAVALLO, Vincenzo** : Diritto Penale, Parte Generale, C. II, Napoli.
- CECCHI, Orfeo** : Un Curioso Caso di Tentato Estorsione, Riv. Pen. 1949.
- CONCI, Francesco** : Il Reato Putativo e Il Reato Impossibile, Messina, 1940.
- CRIVELLARI, Giulio** : Il Codice Penale Interpretato, IV, Torino, 1892.
- ÇAĞLAYAN, Muhtar** : Türk Ceza Kanunu, C. I, II, Ankara, 1962.
- DE MARSICO, Alfredo** : Il Reato Apparente e L'Apparenza Nella Teoria del Reato, Scuola Positiva, 1951.
- Zu DOHNA, Graf** : Mangel am Tatbestand, Festgabe für Güterback, 1910.
- DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir** : Nazarı ve Tatbikî Ceza Hukuku, C. I. ve II, 3. Bası, İstanbul, 1965, 1966.

- EREM, Faruk** : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I. Genel Hükümler, VII. Bası, Ankara, 1966.
- ESCOBEDO, Gennaro** : Inidoneità Assoluta e Relativa degli Atti in Tema di Tentativo, Gius. Pen., 1941.
- FERRI, Enrico** : Principii di Diritto Criminale, Torino, 1928.
- FERRI, Enciro** : La Sociologia Criminale, Torino, 1900.
- FEUERBACH, P. A.** : Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801.
- FIORE, Carlo** : Il Reato Impossibile, Napoli, 1959.
- FIORETTI** : Note Critiche sul Tentativo, Archivio di Psichiatria, V. XI.
- FLORIAN, Eugenio** : Trattato di Diritto Penale, V. I, Parte I, Milano, 1910.
- FROSALI, Raoul Alberto** : L'errore nella Teoria del Diritto Penale, Roma, 1933.
- CAROFALO, Raffaele** : Criminologia, Studi sul Delitto e sulle Teorie delle Repressioni, 2. Ed., Torino, 1891.
- CAROFALO, Raffaele** : Criminologia (Terc. M. Köklü) İstanbul, 1957.
- GEYER** : Del Tentativo, Riv. Pen., 1881.
- GRIECO, Antonio** : Appunti sul Reato Impossibile e sul Reato Apparente, Gius. Pen., 1954.
- GRAMATICA, Filippo** : Principii di Diritto Penale Soggettivo, Torino, 1934.
- KENNY, Courtney Stanhope** : Outlines of Criminal Law, New Ed. by J. W. Cecil Turner, Cambridge, 1952.
- KUNTER, Nurullah** : Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1955.
- L'INNOCENTE, Giulio** : Considerazioni in Tema di Reato Impossibile, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1961.
- V. LISZT, Franz** : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Bası, Berlin - Leipzig, 1932.
- LONGHI, Silvio** : Repressione e Prevenzione nel Diritto Penale Attuale, Milano, 1911.
- MAGGIORE, Giuseppe** : Diritto Penale, Tomo I, Bologna, 1955.
- MANZINI, Vincenzo** : Trattato di Diritto Penale Italiano, V. I, II, Torino, 1961.
- MARMO** : In Tema di Reato Impossibile. Annali di Diritto e Procedura Penale, 1940.
- MASSARI, Edoardo** : Le Dottrine Generali di Diritto Penale, Napoli, 1930.
- MEZGER, Edmondo** : Diritto Penale (Strafrecht), Padova, 1935.
- MITTERMAIER** : Contributo alla Dottrina del Conato, In scritti Germanici di Diritto Criminale, Livorno, 1846.

- MOLETI, L.:** In tema di Reato Impossibile, Gius. Pen., 1954.
- MORO, Aldo:** L'Antigiuridicità Penale, Palermo, 1947.
- NEPPI MODONA, Guido:** Il Reato Impossibile, Milano, 1965.
- ORTOLAN, J.:** Elements de Droit Pénal, 5. Ed., Paris, 1886.
- PANNAIN, Remo:** Manuale di Diritto Penali, Parte Generale, 2. Ed., Torino, 1950.
- PETROCELLI, Biagio:** Il Delitto Tentato, Padova, 1955.
- PELUSO - CASSESE, Giuseppe:** Reato Putativo e Reato Impossibile, 1924.
- PUGLIA:** Il Tentativo, Messina, 1884.
- RANIERI, S.:** Diritto Penale, Padova, 1945.
- ROCCO, Arturo:** L'Oggetto del Reato e della Tutela Giuridica Penale, Torino, 1913.
- ROMAGNOSI:** Genesi del Diritto Penale, 1846.
- ROSI, Pellegrino:** Trattato di Diritto Penale (Trad. Pessina), Torino, 1856.
- RUSSEL:** On Crime. A Treatise On Felonies and Misdemeanours, X. ED. by J. W. Cecil Turner, London, 1950.
- SABATINI, Guglielmo:** Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale, 4. Ed., Catania, 1948.
- SALTELLI, Carlo - ROMANO DI FALCO, Enrico:** Commento Teorico - Pratico del Nuovo Codice Penale, V. I, Parte Prima, Torino, 1931.
- SAYMEN, Ferit Hakkı - ERMAN, Sahir - ELBİR, Halit Kemal:** Türk İçtihatları Külliyatı, İstanbul, 1955, 1957.
- SCARANO, Luigi:** Il Tentativo, Napoli, 1952.
- SELMO, Luigi:** Agente Provocatore e Reato Fittizio, Rivista Penale, 1945.
- SEZGİN, Servet:** Teşebbüste Suç Vasıta ve Mevzuunda İmkânsızlıklar Üzerinde Bir İnceleme, Ad. Der. 1952.
- SINISICALCO, Marco:** La Struttura del Delitto Tentato, Milano, 1959.
- SMITH, J. C. - HOGAN, Brian:** Criminal Law, London, 1945.
- SMITH, J. C.:** Two Problems In Criminal Attempts, Harvard Law Review, V. 70, 1956-7.
- TANER, Tahir:** Ceza Hukuku, Umumî Kısım, III. Basım, İstanbul, 1953.
- VALSECCHI, Wolfgango:** Del Reato Putativo e del Tentativo Impossibile, Torino, 1912.
- VANNINI, Ottorino:** Il Problema Giuridico del Tentativo, Milano, 1943.
- VANNINI, Ottorino:** Reato Impossibile, In Alcuni Scritti Minori, Milano, 1952.
- VASSALLI, Giuliano:** Relazione al Convegno di Studio su Alcune fra le più Urgenti Riforme di Diritto Penale: La Disciplina del Tentativo, 1959.
- WELZEL, Hans:** Das Deutsche Strafrecht. 6. Auflage, Berlin, 1958.

## KISALTMALAR

<b>Ad. Der. :</b>	Adalet Dergisi
<b>Ann. Dir. Pen. :</b>	Annali di Diritto e Procedura Penale
<b>Bk., bk. :</b>	Bakınız
<b>C. :</b>	Cilt.
<b>C. D. :</b>	Ceza Dairesi
<b>d. n. :</b>	Dipnot
<b>Ed. :</b>	Edition, Edizione
<b>Gius. Pen. :</b>	La Giustizia Penale
<b>İ. C. K. :</b>	İtalyan Ceza Kanunu
<b>İD. :</b>	İdem
<b>İ. T. M. :</b>	İtalyan Temyiz Mahkemesi
<b>İ. T. M. K. :</b>	İtalyan Temyiz Mahkemesi Kararı
<b>Krşz. :</b>	Karşılaştırınız
<b>loc. cit. :</b>	Zikredilen yer
<b>M., m. :</b>	Madde
<b>mü. :</b>	Müteakip
<b>n. :</b>	Paragraf numarası
<b>op. cit. :</b>	Zikredilen eser
<b>R. I. D. P. :</b>	Rivista Italiana di Diritto Penale
<b>Riv. Pen. :</b>	Rivista Penale
<b>s. :</b>	Sahife
<b>T. C. K. :</b>	Türk Ceza Kanunu
<b>Terc. :</b>	Tercüme eden
<b>T. M. :</b>	Türk Temyiz Mahkemesi
<b>Trad. :</b>	Traduzione
<b>Y. İ. C. K. :</b>	Yeni İtalyan Ceza Kanunu
<b>V. :</b>	Volume

## BİRİNCİ BÖLÜM

### Giriş - İşlenemez Suçun Komşu Konularla İlişkisi - İşlenemez Suçun, Suç Teorisindeki Yeri - İşlenemez Suç ve Teşebbüs

#### 1. Terminoloji :

Türk Doktrininde, bu başlık altında incelenecek konu, «İşlenemez Suç» (1), «Muhâl Suç» (2), «İşlenemez Suç» (3) gibi adlarla anılmaktadır. Konunun özellikleri göz önüne alınmak suretiyle, «İşlenemez Suça Teşebbüs» (4) veya yabancı doktrin ve mahkeme içtihadlarında rastlanılan «İmkânsız Suç», «İmkânsız Teşebbüs», «Elverişsiz Teşebbüs» gibi başlıkların da teklif edilmesi mümkündür.

Biz, bir yandan, suçun işlenemezliğini belirttiği için, bir yandan da, konunun teşebbüs müessesesi karşısında bağımsızlık kazanmakta oluşunu gözönünde tutarak «İşlenemez Suç» deyimini tercih etmiş bulunuyoruz. Bu terimin «İmkânsız, elverişsiz teşebbüs» terimlerine tercih edilmesinin başka bir sebebi, harekette veya vasıtada elverişsizlikle birlikte mevzuun yokluğu halini de kapsayacak bir muhtevada olmasıdır.

#### 2. Kavram :

İşlenemez suç, bir ceza kanunu hükmünü ihlâlê yönelmiş olmasına rağmen, ya hareketin (vasıtanın) ihlâl edilmek istenen suç karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeğe elverişli olmaması, yahut hareketin mevzuunun bulunmaması sebebiyle

---

(1) EREM, Faruk. Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I. Genel Hükümler, VII. Baskı. 1966, Ankara, s. 633 ve mü.

(2) İD. op. cit. loc. cit.

(3) TANER, Tahir. Ceza Hukuku, Umumi Kısım. III. Basım. İstanbul, 1953, s. 280 ve mü.

(4) DÖNMEZER, Sulhi- ERMAN, Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I., III. Bası., 1965, İstanbul, s. 482 ve mü.

başarısız kalmağa mahkûm bir davranış olarak tanımlamak mümkündür (5).

Aslında, işlenemez suç hakkında bir tanım verilebilmesi, bu suçun sınırlarının çizilmesiyle mümkün olabilir. Hangi ipotezlerin bu tipe girdiğini tesbit etmeden verilecek bir tanım, konunun üzerine iyice eğildikten sonra fazla geniş veya çok sınırlı görünebilir. İşlenemez suçu, kanunî bir hükme bağlamış olan ülkeler hukukları bakımından meselenin güçlük taşımadığı, kanundaki unsurlara bakılmak suretiyle makbûl bir tanıma varmanın mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak, durum zannedildiği gibi değildir. Meselâ, İtalyan Ceza Kanunu 49. m. sinin 1. fıkrasında, «suç teşkil etmeyen bir fiili suç teşkil ettiği yolundaki hatalı kanâatle işleyen kimse cezalandırılmaz» diyerek sözde suç (= reato putativo) konusunu düzenledikten sonra, 2. fıkrasında, hareketin elverişsizliği veya mevzuunun yokluğu sebebiyle zararlı veya tehlikeli neticenin mümkün bulunmaması halinde de ceza verilmeyeceği hükmünü koyarak işlenemez suç (= reato impossibile) un sınırlarını belirtmiştir. Buna rağmen, İtalyan Ceza hukukçuları arasında, sözde suç ile işlenemez suçun birbirinden nasıl ayrılacağı, hattâ bunu mümkün kılacak bir ölçünün mevcut olup olmadığı soruları hâlâ tartışılmaktadır. Meselâ Frosali'ye göre (6), adı geçen madde yalnız sözde suçu hükme bağlamış bulunmaktadır. Zira, bu ihtimâllerin hepsi sözde suçun kapsamı içine girmektedirler.

İşlenemez suçla, özellikle sözde suç arasındaki fark ve benzerlikleri tesbite çalışmanın pratik bir faydası bulunmadığı, çünkü, ortaya çıkabilecek çeşitli ipotezlerin, ister sözde suç, isterse işlenemez suçun sınırları içinde mütalâa edilsinler, aynı sonuca götürecekleri, yani, cezalandırılmayacakları düşünülebilir. Ancak, bu şekil bir düşünüş, bu konuyu açıkça düzenleyen hukuk sistemleri bakımından doğru olabilirse de, işlenemez suça ceza veren (7) yahut emniyet tedbirlerinin uygulanabileceğini hükme bağlayan (8) veya kanunları hiç bir hüküm ihtiva etmediği hâlde, meseleyi cezalandır-

---

(5) Krşz. FIORE, Carlo. *Il Reato Impossibile*, 1959, Napoli, s. 21.

(6) FROSALI-den naklen, CONCI, Francesco. *Il Reato Putativo e Il Reato Impossibile*, 1940, Messina, s. 151.

(7) Mes. İsviçre Ceza Kanunu M. 23, Arjantin Ceza Kanunu, M. 21, Yugoslav Ceza Kanunu, M. 17.

(8) İtalyan Ceza Kanunu, M. 49.

mak gerekir. Kaldı ki, ceza hukuku müesseselerinin, sorumluluk bakımından aynı sonucu doğurmaları onların ortak, benzer ve farklı unsur ve niteliklerinin araştırılmasını engellemez. Öyle olsaydı, ma lehine çözümleyen (9) ülkelerin de mevcut olduğu unutulması veya bu sebeple fiile ceza verilmemesi sonucunu doğuran bütün hâlleri (mes. akıl, hastalığı, küçüklük, meşrû müdafaa, teşebbüste ihtiyarı ile vazgeçme, genel af v.s.) bir arada incelemek gerekirdi.

### 3. SÖZDE SUÇ - İŞLENEMEZ SUÇ

Bir kısım yazarlar, işlenemez suça, sözde suçtan bağımsız bir varlık tanımazlar. Onlara göre, işlenemez suç, sözde suçun bir çeşitidir. Böyle düşünenler arasında, Manzini, Frosali ve Bettiol, Garraud zikredilebilirler.

### 4. Manzini'nin Görüşleri :

Sözde suç ile işlenemez suçu yapıları itibarile birbirinden ayırmayanlardan Manzini'ye göre (10), sözde suç veya mefruz suç, cürmî şûur ve iradeyle, aslında mutlak olarak yahut somut olay bakımından meşrû veya ceza hukukunun önem vermediği bir fiili yahut suç teşkil etmekle beraber, kendisince bilinmeyen sebepler dolayısıyla işlenmesi mümkün olmayan bir fiili işlemek yada işlemeğe teşebbüs etmektir. Bu hâllerde suç yalnız failin muhayyilesinde mevcuttur. Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı gibi, sözde suçun varlığı için failin suç olduğuna inandığı fiili tamamlaması şart değildir. Fiilin teşebbüs safhasından öteye geçmemesi halinde bile sözde suçun husule gelmesi mümkündür. Bu sebeple, doktrinde imkânsız teşebbüs (= tentativo impossibile) denilen hâller de, sözde suç kavramına dahildirler.

Manzini, sözde suç hakkında böyle bir genel kavrama varduktan sonra, suçun varlığında yanılmayla suçun tamamlanması (= consumazione) imkânında yanılmayı birbirinden ayırmaktadır (11). Birinci hâle, ceza kuralının varlığında yanılma, yani ceza kuralı tarafından yasaklanmış olduğu sanısıyla suç olmayan bir fiilin işlen-

(9) Alman ve Fransız Kanunları...

(10) MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano, C. I. s. 573 ve mü. Torino, 1961.

(11) MANZINI. op. cit. s. 575 ve mü.

mesi (meselâ, gümrüğe tabi olmayan bir malı, gümrük vergisi vermemek için gizlice yurda sokmak) ile suçun kurucu unsurlarında veya fiilin cezalandırılabilme şartlarında yanılma girmektedir. Fiili cezalandıran bir ceza hukuku kuralının bulunmasına rağmen, failin kasdettiği suçun kurucu unsurlarından biri o olayda yoksa yahut failin ceza kuralını ihlâl ettiğini sanmasına rağmen cezalandırılabilme şartları gerçekleşmemişse bu anlamda bir sözde suçtan bahsedilecektir. Bir kimsenin, başkasının malını çalıyorum zannıyla kendi malını alması; bir memura rüşvet verdiğini sandığı hâlde bir dolandırıcının ağına düşmesi; başkasıyla evli bir kadınla zina yapıyorum diye bekâr bir kadınla cinsî münasebette bulunması; cezalandırılması, alenî olarak işlenmesi şartına bağlı bir fiili, suç zannıyla aleniyet şartına uymaksızın işlemesi gibi olaylar bu halin tipik örneklerini teşkil ederler.

Sözde suçun ikinci şekli olan suçun tamamlanması imkânında yanılma ise, failin, suçu işleyebileceğine inandığı ve fakat somut olay bakımından buna kesin surette imkân bulunmayan hâllerde söz konusu olur (12). Manzini'ye göre, bütün bu hâlleri sözde suç başlığı altında toplamak mümkündür. Zira, hepsinde, suç gerçekte değil failin muhayyilesinde mevcuttur. Sözde suçu karakterize eden niteliği, failin, suç işlemekte olduğu yolundaki hatalı kanâatıdır. Failin işlediği fiili cezalandıran bir ceza kuralının mevcut bulunması ile fiilin mevcut bir kuralın muhtevasına uymaması arasında hiç bir fark yoktur (13).

##### 5. Bettiol'un Görüşü :

Bettiol'un fikirleri, yukarıda özetlenen görüşe yakınlık arzeder. Bettiol (14), sözde suçu, hukukî yanılmaya dayanan ve fiilî yanılmadan doğan sözde suç diye ikiye ayırmakta ve gerçekte fiili yasaklayıcı bir ceza kuralı bulunmadığı hâlde, suç teşkil ettiği kanâatıyla bir fiilin işlenmesini birinci hâl, yasaklayıcı bir ceza kuralı mevcut olmakla beraber, icra edilen fiilin, ya hiç bir suçun kurucu unsurlarını taşımaması veya kasdolunan suçun bütün unsurla-

(12) MANZINI, op. cit. s. 576.

(13) MANZINI, op. cit. s. 574, d. n. 13. Aynı mahiyette : ALJIMENA, Diritto Penale, C. I. s. 465 ve mü.

(14) BETTIOL, Giuseppe. Diritto Penale, Parte Generale, V. Ed. Palermo, 1962, s. 406 ve mü.

rının tamamlanmamış olmasını da ikinci hâl içinde mütalâa etmektedir. Yazara göre, ister hareketin elverişsizliğinden, isterse mevzuun yokluğundan ileri gelsin, işlenemez suç da fiili hâta sebebiyle sözde suçun bir şekli olarak kabûl edilmek gerekir. Çünkü, burada da, kasdolunan suç, ya hareket gibi bir unsurunun yahut hukukî menfaat (= bene giuridico) gibi bir önşartının yokluğu yüzünden gerçekleşmemektedir (15). Öte yandan, işlenemez suç, sözde suç gibi yanılmadan neş'et ettiği için de, sözde suç müessesesinin bir parçasını teşkil eder. Gerçekten, fail elverişli bir hareket yaptığı veya hareketiyle ihlâl etmek istediği hukuki menfaatin mevcut olduğu hususunda yanıldığı için, başka bir deyişle, suçun meydana gelmesi bakımından zorunlu fiili unsurların varlığında yanıldığından suç gerçekleşmemektedir (17).

## 6. Vannini'nin Görüşleri :

Vannini de işlenemez suç, sözde suçun bir şekli olarak kabûl eden yazarlar arasında zikredilebilir (17). Gerçekten, adı geçen hukukçu, sözde suçu «geniş yahut sübjektif anlamda» ve «dar anlamda» olmak üzere ikiye ayırdıktan sonra, işlenemez suç, yalnız, dar anlamda sözde suçtan ayırmakta, buna karşılık, yanılarak suç sanılan, fakat aslında suç teşkil etmeyen bir fiilin işlenmesi diye tanımladığı «geniş anlamda sözde suç» ipotezleri arasında göstermektedir (18).

(15) BETTIOL. op. cit. s. 407.

(16) BETTIOL. op. cit. s. 408.

(17) VANNINI, Ottorino. Il Problema Giuridico del Tentativo, Milano, 1943, s. 76. Bazı yazarlar, Vannini'yi, sözde suç ile işlenemez suç birbirinden ayıran yazarlar arasında sayarlar (Bk. NEPPI - MODONA Guido. Il Reato Impossibile, Milano, 1965, s. 36, d. n. 36). Vannini'nin açık ifadesi karşısında biz böyle düşünülere katılamıyoruz. Sözde suç, geniş ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayıran diğer yazarlar için bk. PELUSO-CASSESE, Giuseppe. Reato Putativoe Reato Impossibile, 1924, s. 13 ve mü.

(18) Vannini'ye göre «dar anlamda sözde suç» tan maksat, kifayetsizliği veya tamamlanmamış olması gibi sebeplerden ötürü değil de, hukuki-cezal sebepler yüzünden suç teşkil etmeyen fiildir. İşlenemez Suçta, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi irade edilmişse de, ya yapılan hareket elverişsiz olduğu yahut suçun mevzuu bulunmadığı için suç gerçekleşmemiştir. Dar anlamda sözde suçta ise fiil tamamlanmıştır. Fakat, bu fiil, ya ceza kanunu tarafından cezalandırılmayan, yani, yalnız failin tasavvurunda suç teşkil eden bir fiildir; yahut, fiil, failin istediği ve düşündüğü şekilde suç olmakla beraber, işlenirken başka bir yönde gelişmiştir. (reşit olmayan bir kimseyle cinsi münasebette bulunmak kasdı ile hareket eden ve böyle bir kimse ile münasebette bulunmuşunu sanan failin, reşit bir kızla rızaen cinsi münasebette bulunması); nihayet, fiil, gene suç teşkil etmekle beraber, olaya, failin bilgisi dışında bir hukuka uygunluk sebebi müdahale etmiş olabilir.

7. Sözde suç ile işlenemez suç bir temel ölçüye bağlama gayretini gösteren yazarlardan biri de Valsecchi'dir. Ona göre (19), gerek sözde suç gerekse işlenemez suçun ortak bir niteliği vardır : O da, ceza kuralı tarafından öngörülmüş olan sonuçların gerçekleşmesi imkânsızlığıdır. «İmkânsız», olamayan, yapılamayan, vuku bulamayan, elde edilemeyen, sahip olunamayan anlamına gelir (20). İmkânsızlığı, menşesindeki engellerin mahiyetine göre, maddî, mânevî ve hukukî olmak üzere üçe ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisi, tabii bir engeli, ikincisi, ahlâk kanunlarının koyduğu bir engeli, üçüncüsü ise, pozitif hukuk (kanun) tarafından konulan bir engeli ifade eder. Ahlâk kanunundan doğan imkânsızlığın konuyla ilgisi yoktur.

Maddî imkânsızlık halinde, bizzat tabiat, kâinatta hüküm süren evrensel fizik ve fizyolojik kanunların etkisiyle fiilin meydana gelmesine mani olur. Maddî imkânsızlığı failin cürmî faaliyetini bertaraf etmeğe yeterli tabii, engellerin varlığı diye tanımlamak mümkündür. Maddî imkânsızlık, suç vasıtalarının elverişliliği üzerine etkide bulunarak imkânsız teşebbüs (tentativo impossibile) ipotezine vücut verir. Hukukî imkânsızlık, kanunda açıkça veya zımnen gösterilen ve failin cürmî faaliyetini tesirsiz bırakmağa yeterli engellerin varlığını ifade eder. Sözde suç nazariyesi, temelini bu hukukî imkânsızlıkta bulur (21). Bu itibarla, failin cürmî faaliyetinin, bu nitelikteki engellerle karşılaştığı her olayda sözde suç söz konusu olacaktır. Fail, kanunun fiili suç saymamasına rağmen, tecrim edici bir kuralın mevcut olduğunu sanıyorsa veya failin antisosyal faaliyetinin neticeleri, bir yanılma veya tesadüf yüzünden, kanunun öngördüğü ve kastedilmiş olandan farklı bir mevzu üzerinde meydana gelmişse (başkasının malı zannıyla kendi malını alma) ve nihayet, failin antisosyal faaliyeti, onun dışında ve fiile mukaddem sebeplerin etkisiyle daha başlangıçta felce uğratılmış ise, hukukî imkânsızlık, dolayısıyla, sözde suç vardır denilecektir (22), (23).

---

(19) **VALSECCHI**, Wolfgango. *Del Reato Putativo e Del Tentativo Impossibile*, Torino, 1912, s. 1 ve mü.

(20) **VALSECCHI**. op. cit. s.1.

(21) Hukukî-Maddî İmkânsızlık ayrımı **CARMIGNANI**'ye kadar uzanır. Bk. **CARMIGNANI**. *Elementi di Diritto Criminal*, s. 86 ve mü. Aynı zamanda : **CARRABA**, Francesco. *Lezioni sul grado della Farzo Fisica del Delitto*. In *Opuscoli*, V. I. s. 392 ve mü.

(22) **VALLSECCHI**. op. cit. s. 48-9. Yazarın vermiş olduğu sözde suç tanımı için bk. op. cit. s. 49

8. Doktrinde, sözde suç ile işlenemez suç arasındaki ilişkilerin tesbiti vesilesile, tamamen aksi yönde görüşlerin de ileri sürüldüğü görülmekte, başka bir deyişle, işlenemez suç, sözde suçun bir çeşidi olarak değil, bunun aksine, sözde suç, işlenemez suç konusu içinde incelenmektedir. Bu görüşün belki tek savunucusu olan Carnelutti'ye göre (24), sözde suç failinin gayesi, ceza hukukunun yasaklamış olduğu zararlı bir sonucu meydana getirmek olduğu hâlde, gerçekleşen neticede bu unsur mevcut değildir. Bu bakımdan, bu ipotezin, ceza hukuku açısından meşrû olan bir fiilin gayrimeşrû zannedilmesi hâli ile karıştırılmaması gerekir. Söz konusu ipotezler arasındaki fark, yanlışlıkla suç zannedilen fiilde, suçun kurucu niteliklerinin, failin gayesinde dahi mevcut bulunmaması ve suç fikrinin (opinio criminis) bir hukukî yanlışma üzerine bina edilmiş olmasıdır. İşlenemez suçun iki şekli olarak kabul edilen hareketin elverişsizliği ile mevzuun yokluğundan yalnız ikincisi sözde suç tipine dahildir. Buna mukabil, hareketin elverişsizliği, teşebbüs halinde kalmış suçun bir alt-türü (sub specie) olarak mütalâa edilmek gerekir. Zira, bu takdirde, netice, teşebbüstekinden nitelik bakımından farklı bir şekilde tezahür etmeyip, nicelik bakımından maddîlik arzeder. Oysa, hareketin mevzuunun yokluğu hâlinde, gaye ile netice arasında kurucu nitelikler bakımından bir fark mevcut olup, failin tasavvur etmiş olduğu netice husûle gelmemiştir.

9. Sözde suç ile işlenemez suçun benzer ve ortak yönleri yok değildir. Meselâ, her iki fiil neticesinde, hukuk düzeninin koruduğu

(23) Görüldüğü gibi, sözde suç ile işlenemez suçu, «imkânsızlık» ölçüsü ile bir araya getiren yazarın çok geniş bir sözde suç anlayışı vardır. Yazara göre, yalnız kanunun suç saymadığı bir fiili, suç zannıyla işlemek hâli değil, meselâ, kanunun suç saydığı bir fiili, kanunun açıkça göstermiş olduğu vasıtalarla başka vasıtalarla işlemek hâli de sözde suç içinde mütalâa edilecektir. Çünkü, bu ipotez - Valsecchi'ye nazaran - ceza hükmünün yokluğuna müncer olur : vasıtaların yokluğu ile bunların elverişsizliği birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bunlardan ikincisi, hukuki imkânsızlığın, dolayısıyla, sözde suç müessesesinin dışında kalır. Bu bakımdan, kaba bir yalanla dolandırıcılık suçu nu işliyebileceğini sanan kimse ile, yazdığı bir aşk mektubunun irza geçme sonucuna götüreceğini sanan kimsenin fiilleri söz konusu olduğunda, bu kâbil hareketleri suç sayan kanun hükümlerinin yokluğu sonucuna varmak lazımdır (op. cit. s. 46-7). Bunun gibi, suç teşkil eden bir fiilin, meselâ, polisün önceden almış olduğu tedbir yüzünden işlenememesi olayında da sözde suçun varlığını kabul etmek gerekecektir. Çünkü, işlenememe neticesi, maddî değil, hukuki bir imkânsızlıktan doğmuştur. Suçun icrasındaki imkânsızlık, polis kuvvetlerinin faillere karşı yaptığı ilk müdahale ânında değil, bunların hareketlerini etkisiz bırakmanın plânladığı ânda ortaya çıkar ve hareketi ceza hukuku açısından kısır bir hâle sokar. Bu şartlar altında suç işlemeğe çalışmak, cereyanı kesilmiş bir elektrik zilini çalmağa çalışmağa benzer. (op. cit. s. 59-60).

(24) CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di Diritto Penale, II Reato, V. I. Milano, 1943, s. 179-80.

bir hak veya menfaat zarar görmediği yahut tehlikeyle karşılaşmadığı gibi, fail, her iki hâlde de bir suç işlemek iradesi ve inancı ile harekete geçer. Bu niteliklerine bakıldığı takdirde, söz konusu davranışları ortak bir isim altında toplamak, yani her ikisini işlenemez suç veya sözde suç saymak mümkündür. Olaylara simplistic açıdan bakıldığı takdirde buna hiç bir engel yoktur. Ancak, böylece problem çözülmüş değil, geçiştirilmiş olacaktır. Zira, bu takdirde, farklı muhtevadaki konular birlikte mütalea edilmiş olacak ve bundan bilimsel araştırmanın göreceği katkı pek cüz'î bir seviyede kalacaktır.

Ashında, sözde suç ile işlenemez suç birbirinden bariz farklarla ayrılırlar. (25) Bunlar aynı şeyi ifade etmedikleri gibi, biri ötekinin içinde de yer almaz (26). Kanaatımızca, her iki suçun temelde, imkânsızlık ölçüsüne bağlanabilmeleri de bu derece değişik yapıdaki vakıaların tek bir kavram altında birleştirilmelerini haklı gösteremez (27). Öte yandan, Valsecchi'nin hukukî imkânsızlık halinde sözde suç, maddî imkânsızlık halinde işlenemez suç ipotezinin mevcut olacağı yolundaki görüşü de, sözde suçu işlenemez suçtan ayırmakta sağlam bir ölçü olmaktan uzaktır. Çünkü, yazarın hukukî imkânsızlıktan neş'et eden sözde suçun kapsamına girdiğini iddia ettiği üçüncü ipotezde, yani, faile yabancı ve fiile mukaddem sebepler yüzünden hareketin kanunda yazılı neticeyi meydana getirememesi halindeki imkânsızlık hukukî olmaktan çok fizik bir imkânsızlıktır. Gerçekte, hareketin, polis fiilden önce almış olduğu tedbirler yüzünden başarıya ulaşamaması halini, hukukî bir imkânsızlığın neticesi olarak kabûl edemeyiz. Burada sonuç, maddî nitelikteki engellerin müdahalesi yüzünden sağlanamamıştır.

Kanaatımızca, sözde suç ile işlenemez suçu, birbirinden kesinlikle ayırabilecek yegâne ölçü, failin tasavvur ettiği ve gerçekleştirmek için harekete geçtiği neticenin, kanun tarafından suç olarak gösterilmiş olması veya olmamasıdır. Eğer, fail, hukuken

(25) FIORE. op. cit. s. 16 ve mü.

(26) CONCI. op. cit. s. 73. İşlenemez suça, sözde suçtan müstakil bir varlık tanımayan yazarlar bile, iki müessese arasındaki farkların ve özellikle somut olayların sevkıyla, belki de farkında olmayarak, sözde suçu kendi içinde bir tasnife tabi tutmak ihtiyacını duymuşlardır. Meselâ, Manzini'nin, «suçun varlığında yanılma» ile «suçun tamamlanmasında yanılma»yı birbirinden ayırmasını böyle bir ihtiyaca bağlamanın mümkün olduğunu sanıyoruz.

(27) Aynı mahiyette, PELUSO-CASSESE. op. cit. s. 11.

meşrû olan başka bir deyişle ceza hukuku bakımından önem taşımayan bir fiili, yanılarak suç sanmış ve o kanıyla işlemiş ise, ortada bir sözde suç vardır. Bundan anlaşılabilceği gibi, biz, sözde suç, yalnız hukukî yanılma hâlleriyle sınırlı olarak kabûl etmekteyiz. Eğer, failin kasdettiği netice, kanunda suç olarak gösterilmiş bulunmakla beraber, harekete içkin bir elverişsizlik yahut hareketin maddî mevzuunun (= oggetto materiale dell'azione) yokluğu sebebiyle gerçekleşmemişse, söz konusu olan durum bir işlenemez suçtur (28). Bir başka deyişle sözde suç ipotezinde, fiil kanun tarafından öngörülmemiş, işlenemez suçta ise, fiili suç sayan kanun hükmünün aradığı şartlardan biri gerçekleşmemiştir (29).

Yukarıda, gerek sözde suç gerekse işlenemez suçta, failin hâtalı suç işleme iradesine sahip bulunmasının ortak bir karakter arz ettiğini, fakat, bu sübjektif özelliğın bu tiplerin kaynaşması sonucunu haklı gösteremeyeceğini söylemiştik. Gerçekten, müesseseler arasında doğru bir mukayese yapılabilmesi, bunların objektif özelliklerinin karşılaştırılmasıyla mümkündür. Bir düşünüşe göre, mukayeseyi, sübjektif unsurlara göre yapmağa çalışmak, metod açısından da yanlıştır (30). Cavallo'nun da dediği gibi, hareket biza-tihi elverişsiz veya mevzu yoksa, mânevî unsur nazara bile alınmaz. Çünkü, hukukî değerlendirme bakımından hesaba katılacak ilk unsur objektif unsurdur (31).

Kaldı ki, sözde suç ile işlenemez suçta failin iradesi hâtalı bir şekilde suçâ yönelmiş olmakla beraber, iradelerin konusunu teş-

(28) Krşz. **FIGRE**. op. cit. s. 18. - **PELUSO - CASSESE**. op. cit. s. 73.

(29) **MAGGIORE**. Diritto Penale, Tomo I, s. 412-3), bu konuda şöyle düşünmektedir : Kanun koyucu hiç bir zaman ve hiç bir yerde, bir fiili, failin, onun hakkındaki kanaati sebebiyle suç haline getirmeği tasavvur bile etmemiştir. Sözde suç bu yüzden, cürmiyetten yoksun, suç olmayan bir fiil (non-reato) dir. Oysa, işlenemez suçta, hareket, hukuka aykırılık, kusurluluk gibi suçun bütün unsurları mevcuttur. Cezasızlığın sebebi, hareketin illi yetersizliğidir. Bu o derece doğrudur ki, Roma Hukuku'ndaki «in maleficiis voluntas spectatur non exitus» ilkesi kabûl edilip sübjektif bir ceza hukuku sistemine çilse, işlenemez suç mükemmel cezalandırılabilir : **MODONA** da, buna yakın bir görüşe sahiptir (op. cit. s. 43-44) : İşlenemez suçta, kanunî modele uygun, fakat, hukukun korunan menfaatlere zarar vermeyen bir hareket, sözde suçta ise, hiç bir kanun hükmüne girmeyen ve kanunun koruduğu hakların ihlâli problemine asla vücut vermeyen bir fiil söz konusudur.

(30) **NEPPI - MODONA**. op. cit. s. 37.

(31) **CAVALLO**. Diritto Penale, Parte Generale, C. II, s. 500 (zikreden : **NEPPI - MODONA**. op. cit. s. 37).

kil eden neticeler tamamen farklıdır. Sözde suçun irade edilen neticesi kanun ile yalnız hayalî bir çatışma halindedir. Yani, sözde suç failinin işlemek istediği fiil meşrû bir fiildir. İşlenemez suçta gayedeki cürmîlik, hayalî olmaktan çok öteye gider. Daha doğrusu, failin iradesi ile o konuyu düzenleyen ceza hukuku kuralı arasında tam bir çatışma mevcuttur. Ancak, bazı sebepler yüzünden (hareketin elverişsizliği, mevzuun yokluğu) bu çatışma bilfiil gerçekleşmemektedir. Bunun içindir ki, söz konusu iki ayrı davranış tipinin doğurdukları toplumsal tepkiler de farklı olur (32). Neticesi bakımından zararsız veya tehlikesiz olsa bile, kanundaki bir suç modelinin gerçekleşmesine yönelmiş bir harekette bulunan fail ile kanundaki tiplerden hiç birine uymayan, cezaî - hukukî bir zarar veya tehlike sorununa asla vücûd vermeyen, hayalî bir suçun failinin aynı sınırlar içinde mütalâa edilmeleri beklenemez. Sözde suça ceza müeyyidesi uygulamadıkları hâlde, işlenemez suça ceza veya emniyet tedbirlerinin uygulanması imkânını kabûl eden ceza kanunlarının varlığı dahi bu görüşü doğrulayıcı niteliktedirler (33).

Bu noktada şu şekilde bir itiraz akla gelebilir : Hareketin tipik sayılabilmesi elverişli olmasıyla mümkündür. Elverişsiz hareket, kanundaki tipe uygun sayılamayacağına göre, kanunlardaki modellerden herhangi birine uymayan sözde suç ipotezi ile elverişsizlikten doğan işlenemez suç arasında bir fark kalmaz, dolayısıyla, iki davranış tipini ayırıcı ölçü olarak ileri sürülen husus, onların ortak bir niteliği haline gelir (34), (35). Bu itiraza karşı Fiore ile birlikte diyebiliriz ki (36), işlenemez suç hâllerinde

---

(32) NEPPİ MODONA. op. cit. s. 44.

(33) VANINI, sözde suça —işlenemez suçun aksine— emniyet tedbiri uygulamanın mümkün olmamasını (İtalyan C. K. m. 49) eleştirmekle (Problema..., s. 77 - 78) ve mesele, çok kıymetli sandığı fakat aslında değersiz bir kopyadan ibaret bulunan bir tabloyu, bir galeriden çaldığını söylediği hâlde, meşrû surette elinde bulunduran bir kimseden alarak cürüm eşyasına satın alma suçunu işlediğini sanan kimseye emniyet tedbiri uygulanmamasının doğru olmadığını, zira, tehlikeliliğin bu olayda aşikâr olduğunu ileri sürmektedir. Kanaatimizce, burada endişeye düşmeğe yer yoktur; çünkü, yukarıda verdiğimiz ölçüye göre, burada sözde suç değil, bir işlenemez suç söz konusudur.

(34) Bk. FIORE. op. cit. s. 20-21.

(35) İşlenemez suçun, suçun tipiklik unsuruyla ilgisi bakımından n. 18'e bk.

(36) FIORE. op. cit. loc. cit.

fiil, hem, dış görünüşü bakımından bir suçta tekabül etmekte, hem de, hareketler, elverişsiz de olsalar, kanun tarafından yasaklanmış bir hedefe yönelmiş bulunmaktadırlar. Buna karşılık, sözde suçta, fiilin meşruluğu, kanundaki tipe uymayışı küllîdir. Öte yandan, işlenemez suçlarda, kanunun öngörmüş olduğu hareket veya mevzuun olumsuz anlamda bir varlık kazandıklarını söylemek de mümkündür (37).

10. Sözde suç ile işlenemez suç biribirinden ayırmaktaki ölçü, işlenmesi irade edilen fiilin kanunen suç sayılmış olup olmaması olunca, sözde suçun yalnız hukukî yanılmadan doğabileceği, doktrinin fiilî yanılma (hatâ) sebebiyle sözde suç (reato putativo pererrore di fatto) suç diye isimlendirdiği ipotezlerin, işlenemez suç konusu içinde incelenmeleri gereğini de kabûl etmek lâzımdır (38).

Bilindiği gibi, fail, yaptığı hareketin, suç sayıldığı kanısıyla hareket etmiş, meselâ, karısından başka bir kadınla bir kere gayrimeşrû cinsî münasebette bulunmakla zina suçunu (39); usûl veya fûruğu ile cinsî münasebette bulunmakla, ahlâk ve âdaba karşı bir suç; ilga edilmiş bir kanun hükmüne aykırı hareket etmekle, bir suç işlediğini (40) sanmış ise, bizim «sözde suç», doktrinin büyük bir çoğunluğunun «hukukî yanılma sebebiyle sözde suç» dediği hâl vardır. Doktrinde, fiilî yanılma sebebiyle sözde suç denilen hâllere ise, failin, fiilin kanunî tanımında değil, unsurlarında yanılmış olması hali (mes. kendi malını başkasının malı sanıp almak, şahit olarak dinlenirken, yalan sanarak gerçeği söylemek, onsekiz yaşından küçük sandığı reşit bir kadın ile rızalı cinsî münasebette bulunmak...) hukuka uygunluk sebebinin kanunda öngörülmediği kanısıyla hareket edilmiş olması hali (hakkın icrasının veya meşrû müdafaanın hukuka uygunluk sebebi olduğunu bilmeksizin suç zannıyla bir harekette bulunmak) ve nihayet, failin, suçun varlığı için gerekli niteliği haiz bulunmadığı hâlde, bulunduğu kanısıyla hareket etmiş olması hali (kendisini memur

(37) Yukarıda d. n. 31'e bak.

(38) PELUSO - CASSESE, op. cit. s. 18 ve mü. - FIORE, op. cit. s. 19 - MODONA, op. cit. s. 39, d. n. 41. - ERSOY, Yüksel. Sözde suç ve İşlenmez Suç (Adalet Dergisinde yayınlanacaktır).

(39) Misâl, ANTOLISEI'nindir. Bk. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 3. Ed. Milano, 1957, s. 350.

(40) SALTELLI, Carlo - ROMANO DE FALCO, Enrico. Commento Teorico - Pratico del Nuovo Codice Penale, V. I. Parte Prima, Torino, 1931, s. 289.

sanıp suç ihbarda ihmâl suçunu işlediğini zannetmek) dahil edilmektedir (41).

Kanaatımızca, bu ihtimâllerden ikincisi, yani, failin, hukuka uygunluk sebebinin kanunda öngörülmemiş olduğu yolundaki yanlış kanı ile hareket ettiği hâllerde, fiilî değil, hukukî bir yanılma vardır. Zira, fail, kanunda hukuka uygunluk sebebi olarak, hükme bağlanmış bir durumu yanlışlıkla bağlanmamış saymış, dolayısıyla, kanunda suç sayılmayan bir hareketi, suç olduğu kanısıyla işlemiştir. «Fail burada da, suç teşkil eden fiilin aslî maddî unsurları üzerinde bir hatâyâ düşmemektedir. Zira, fiilin bu unsurları onca tam ve doğru olarak bellidir... Sözde suç hâlinde (42) cezalandırmayı öngören bir kuralın yokluğu bilinmezken, bu hâlde cezalandırılmamayı öngören bir kuralın varlığı bilinmemektedir. Her iki halde de, hukukî bir hâta, meşrû olan bir fiili hukuka aykırı telâkki etmeye sebep olmaktadır...» (43).

Öteki iki ihtimâle gelince... Bunların, mevzuun yokluğu sebebiyle işlenemez suç kavramının sınırları içinde kaldıklarını sanıyoruz (44). Çünkü, burada da fail, kanun tarafından suç olarak öngörülmüş bir fiili (hırsızlık, yalan şahadet, reşit olmayanla cinsî münasebet, cürmü haber vermekte zuhûl) gerçekleştirmek iradesi ile harekete geçmekte, fakat, cürmî netice, mevzuun yokluğu (başkasının malı, adaletin tecellisinde meknuz bir menfaat, reşit olmayan bir kimse, Devlet İdaresine ait bir menfaat) yüzünden meydana gelememektedir (45).

**11.** Sözde suçun hukukî yanılma hâlleri sınırlı olarak kabul edilip, fiilî yanılmaya dayanan sözde suç, işlenemez suç sayan bu görüş eleştirilmiştir. Görüşün, en vazih eleştirisini yapan Sabatini'ye göre (46), fiilî yanılmadan doğan sözde suçta, hareket ve hare-

---

(41) Bu üç hâlin hepsini, fiilî hatâ sebebiyle sözde suçun çeşitleri olarak **ANTOLISEI** göstermektedir. op. cit. s. 350.

(42) Tecrim edici kuralın varlığında yanılmadan doğan sözde suç.

(43) **ERSOY**. op. cit. Aynı mahiyette : **SABATINI**. II. 30 - 31.

(44) Krşz. **FIORE**. op. cit. s. 19, d. n. 6 - **ERSOY**. op. cit.

(45) Krşz. **CONCI**. op. cit. s. 56 ve mü. - **PELUSO - CASSESE**. op. cit. s. 18-19, 56-57.

(46) **SABATINI**, Guglielmo. *Instituzioni di Diritto Penale, Parte Generale, V. II, 4 Ed., Catania, 1948. s. 30 ve mü.*

ketin maddî mevzuu daima mevcuttur. Buna karşılık, işlenemez suçlarda mevzu yoktur.

Gerçi, fiilî yanılma sebebiyle sözde suç sayılan hâllerde de, işlenemez suçlarda olduğu gibi, mevzu bulunmayabilir. Başkasının malı zannıyla kendi malını alan, evli olduğu zannıyla boşanmış veya bekâr bir kadınla cinsî münasebette bulunan kimsenin fiilinde, bir şahsın cesedine, hayatta olduğunu zannederek ateş etme fiilindeki gibi, hareketin gayesini teşkil eden mevzu namevcut, yani hırsızlıkta, başkasına ait şey, zinada başkasıyla evli kadın yoktur. Ancak, birinci gruba giren olayların, ikinci gruba girenlerden farklı bir hukukî değerlendirmeye tabi tutulmaları gerekir. Bunun sebebi, birinci gruba giren hareketlerin, maddî mevzularına nisbetle meşrû bir fiilin irtikâbına müncer olmalarına rağmen, ikincilerin meydana geldiği takdirde, failin kasdına ve hareketinin içkin gayrimeşruluğuna uygun olarak bir suça vücüt verecek nitelikte olmaları gerçeğinde aranmalıdır (47).

Hukukî veya fiilî yanılmadan doğan sözde suçta, elverişli bir hareket, onun maddî mevzuu ve netice daima mevcuttur. Eksik olan şey fiilin suç teşkil etmemesidir. Yanılma, mevzuun niteliğine, tabi olduğu şartlara veya aidiyetine ilişkin özel vasıflarının teşhis edilememiş olması vakiasından doğar. Fakat, bu mevzu, fail tarafından irade edilmiş olan mevzudur. Söz konusu vasıfları dolayısıyla, kastedilenden farklılık arzeden mevzu, hukukun meşrû saydığı alan içinde kaldığından fiil suç teşkil etmez. Mevzu, bu anlamda bir farklılık arzetmeyip, tümünden yok olsaydı, bu takdirde bir işlenemez suç ile karşı karşıya kalmış olurduk. Bunun suç teşkil etmemesinin sebebi ise, fiilin gerçekleşmemiş olması ve mevzuun yokluğu sebebiyle gerçekleşmesine imkân bulunmayışıdır. Şu hâlde, fiil, objektif gerçekliği bakımından esas itibarile meşrû bir fiil ise, suç teşkil ettiği sanısıyla işlenmiş olmasına rağmen, suç teşkil etmeyen bir fiil, yani fiilî yanılmaya dayanan sözde suç vardır. Buna mukabil, kullanılan vasıta veya istenen mevzu olmamakla beraber, harekete maruz kalan mevzu dolayısıyla, fiil objektifman gayrimeşrû ise, hareketin elverişsizliği veya mevzuun yokluğu sebebiyle işlenemez suç söz konusu olur. Başkasının zannıyla kendi malını almak, evli olduğu sanılan bekâr bir kadınla rızalı cinsî münasebette bulunmak, failin suç işlediği yolundaki kanısına rağmen iç-

(47) SABATINI. op. cit. s. 31.

kin nitelikleri itibarile meşrû fiillerdir. Oysa, bizatihi tabancanın ateşlenmesi, gayrimeşrû bir amaca yönelmiş hukuka aykırı bir hareket olup, hareketin elverişsizliği veya mevzuun yokluğunun, kasdedilen neticeyi imkânsız kılmaları sebebiyle meşruiyet kazanamaz. Bunun gibi, mağdurun memur olmadığını anlaşılmamasına ve mağdurun memur olmaması halinde memura hakaret suçunun tekevününe imkân bulunmamasına rağmen, tecavüz hukuka aykırılığını muhafaza eder (48). İşlenemez suç, hareketin elverişsizliği veya mevzuunun yokluğu yüzünden neticenin vukuunun imkânsız olması sebebiyle cezalandırılmayan bir fiildir. Buna mukabil, fiilî yanılmadan doğan sözde suçtaki hareket, objektif açıdan bakıldığında meşrudur.

12. Sabatini'nin açıklamalarının, sözde suç ile işlenmez suç birbirinden ayırmak için savunduğumuz ölçüyü etkisiz kılmadığını sanıyoruz. Çünkü, hareketin maddî mevzuunun hiç bulunmaması ile, bulunmasına rağmen ,kanunun aradığı bazı niteliklerden yoksun olması arasında sonuçlar bakımından fark yoktur : her iki halde de, pozitif hukukun önem verdiği bir mevzuun yokluğunu kabûl etmek zorunluluğu vardır. Başka bir deyişle, kanunun öngördüğü şartları taşımayan mevzu, mevcut olmayan bir mevzu gibidir (49).

Öte yandan, fiilî yanılmadan doğan sözde suçların, işlenemez suçların aksine, objektif gerçeklik açısından, yani, bilfiil gerçekleşmiş olan şekilleriyle meşrû fiiller oldukları, buna karşılık, meselâ, bir cesede, canlı sanılarak ateş edilmesi olayında, bizatihi ateş etme fiilinin gayrimeşrû bir amaca yönelmiş, hukuka aykırı bir faaliyet olduğu görüşünü de tartışmak mümkündür, sanırız. Gerçekten, yazarın, tamamen meşrû fiiller şeklinde mütalâa ettiği fiilî yanılma sebebi ile sözde suç hâllerinde de, hareketin tamamlanmış olan belli bazı kısımlarında, hukuka aykırılığın, gayrimeşrûluğun, hattâ, suç sayılan fiillerin unsurlarını görmek mümkündür. Meselâ, başkasına ait olduğunu sandığı, fakat, sonradan kendisine ait bulunduğu anlaşılan bir malı çalmak niyetiyle bir eve giren ve bu malı ele geçirmek için hile veya cebre başvuran kimsenin veya

---

(48) SABATINI. op. cit. s. 31 - 32. Yazara göre, meşrû veya gayrimeşrû hareket tâbirinden maksat, kanun tarafından öngörülmüş olsaydı, suç teşkil edecek olan harekettir. Bu husus için bk. op. cit. s. 32 - 33.

(49) Aynı mahiyette : NEPPI - MODONA. op. cit. s. 38, d. n. 41.

memur olduğunu sanarak memur olmayan bir şahsa hakaret eden failin, hırsızlık yahut memura hakaret suçunu işlememiş oldukları kabûl edilse bile, hareketlerinin tamamen meşrû oldukları söylenemez. Faillerin, hiç değilse, konut dokunulmazlığını ihlâl, âdiyen hakaret fiillerini işlediklerinde şüphe bulunmamak lâzımdır.

### 13. İŞLENEMEZ SUÇ - GÖRÜNÜŞTE SUÇ

Görünüşte suç deyimini ortaya atan ve konunun en geniş izahını yapan De Marsico'ya göre (50), hareketin aktif veya pasif süjesiyle maddî veya hukukî mevzuunda, icra hareketlerine mukadde veya her hâlde icra hareketleri ile hemzaman ve bilerek yaratılmış bir yokluk halinde, bunların yerini, başka süje ve mevzuların alması yüzünden kanundaki tipe görünüşte benzeyen, fakat, aslında, bu tipte bir mutabakat arzetmeyen bir fiilin işlenmesi görünüşte suça vücût verir (51).

Yazar, görünüşte suçun, farklı nitelikleri dolayısı ile müstakil bir müessese olduğu kañâatındadır : Meselâ, görünüşte suçlarda, hareket elverişli olduğu hâlde, netice, icra hareketlerine takaddüm eden ve bilerek yaratılan bir önleyici sebep yüzünden meydana gelmez (52). Zehirlemek istediği kimseye, zehirle birlikte panzehiri içiren kimsenin, zehir verme şeklindeki hareketi elverişli bir harekettir. Ancak, netice, burada, hareketten önceki engelleyici bir sebebin müdahalesi ile, suçun aktif süjesinin, yani, failin yerini, ona tekabül eder gibi görünen başka bir süjenin almış olması yüzünden meydana gelememektedir. Aleyhine, gasp suçunun işlenmesi kendisine önceden haber verilen mutasavver mağdurun, failin karşısında, onu polise yakalattırabilmek için korkmuş görünmesi olayında ise, pasif süje bakımından bir zahirilik vardır.

---

(50) **DE MARSICO**, A. *Il Reato Apparente e l'Apparenza Nella Teoria del Reato*. s. 377 (Zikreden : **FIGLIO**. op. cit. s. 50).

(51) «Görünüşte Suç» terimini **BETTIOL** (op. cit. s. 257) ve **MORO** (*L'Antigiuridicità Penale*, 1947, s. 139 ve mü.) da kullanmaktadır. Fakat, bu iki yazar, konuya, hukuka uygunluk sebepleri ve hukuka aykırılığın ortadan kalkması açısından, yani, değişik bir anlam vererek bakmaktadır. Meselâ, **BETTIOL**, bazı sebeplerin, müdahalesi yüzünden, aslında gayrimeşrû sayılması gereken hareketlerin mâzur görüldüklerine işaret eyledikten sonra, «Bu hâllerde, suç, sadece görünüştendir» demektedir. op. cit. loc. cit.

(52) **DE MARSICO**. op. cit. s. 392.

De Marsico, bir yakınlık arzitmelerine rağmen, görünüşte suçun, işlenemez suçtan bağımsız bir ipotez olduğunu açıkça söylemektedir (53). Buna göre, suçun maddî mevzuunun görünüşte mevcut olmaması haliyle, mevzuun yokluğu yüzünden işlenemez suç birbirinden ayrı şeylerdir. Bu bakımdan, bir evin hizmetkârı, evde işlenmiş hırsızlık fiillerinin meçhûl failini ortaya çıkarmak maksadıyla şüpheli bir şahısla anlaşıp, bir çuvala dolduracağı ev eşyasının onun alması için antreye bırakacağını söyler ve fakat çuvala paçavra kâğıt doldurup, herhangi bir zarar ihtimalini bertaraf edecek şekilde durumu polise haber verdikten sonra suç ortağının gelmesini beklerse, ortada, işlenemez suç değil, suçun maddî mevzuunun (çalınacak eşya) görünüşte mevcut olduğu bir olay vardır.

14. Görünüşte suçta, kanundaki tipe sadece görünüşte bir uygunluk söz konusu olduğu ve zarar veya tehlikeye mâruz kalacak bir hukukî menfaat bulunmadığından, hareketin hukukî bir sonuç doğurmayacağı doğru olmakla beraber, bu durum, görünüşte suçun, ayrı bir varlık taşıyan bir müessese sayılmasını gerektirmez. Çünkü, burada, suçun mevzuu veya süjelerindeki yokluk ve onların yerine bir başkasının geçmesi yüzünden, hareketin, ceza kuralını ihlâl edip zarar veya tehlike husûle getirme iktidarını kaybetmesi, başka bir deyişle, elverişsiz hale gelmesi veya suçun mevzuunun yok olması ipotezi ile karşı karşıya bulunmaktayız (54). Öte yandan, görünüşte suç hâllerinde, tipik olmasa bile bir neticenin meydana gelmiş bulunması, onun işlenemez suç sayılmasına engel değildir. Çünkü, işlenemez suç, sadece, neticeyi husûle getirmeğe elverişli olmayan ve bu yüzden eksik, natamam kalan hareketleri ifade etmek üzere kullanılan «elverişsiz teşebbüs» kavramının sınırları içinde mütalâa etmek doğru olmaz. Bir suç, mevzuunun yokluğu sebebiyle de işlenemez hâle gelebilir. Hareketin, tamamlanıp, dış dünyada belli bir değişiklik meydana getirdiği, fakat ceza kuralında öngörülmüş bulunana benzeyen bu neticenin hiç bir zarar veya tehlike doğurmadığı görünüşte tamamlanma (consumazione apparente) hâlleri de işlenemez suç kavramı içinde yer alırlar.

Yazarın, mevzuun görünüşte mevcut olmasına misâl olarak verdiği olayda, mevzuun zahiren mevcut olduğu değil, genellikle kabul

---

(53) Bk. **FIGRE**. op. cit. s. 53, d. n. 62.

(54) Aynı mahiyette : **FIGRE**. op. cit. s. 50 ve mü.

edildiğine göre, ya hiç mevcut olmadığı yada **ex ante** değerlendirmeye göre cezalandırılabilir bir teşebbüsün mevcut olduğunu kabul etmek gerekir (55). Olay yerinde, failin kasdettiği şey yerine, onu hiç ilgilendirmeyen bir başka şeyin bulunmasının, işlenmesi irade edilen fiil bakımından hiç bir önemi yoktur.

Yazar, görünüşte suç hâllerinde, hareketin elverişli olduğunu, neticenin, icradan önce de etkisini gösteren engelleyici bir sebep yüzünden meydana gelemediğini söylerken de yanılmaktadır. Çünkü, elverişlilik, hareketin, herhangi bir neticeyi meydana getirebilme iktidarı değildir. Hareket, kanunen korunan hukukî bir menfaati, zarar veya tehlikeye maruz bırakabilme iktidarına sahip olduğu takdirde elverişli sayılır. Bu bakımdan, icraya başlanmasından önce, engelleyici bir sebep suçun aktif veya pasif süjesini yahut maddî veya hukukî mevzuunu ortadan kaldırmış, onun yerine, kanunî tipte belirtilene görünüşte benzeyen bir başkasını geçirmiş ise, ya bu yüzden elverişsiz hâle gelen bir hareketin varlığını yahut mevzuun gerçek anlamda yokluğunu, kısacası, işlenemez bir suçun mevcudiyetini kabul zorunluğu vardır (56).

## 15. İŞLENEMEZ SUÇ KONUSUNUN SUÇ TEORİSİNDEKİ YERİ

İşlenemez suçun, suçun genel teorisinin sistematığı içindeki yeri oldukça tartışmalıdır. Müesseseyi, mânevî sorumluluk, yani isnad kabiliyeti ve kusurluluk konusu içinde inceleyenler bulunduğu

---

(55) Konunun, tahrikçi ajan (agente provactore) problemi ile ilişkileri ileride incelenecektir.

(56) Kanundaki tipe görünüşte uygunluk (fattispecie apparente) ile elverişsiz teşebbüsün birbirlerinden ayrılacakları, fakat, bunun sebebinin, De Marsico'nun ileri sürdüğü gibi, elverişsiz teşebbüste hareketin aslında elverişsiz olmasına mukabil, görünüşte uygunluk hâlinde, hareketin elverişliliğine rağmen, icra hareketlerinden önce hazırlanmış bir sebebin etkide bulunması olmadığı iddia edilmiştir. Buna göre, aradaki fark, şöyle tesbit edilebilir : Kanundaki tipe görünüşte uygunluk hipotezlerinde bilfiil gerçekleşmiş bir durumda, hukuken öngörülmüş zarar veya tehlikenin mevcut olup olmadığı araştırılmakta, oysa, elverişsiz teşebbüs hâllerinde tamamlanmamış bir hareket veya meydana gelmemiş bir netice üzerinde durulup bir tahmin hükmü verilerek suretiyle hareketin zararlı veya tehlikeli neticeyi doğurma iktidarına sahip olup olmadığı, yani, illi imkânları araştırılmaktadır (Bk. FIORE. op. cit. s. 55). Kanaatımızca bu görüş doğru değildir. Çünkü, tipe görünüşte uygunluk ile elverişsiz teşebbüsü birbirinden ayırmak için başvuru ölçü, nihayet, elverişsizlik sebebiyle işlenemez suç ile mevzuun yokluğuna dayanan işlenemez suç arasındaki münasebeti izaha yarayabilir. Kaldı ki, doktrinindeki hâkim fikre göre, hareketin elverişliliği kadar, mevzuun varlığı, yokluğu problemlerinin çözümlenmesinde de, değerlendirme ex post değil, ex ante yapılmak gerekir.

gibi (57), suç veya cezalandırmayı ortadan kaldıran sebepler arasında mütalâa eden (58) yazarlar da mevcuttur. Geleneksel anlayışa göre, işlenemez suç, teşebbüsün olumsuz bir şekli olarak, teşebbüs problemi dolayısıyla incelenmelidir (59). Gittikçe fazla taraftar toplayan yeni bir görüşe göre (60), işlenemez suç konusunun, teşebbüs doktrininin dar sınırları içinde değil, tipiklik unsuruna olan etkisi bakımından ele alınması gerekir. Çünkü, tipik hareket, kanunda gösterilen modele sadece dış görünüşü bakımından değil, içkin nitelikleri bakımından da uyan, kanunen korunan hak veya menfaati tehlikeye maruz bırakma iktidarına sahip olan harekettir. Kısacası, yalnız elverişli olan hareket tipik sayılabilir.

**16.** İşlenemez suçun cezalandırılmaması sebebi olarak, failin anlama ve isteme kabiliyetinden yoksun olmasını gösteren ve dolayısıyla konuyu sübjektif unsur içinde mütalâa edenlerin görüşleri kabûl edilemez. Çünkü, işlenemez suç failinin anlama ve isteme kabiliyetine sahip olarak hareket ettiğinde şüphe yoktur (61). Bunun gibi, işlenemez suçta, gerçek anlamda bir iradeden değil de, yeteri kadar belirlilik (oggettività) kazanmamış bir itişden bahsedilebileceği yolundaki fikir de sağlam değildir. Çünkü, elverişsiz de olsa, hareketin yapılmasıyla iradenin bir objektiflik kazanmış olduğu meydandadır. Scarano'nun da dediği gibi, işlenemez suçta, bir suça, itibasa yer vermeyecek şekilde yönelmiş bir iradenin varlığını gösterebilecek her unsur mevcuttur (62).

**17.** İşlenemez suç, teşebbüs konusu içinde ve onun olumsuz bir şekli olarak inceleyen ve hâlâ büyük bir taraftar kütlesine sahip bulunan geleneksel anlayışın yanlış olduğu söylenemez. Teşeb-

(57) Bk. **MAGGIORE**. op. cit. V. I. Tomo, I. s. 412 ve mü. Bundan başka, **SCARANO**, Luigi. Il Tentativo, Napoli, 1952, s. 182, d. n. 24'de gösterilen yazarlara da bk.

(58) Bk. **NEPPI MODONA**. op. cit. s. 50, d. n. 54.

(58) **ANTOLISEI**. op. cit. s. 347 ve mü. - **MANZINI**. Trattato, II, n. 437, I, n. 211 - **CARRARA**. op. cit. § 259 ve mü. - **MEZGER**, Edmondo. Diritto Penale (Strafrecht), Padova, 1935. § 53 ve mü. - **DÖNMEZER - ERMAN**. op. cit. I, n. 593 ve mü. - **EREM**. op. cit. s. 633 ve mü. - **TANER**. op. cit. s. 280 ve mü. misâl olarak zikredilebilirler.

(60) Özellikle : **FIGLIORE**. op. cit. s. 27 ve mü. - **NEPPI MODONA**. op. cit. s. 50 ve mü.

(61) Aynı mahiyette : **SCARANO**. op. cit. s. 182. İşlenemez Suçu İsnad Kabiliyetini ortadan kaldıran sebepler arasında inceleyen **MAGGIORE**'ye göre (op. cit. s. 412 ve mü.), hatâyâ düşen bir kimse, soyut bakımdan anlama ve isteme kabiliyetine sahip ise de, somut açıdan bu kabiliyetini kaybetmiştir. Çünkü, suç ve iradesi gerçeğin, yanlış bir şekilde tasavvur edilmesi yüzünden bulandırılmış ve saptırılmıştır (op. cit. s. 379).

(62) **SCARANO**. op. cit. s. 183.

büsün varlığı için elverişli vasıtalarla icraya başlamak şart koşulunca, vasıta veya hareketlerdeki elverişsizliğin veya mevzudaki yokluğun (zira, yok olan bir mevzu bakımından icraya başlamak bir görüşe göre mümkün değildir) teşebbüs nazariyesi ile doğrudan doğruya ilgili bir duruma vücut verecekleri aşikârdır. Bu itibarla, işlenemez suç, maddî unsur ve teşebbüs konularıyla birlikte ele alınmanın isabetsizlik taşımadığını sanıyoruz.

18. Bununla beraber, işlenemez suç probleminin, hareketteki elverişsizlik veya mevzuun yokluğu yüzünden kanundaki tipe uygun bir fiilin meydana gelmesinin imkânsız oluşu sebebiyle, suçun «tipiklik» adını alan unsuruyla olan ilişkisi de inkâr edilemez. Yukarıda sözü geçen yeni akım, konuyu, onun bu yönüne üstünlük tanıyarak incelemektedir.

Bu görüşün taraftarlarına göre, elverişlilik, tipik fiilin bir vasıfıdır. Bir fiilin tipe uygun olup olmadığı hakkında bir hüküm verilirken, onun elverişli olup olmadığının araştırılmasından vazgeçilemez. Bu sebeple, elverişlilik, teşebbüsün bir unsuru ve o konuyla sınırlı olarak değil, cezalandırılabilir fiilin ana yapısına ilişkin bir genel ilke, yani, sadece teşebbüs halinde kalmış suçları değil, tamamlanmış suçları ilgilendiren ve gayrimeşrû fiillerin suç sayılması için aranan temel bir şart olarak telâkki edilmelidir (63). Bu görüşün temelinde, hareketin gayesi nazariyesi (teoria finalistica dell'azione) yatar. Bilindiği gibi, adı geçen nazariyeye göre, insan hareketlerinin muhtevasını ve gerçek anlamı, illiyet kanunlarıyla tayin ve tesbit edilemez. İnsan hareketi, sadece bir sebep - netice münasebeti olarak anlaşılmalıdır. İnsan hareketinin hâkim niteliği, «gaî» bir olay oluşudur. İnsan hareketi, «... taksirli bile olsa, mahiyeti itibarıyla gayelidir. İnsan, dünya üzerinde netice tevliid eden hareketinin muhtemel neticelerini önceden fikrinden geçirebilir. Faaliyetini ona göre tanzim edebilir.» (64). İnsan, kendi hareketinin iktidar, anlam, sonuç ve gayelerini öngörür ve bunlara bakarak, hareketinin icrası sırasında kullanacağı vasıtaları seçer. Bu itibarla, hareketi, muhtevasından, yani, onu ayakta tutan iradenin yönünden ayırmağa imkân yoktur (65), (66).

(63) L'INNOCENTE, Giulio. Considerazioni in tema di Reato Impossibile. Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1961, s. 1087 - 88 - FIORE, op. cit. s. 22 - 23 ve mü., s. 41 ve mü.

(64) KUNTER, Nurullah. Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi. İstanbul, 1955, s. 45, d. n. 32.

(65) FIORE. op. cit. s. 36.

Şimdi, bütün bu söylenenlerden, elverişlilik konusunda çıkarılan sonuç şu olmaktadır : madem ki, irade, gerçekleştirebileceği bütün sonuçları kapsar ve bu sebeple hukuken önem taşıyan hareket, belli bir tarzda ve belli bir gaye için yapılan harekettir, madem ki, kullanılacak vasıtaların seçimi, gayeye yönelmiş iradenin başlıca hâricileşme şekillerinden biridir, şu hâlde, yalnız, elverişli olan, yani, uygun bir şekilde önceden hazırlanmış vasıtalar sayesinde, belli bir gayeye şûurlu bir şekilde teveccüh etmiş bulunan harekete «hareket» demek mümkündür (67). Elverişsiz harekete yönelmiş olan bir iradedeki kast ve bilgi elverişsiz fizik sebeplere vücüt verdikleri cihetle hukuken önem taşımazlar. Gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bir neticeye yönelmemiş bir iradenin, hâricileşmemiş iradeden farkı yoktur. Hareketin icrasını sağlayan illiyet zincirine vücüt veren irade itişlerinin bilerek şartlandırılmaları, yani, yönlerini irade olunan neticenin illî şartlarının elverişliliği esasına göre tayin etmeleri lâzımdır (68).

Özetle, somut fiilin, kanundaki tipe uygun sayılabilmesi için, sadece şekli bir intibak, yani dış görünüş itibarile modele tetabuk etmesi yetmeyecek, hukuken korunan menfaate bir zarar veya tehlike iras edebilme iktidarına da sahip bulunması, başka bir deyiş-

---

(66) Alman hukukçusu **WELZEL**, hareketin gayeci nazariyesinin kurucusu sayılmaktadır. Ancak, nazariye büyük bir taraftar kütleli bulmasına rağmen zamanla değişik bir muhtevaya bürünmüştür. Meselâ, **WELZEL** ve onun gibi düşünenlere göre, «Hareketin gayesi ile kast aynı şeydir. Kast, ahlâki muhtevadan tecrit edilmeli, kusurluluk unsurundan çıkarılmalı, hem fiilin hem de hukuka aykırılık unsurunun objektif unsurunu teşkil etmelidir... Kast, objektif kanunî tipin tahakkuku şuûr ve iradesinden ibarettir... Cezâi ehliyeti olmayan kimselerin de kast ehliyeti vardır. O hâlde, bunlar da suç fâili olabileceklerdir» (Bk. **KUNTER**. op. cit. s. 45 - 46, n. 32. Keza : **FIGORE**. op. cit. s. 37). Söz konusu nazariyenin, en çok eleştirilen yönü, kast ve taksiri, kusurluluk unsurundan çıkarıp, hareket ve hukuka aykırılık unsuruna nakletmesidir. Gerçekten, kusurluluk unsurundan kast ve taksir çıkarıldığı takdirde, bu unsur, esasını teşkil eden cüzülâden yoksun bir hale getirilmiş ve isnad kabiliyetini münce olur. Oysa, kusurluluğun isnad kabiliyeti şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Bu yüzden ki, hareketin gayeci nazariyesine taraftar bâzı hukukçular, nazariyede değişiklik yapmak lüzumunu duymuşlardır. Meselâ, **BETTIOL**'a göre (op. cit. s. 204 ve mü.) hareket, gai bir kavram olmakla beraber, hareket kavramıyla kasıtlı hareket kavramını aynı anlamda kabul etmemek gerekir. Taksiri bertaraf eden bu anlayış ceza hukukunu kısırlaştırır. Öte yandan, irade ile onun muhtevası ayrı ayrı mütalâa edilmelidir. İstemek başka şey, bir şeyi belli şekil ve şartlarda istemek başka şeydir. İradenin muhtevasının hareket teorisi ile ilgisi yoktur. Bu muhteva kusurluluk unsuruna aittir.

(67) **WELZEL**. Studien zum System des Strafrechts, 1938, ZStW 58, s. 503 (Zikreden : **FIGORE**. op. cit. 38).

(68) **WELZEL**. Kausalität und Handlung. 1931, ZStW, 51, s. 717 - 8 (Zikreden : **FIGORE**. op. cit. s. 38 - 9).

le elverişli olması gerekecektir. Hareketin, elverişli olduğu takdirde tipik sayılabileceği böylelikle kabûl edilince, hareketin elverissizliği veya mevzuun yokluğu ipotezlerinden doğan işlenemez suçun da «tipiklik» konusu ile olan ilişkisi ve genel suç teorisi içindeki yeri iyice belirir (69).

19. Hareketi, gayesine göre değerlendiren ve elverişliliği tipik fiilin âdeta önşartı sayan bu yeni akım eleştirilmiştir. L'Innocente'ye göre (70), gai nazariyenin, elverişliliği, tipik fiilin alanı içine sokmak için gösterdiği gayret, elverişliliğin sübjektif açıdan, yani, fail bakımından değerlendirilmesi ile mantıkî bir ahenk içindedir. Gerçekten, elverişlilik unsurunun tipikleştirilmesi, onun aynı zamanda sübjektifleştirilmesini gerektiriyorsa, elverişliliğin en uygun anlamı, ne zaman var veya yok sayılacağı araştırılırken bu noktadan unutulmaması lâzımdır. Fakat, cazip görünen bu çözüm şeklinin çok büyük sakıncaları vardır. Çünkü, bu takdirde, hareket, objektif açıdan, yani maddî gerçekler bakımından elverişsiz olduğu hâlde, faile göre mevcut elverişlilik dolayısıyla ceza vermek gerekecektir. Bu netice, hareketin gayeci anlayışı ile bir çelişme hâlinde değildir; fakat, «ceza hukuku sisteminin teknik yapısı ve amaçları itibarile abese müncer olduğu da inkâr edilemez» (71). L'Innocente, bunun, elverişliliği tipiklik içinde mütalâa edenler tarafından da farkına varıldığını ve meselâ, bunlardan Fiore'nin, objektif bir elverişlilik anlayışına kaydığı ve hareketin elverişli sayılabilmesi için somut bir tehlikenin doğmuş olması şartını aradığını ileri sürmekte (72) ve bu noktaya temas ettikten sonra, objektif anlamda bir elverişliliğin tipiklik unsuru içinde mütalea olunamayacağını söylemektedir. Yazara göre, suçların kanuniliği ilkesini koyan hüküm, hukukun kesinliği gereği ile hak ve menfaatlere zarar veren veya onları tehlikeye düşüren tecavüzlerin cezalandırılması ihtiyacını karşı karşıya getirmiştir. Tipe uygunluk şartı ile, hak ve menfaatlerin korunması lüzumu, ceza hukukunun mihrakını teşkil eden ve birbirilerine zıt ve mantıken bağdaştırılmaları mümkün olmayan iki kutuptur-

(69) Bu anlayışın, tabii sonucu, elverişliliği unsur sayan teşebbüsün dahi tipiklik unsuru içinde mütalâa edilmesi olmak gerekir. Bu itibarla, işlenemez suç ile teşebbüs arasındaki ilişki, gai nazariye ile dahi ortadan kaldırılmış değildir.

(70) L'INNOCENTE. op. cit. s.1088 ve mü.

(71) L'INNOCENTE. op. cit. s. 1088.

(72) Krsz. FIORE. op. cit. s. 40, 43.

lar. Bu uyumsuzluk, hak ve menfaatlerin korunması ihtiyacının, hukukun kesinliği gereğine, hiç değilse kısmen, feda edilmesiyle çözümlenebilir. Başka bir deyişle, bir hak veya menfaat bakımından zarar veya tehlike meydana getirirlerse bile, kanunda gösterilen tiplerden herhangi birine uymayan fiiller sistem dışında kalmalıdır. Kanundaki tipe uymakla beraber, zarar veya tehlike husule getirmeyen hareketlerin de hukuk sistemi içinde nazara alınmaları gerektiği düşünülebilir. Ancak, hareketin gaî unsuruna önem veren bir sistemde, gaye bakımından hiç bir önem taşımayan bütün hareketlerin sistem dışında mütalâa edilmeleri gerekir. Bu sebeple, menfaat unsurunun, elverişliliğin değerlendirilmesi vasıtasıyla, tipik modelin yapısına dahil edilmesine mantıkî bakımdan bir yanlışlık yoktur. Fakat, elverişliliğin, hareketin gayeci anlayışının içinde mütalâa edilmesini kabûl edemeyiz. Çünkü, eğer, tipiklik, fiilin, fail tarafından yapılacak olumlu bir değerlendirilmesine göre, yani, failin, fiili ile, hukuken korunan hak veya menfaati zarar veya tehlikeye maruz bırakacağı yolundaki olumlu bir inancının varlığı hâlinde vardır denilecekse, o zaman tipiklik kavramından vazgeçmek ve teknik yapısını inkâr etmek suretiyle ceza hukuku sistemini tahrip etmek sonucuna katlanmak gerekecektir (73).

20. Kanaatımızca, insan hareketinin gerçek anlamını ve onun, tabiat kanunlarının kör illiyet ilkelerine göre cereyan eden hareketlerden farkını en iyi açıklayan görüş, hareketin gayeci teorisi- dir. Ve ceza hukukunun insanileştirilmesi akımının büyük güç kazanmağa başladığı çağımızda, bu anlayışın, insanî hareket kavramına ulaşmaktaki öneminin büyük olduğuna da inanıyoruz. Bu sebeple, Welzel kadar ileri gitmemek ve kusurluluk unsurunu, kast ve taksirden yoksun kılıp, boş bir kalıp haline getirmemek kaydıyla (74), hareket kavramının, yapılmasındaki gaye ile birlikte gözönünde tutulması takdirinde bir anlam taşıyabileceğini sanmaktayız. Hareket noktamız bu olunca, elverişliliği, hareketin tipik sayılması için varlığı gerekli bir unsur saymamız, başka bir deyişle, elverişsiz bir hareketi, kanunî tipe uygun olmayan bir davranış şeklinde telâkki etmemiz tabiidir. Böylelikle, işlenemez suç müessesesinin, suçun genel teorisi içinde yeri hakkındaki görüşümüzü de belirttiğimizi sa- nıyoruz.

---

(73) L'INNOCENTE. op. cit. s. 1091.

(74) Bk. yukarıda, d. n. 68.

Gerçi, elverişliliğin, hareketin gayeci kavramı içinde ele alınmasının, sübjektif bir elverişlilik anlayışına götüreceği ve bunun sonucu olarak, objektif bakımdan elverişsiz olan bir hareketin, failin takdirine göre elverişli sayılabileceği mütalâasında gerçek payı büyüktür; fakat, böyle bir anlayışın, ceza hukuku sistemini ve tipiklik unsurunu inkâr ve tahrip etmek sonucunu da doğuracağı iddiası tartışılabilir. Ancak, öyle sanıyoruz ki, bu iddia, elverişlilik veya elverişsizliğin ne zaman mevcut olduğu ve neye göre tâyin edileceği konusuyla pek yakından ilgilidir. Sübjektif ve objektif nazariyelerle, onlardan çıkan öteki nazariyelerin teker teker ele alınıp değerlendirilmesinden sonradır ki, bu anlayış tarzının, ceza hukuku sistemini temelinden tehdit edip etmediği ortaya çıkabilir. Bu sebeple, konuyu ileride bir bölümün sonunda yeniden ele almayı uygun görüyoruz.

## 21. TEŞEBBÜS VE İŞLENEMEZ SUÇ :

Ceza kanunlarında, tamamlanmış suça nisbetle, (ya bir netice meydana getirmedikleri veya hareket tamamlanamadığı için) eksiklik arzeden teşebbüs halinde kalmış olan suçlar hakkında özel bir hüküm bulunmasaydı, bunların cezalandırılması mümkün olmazdı. Çünkü, bilindiği gibi, bütün unsurları tamamlanmamış olan bir fiili, tipik, dolayısıyla suç saymak mümkün değildir. Teşebbüs hakkındaki hükümler, cezalandırılabilir fiiller kategorisine, bu noksan fiilleri de sokmak suretiyle, tipiklik unsurunda bir genişlemeye vücut vermişler ve özel hükümlerde teker teker gösterilen suç tiplerine tam bir uygunluk arzetmeyen davranışların dahi tipik sayılacakları yolunda bir kural getirmişlerdir. Bu söylediklerimizden, bir yandan, özel hükümlerdeki tecrim edici kuralın, öte yandan, teşebbüsü tanımlayan kuralın, teşebbüs «tip» ini meydana getirdikleri anlaşılmaktadır.

Teşebbüs konusunun, özel hükümlerdeki münferit tecrim edici kurallar olmadıkça somut bir varlık kazanamayacağı ve «boş bir kalıp» olmaktan öteye gidemeyeceği (75) böylece anlaşılınca, tipe uygunluk şartının, teşebbüs halinde kalmış suçlar bakımından varlığı zorunlu bir şart olduğu ortaya çıkar. Yukarıda, elverişli olmayan bir hareketin tipik de olmayacağını belirtmiştik. Şu hâlde, elverişlilik dahi, teşebbüsün unsurlarından biri olmaktadır.

---

(75) FIORE. op. cit. s. 63.

Bu mülâhazalar, teşebbüs müessesesi ile hareketin (vasıtanın) elverişsizliğinden doğan işlenemez suç (76) arasındaki ilişkiyi açıkça göstermektedir. Binaenaleyh, teşebbüsle ilgili ilkeler ve nazariyeler, işlenemez suç bakımından da değer taşır (77).

22. Teşebbüs ile işlenemez suç arasındaki ilişkiler çeşitli yönlerden inceleme konusu yapılabilirler (78). Konu, mânevî unsur bakımından ele alındığında, gerek teşebbüs halinde kalmış suçun, gerekse işlenemez suçun failinde, cürmî bir harekette bulunmak ve kanunun suç saymış olduğu bir neticeye ulaşmak iradesinin mevcut olduğu görülür. Fakat, irade edilen fiilin, bilfiil gerçekleşen şekli, işlenemez suçta tamamiyle farklıdır. Gerçi, teşebbüste de failin sübjektif tahmini ile, objektif gerçek arasında ayrılık vardır; fakat, suçun tamamen bertaraf edilmiş olduğu söylenemez. Öte yandan, bu ayrılıklar, teşebbüsde başka, işlenemez suçta başka sebeplerin ürünüdür. Teşebbüs halinde kalan suçlarda ayrılık, failin iradesi dışındaki engelleyici sebeplerin, hareketin tamamlanmasını veya neticenin husûle gelmesini önlemelerinden, işlenemez suçta ise, hareketteki elverişsizlik yahut mevzuun bulunmamasından doğar. Yani, teşebbüs halinde kalmış bir suçun söz konusu olabilmesi için, suçta kullanılan vasıtanın ve hareketin mutlaka elverişli ve mevzuun da her hâlde mevcut olması lâzımdır. Oysa, işlenemez suç olaylarında ya hareket elverişsizdir yahut mevcut olmayan bir mevzua yönelmiştir.

Teşebbüs ile işlenemez suç arasında, her ikisinde de maddî anlamda bir hareketin varlığından ötürü bir benzerlik mevcuttur. Ancak, işlenemez suçtaki hareketin, hukuken korunan bir menfaati zarar veya tehlikeye maruz bırakması imkânsızdır. Bu sebeple, bir fiilî durumun teşebbüs mü, yoksa işlenemez suç mu olduğunu tesbit edebilmek için yalnız neticenin meydana gelmemiş olması vakia-

---

(76) Doktrinde bu ipoteze, «elverişsiz teşebbüs = tentativo inidoneo» denilmektedir.

(77) Yalnız tipe uygun fiillerin cezalandırılacakları ve elverişli olmayan hareketlerin, tipik bir fiilin teşekkülüne mâni olacakları kabul edilince, işlenemez suçun, tipik bir fiilin yokluğu sebebiyle cezasız kalması gerektiği düşünülebilir. Almanya'da ortaya çıkan ve Mangel am Tatbestand adıyla anılan nazariye taraftarlarınca savunulan bu görüşün dayandığı temeller ve isabet derecesi ileride inceleme konusu yapılacaktır. (Nazariyenin Almanya ve İtalya'daki taraftarları için, bk : SCARANO. op. cit. s. 192, d. n. 66).

(78) Geniş bir karşılaştırma için bk. CONCI. op. cit. s. 181 ve mü.

sının müşahadesi kâfi değildir. Ayrıca, neticenin vukuunun imkân-  
sız olup olmadığına da bakılmalıdır.

İşlenemez suç ile teşebbüs arasında, maddî unsurları açısından müşahadesi kabil bir başka fark da şudur : Özellikle, ihmâl suretiyle icra suçlarında, suça, ihmâlî bir hareketle dahi suça teşebbüs etmek mümkün olduğu hâlde (mes. yeni doğan çocuğu öldürmek maksadile göbek bağı kesip bağlamamak), vasıtanın elverişsizliği sebebiyle işlenemez suça ihmâlî bir hareketle vücüt verilmesi tasavvur edilemez. Çünkü, bir hareketsizliği ifade eden «ihmâl» ile olumlu bir faaliyeti gerektiren vasıtaların kullanılması hâlini bağdaştırmağa imkân yoktur. Buna mukabil, mevzuun yokluğundan ileri gelen işlenemez suçlarda ihmâlî hareketler rol oynayabilirler. Belli bir saatte, bulunduğu yerden bir trenin geçeceği gibi yanlış bir bilgiye sahip olan demiryolu hat bekçisi, kaza vuku bulması için o saatte işaret vermek (79) yahut makasları değiştirmekten imtina ederse, yahut yeni doğum yapmış bir kimse, ölü doğduğunun farkına varmaksızın, çocuğunu öldürmek maksadı ile göbeğini bağlamaz veya ona süt vermezse (80) bu anlamda bir işlenemez suça vücüt vermiş olur.

23. İki müessese karşılaştırılırken üzerinde durulabilecek bir başka nokta şudur : kanunlar bazı ceza siyaseti mülâhazalarıyla yalnız cürme teşebbüsü cezalandırmışlardır. Yani, kabahate teşebbüs olmaz. Oysa, vasıtanın veya hareketin elverişsizliği yahut mevzuun yokluğu bir «işlenemez kabahat» a vücüt verebilir. Çünkü, cürümler gibi kabahatlerden de zarar veya tehlike şeklinde bir netice doğması mümkün olduğu gibi, kabahatlerde neticeye yönelmiş bir irade unsuru tamamen bertaraf edilmiş değildir. Kabahatlerin cezalandırılabilmeleri için iradî olarak işlenmiş olmaları şarttır. Sadece, fiilin kasden işlenip işlenmediğini soruşturmaya lüzum yoktur (81). Akıl hastası zannedilen bir kimseyi, yetkili makamlara ha-

(79) SABATINI, op. cit. V. II, s. 33. Yalnız şunu belirtelim ki, yazar bu olayı, fiili hatâ sebebiyle sözde suça bir misâl olarak göstermektedir. Biz doktrinde, fiili hatâ sebebiyle işlenemez suç diye anılan ipotezi, işlenemez suçtan ayırmadığımız için, yukarıdaki misâle atıfta bulunmayı sakıncalı saymadık.

(80) CONCI. op. cit. s. 188.

(81) Bk. ALACAKAPTAN, Uğur. Suçun Unsurları, Ankara, 1967, Genişletilmiş Yeni Bası, s. 158 - 9. İtalyan Ceza Kanununun teşebbüs hakkındaki 56. maddesi, cürüm (delitto) den bahsettiği halde, işlenemez suçu hükme bağlayan 49. maddenin 2. fıkrasında suç (reato) kelimesinin kullanılmış olmasından da kabahatlerde işlenemez suçun kabilli tasavvur olduğu görüşünü doğrulayan bir sonuç çıkarılabilir. Aynı anlamda : NEPPI MODONA. op. cit. s. 370.

ber vermeksizin muhafaza etmek için kabûl eden şahsın fiili bu anlamda bir işlenemez kabahattir (Bk. T. C. K. m. 561). Ancak, şunu da söyleyelim ki, bu tartışmaların, özellikle, kabahatta teşebbüsü cezalandırmayan sistemler bakımından pratik bir önemi yoktur.

**24.** Taksirli suçlarla kasdı aşan suçlarda teşebbüsün mümkün olup olmayacağı konusundaki tartışmayı dahi işlenemez suç alanına kaydırmak kabildir. Bilindiği gibi, doktrindeki hâkim kanaat, neticeye yönelmiş bir iradeden yoksun oldukları için taksirli suçlar hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı merkezindedir (82). Buna mukabil, teşebbüsün, bir hakkı tehlikeye maruz bırakmış olması yüzünden cezalandırıldığı görüşünde olanlar taksirli suçlarda dahi teşebbüsün gerçekleşebileceğini ileri sürmüşlerdir (83). Konuya işlenemez suç açısından bakan Conci'ye göre, bir neticenin mevcut olabileceği bütün suçlarda, netice kavramına ne gibi bir anlam verilirse verilsin, işlenemez suçun varlığı söz konusu olabileceğine, taksirli suçlarda da bir netice bulunduğuna göre, bu suç tipinde de işlenemez suç ipotezine yer vermek lâzımdır (84).

Neppi Modona da, taksirli suçlarda işlenemez suça rastlanılabileceği kanısındadır (85). Buna mukabil Sabatini (86), yalnız kasıtlı suçlarda işlenemez suç ipotezinin mevcut olabileceğini ileri sürmüştür. Yazara göre, bunun sebebi, işlenemez suçü karakterize eden yegâne somut unsurun, bir suç işleme niyeti olmasıdır.

İşlenemez suçun mânevî unsuru üzerinde uzun uzun duran ve konunun İtalyan kanununa göre sistematik bir izahını yapan Neppi Modona (87) ya göre, ya hareket elverişsiz olduğu için hak ve menfaatleri ihlâl edici muhtevadan yoksun olan ya da mevzuun yokluğu sebebiyle tanımdaki tipe uygun bulunmayan işlenemez suça «suç» denebiliyorsa, bunun sebebi, suçun hiç değilse bir unsurunun olay-

(82) **ANTOLISEI** (op. cit. s. 354) ve **BETTIOL** (op. cit. s. 4445) in isimleri bu arada zikredilebilir.

(83) Bk. **EREM**, op. cit. s. 641. Çiğnenmek üzere olan bir şahsı, üçüncü bir şahsın kurtarması veya çok hızlı giderken vaktinde fren yapıp kazayı önleyen şoförün hareketi (misâl **VANNINI**'nindir. Zikreden : **BETTIOL**, op. cit. s. 445) taksirli suçlarda teşebbüse misâl olarak gösterilmiştir.

(84) **CONCI**, op. cit. s. 189.

(85) **NEPPI MODONA**, op. cit. s. 381, § 6.

(86) **SABATINI**, op. cit. s. 37.

(87) **NEPPI MODONA**, op. cit. s. 363 ve mü. bk.

da gerçek anlamda mevcut olmasıdır. Bu unsur da, kast veya taksir şeklinde beliren mânevî unsurdur. Bu davranış tipinde kasdın bütün şekillerine rastlanabilir. Eğer fiilin objektif unsurları teşekkül edemiyorsa bu, kasdın, yanılmaya dayanmasıdır. Fail, ya yanlış hareketinin, korunan menfaate zarar vermeğe elverişli olduğunu yahut aynı sebeple kanunî tipte gösterilen mevzuun mevcut bulunduğunu sanmıştır. İşlenemez suçun taksirli şeklinin meydana gelmesine de hiç bir engel yoktur (88). Meselâ, arzeden şahsın içinde bulunduğu durum ve şartlara yahut malın niteliğine veya fiyatına göre bir cürüm mahsûlü olduğundan şüphe edilebilecek bir şeyi, menşenin meşrû olup olmadığını sorgulamaksızın almak suçtur (İ. C. K. m. 712; T. C. K. m. 579). Şimdi, bir kimse, gerek fiyatının son derece ehven oluşu, gerek satıcısının itimada şayan bir kimse bulunmayışı ve müzayakada oluşu gibi sebeplerle suç mahsulü olduğundan şüphe edilebilecek kıymetli bir halıyı, menşenin meşruiyetini sorgulamaksızın satın alsa ve halının, satıcısına meşru bir şekilde ait olduğu anlaşılrsa, ortada hareketin elverişsizliği yüzünden zarar verici muhtevadan yoksun taksirli bir işlenemez suç vardır denilebilir (89). Az önce kalp krizi geçirerek ölen bir hastaya, hastabakıcının, hayatta zannederek ve dikkatsizlikle ilâç yerine öldürücü bir madde zerketmesi de mevzuun yokluğu sebebiyle taksirli işlenemez suça misâl olabilir (90). Bunun gibi, az önce ölmüş bir kimse aleyhine taksirli müessir fiil işleyen kimsenin hareketi de, taksirli işlenemez suç ipotezine girer (91).

**25.** Kanunlar, teşebbüsün unsurları arasında, cürüm işleme kast veya kararını açıkça göstermişlerdir. Bu bakımdan, cürüm sayılan bir neticeye yönelmiş bir iradeden yoksun bulunan (92) taksirli suçlara teşebbüs, pozitif hukuk açısından tasavvur edilemez.

(88) NEPPI MODONA. op cit. s. 381.

(89) NEPPI MODONA. op cit. s. 381 - 2.

(90) NEPPI MODONA. op cit. s. 384.

(91) NEPPI MODONA. op. cit. loc. cit. Yalnız şu noktayı belirtelim ki, yazar, mevzuun yokluğu sebebiyle işlenemez suçun bağımsız bir müessese olmadığı ve İ. C. K. nun 49. m. nin 2. fıkrası hükmü bulunmasaydı teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılabilirdiği, söz konusu misâllerin, olaylar soyut bir şekilde ele alındığı takdirde doğru olduğu ve İ. C. K. sadece kasıtlı suçlarda teşebbüsü kabul ettiği için, taksirli işlenemez suçun bu ikinci şeklinde 49. m. nin 2. fıkrasının uygulanamayacağı kanaatinde dir.

(92) Taksirli fiil, aslında iradi bir fiildir. Fakat, bu irade, kanunun suç saydığı bir neticeyi kapsamamaktadır.

Ancak, şöyle de düşünmek mümkündür : «... teşebbüs suçun tamamlanmamış bir şeklidir. Bu bir gözlemdir ve suçun kasıtlı ve taksirli şeklinde farklı değildir... O hâlde taksirden gelen bir hareketin de tamamlanmamış olması (zehirli bir maddeyi küçük çocuğun alabileceği bir yerde bırakan annenin taksirinin, çocuğun bu maddeyi tam ağızına atacağı sırada başka şahıs tarafından görülerek alınması suretiyle netice vermemiş olması gibi) imkânsız sayılamaz. O hâlde niçin kanun taksirli suça teşebbüsü kabûl etmemektedir? » (93).

Mesele bu yönden ele alındığında, hareketin elverişsizliği veya mevzuun bulunmaması sebebiyle işlenemez suçun taksirli şeklinin de kabili tasavvur olduğu kabûl edilebilir. Kaldı ki, işlenemez suçun mevcudiyeti için hareketin elverişsizliği veya mevzuun bulunmamasından ötürü, suç sayılan neticenin husûlünün imkânsız olması kâfidir. Teşebbüsün tanımı içinde yer alan «suç sayılan neticeye iltibasa yer vermeyecek şekilde yönelmiş olmak» şartı, işlenemez suç bakımından söz konusu değildir. İ. C. K. nun işlenemez suç hakkındaki hükmünün (M. 49, f. 2) sadece «zararlı neticenin husûlünün, hareketin elverişsizliği veya mevzuunun bulunmamasından ötürü imkânsız olması» ndan bahsetmiş olması dahi, bu tarz düşüncü doğrular. Bu sebeple, soyut olarak ele alındığında taksirli sayılabilecek bir hareketin, elverişsizliği (dikkatsizlikle açık bırakılan bir havagazı musluğundan çıkan gazın, o yerdeki hava cereyanı sebebiyle kişilere zarar vermemesi) yahut mevzuun yokluğu (bir atletin, gayrinizamî bir hızla üzerine doğru gelen bir otomobilin sademesinden çevikliği, meselâ, havaya fırlayıp kaportanın üzerine oturması sayesinde kurtulması) yüzünden zararlı bir neticenin meydana gelmediği bütün olaylarda, taksirli işlenemez suçun mevcut olduğu kabûl edilmelidir.

**26.** Kasdı aşan suçlar konusuna gelince... Bilindiği gibi bu suçlarda failin ihmali veya icraî bir hareketinden, kasetmiş olduğundan daha ağır bir neticenin meydana gelmiş olması söz konusudur. Fail, kasetmediği bu ağır neticeden de sorumlu tutulur. Kasdı aşan suçun varlığı için, kasetilmiş olandan ağır bir neticenin meydana gelmesinin zorunlu olmasına, işlenemez suçlarda ise neticenin husûlünün imkânsızlığı esas bulunduğuna göre iki kavramın bağdaştırılmasına imkân yoktur (94).

(93) EREM. op. cit. s. 539.

(94) CONCI. op. cit. s. 189.

Kasdedilenden daha ağır bir netice esasen meydana gelmemişse, konu bir özellik taşımaz. Bu takdirde, kasdedilmiş olan netice dahi vuku bulmamışsa, vukuunun mümkün görülüp görülmemesine yahut sübjektif temelden hareket edilecekse, sadece kasdedilmiş olmasına ve bu gaye ile bazı hareketlerin yapılmış bulunmasına bakılarak teşebbüs veya işlenemez suç hakkındaki hükümlerin uygulanması cihetine gidilecektir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### İşlenemez Suçun Cezalandırılması Problemi

27. İşlenemez Suç konusu çeşitli problemlerin ayrı ayrı incelenmesi zorunluluğunu yaratmaktadır. İşlenemez suçun unsuru olarak « elverişsizlik » ve « suçun mevzuunda yokluk », bu problemlerin en önemlilerini teşkil ederler. Bu iki konuya bağlı olan ve doktrininde « ajan provokatör » veya « tahrikçi » denilen kimselerin müdahalesiyle işlenen fiillerle, polisin, suçun işleneceğini öğrenerek veya aleltilak bir suçun önlenmesi için aldığı tedbirlerden habersiz olarak işlenen fiillerde teşebbüs hükümlerinin mi, yoksa işlenemez suç hakkındaki kuralların mı uygulanacağı problemleri de cevap verilmesi gerekli bir çok sorulara vücut vermektedirler. Bir vasita veya hareketin ne zaman elverişli sayılabileceği ve mevzuun hangi hâllerde var, hangi hâllerde yok sayılacağı sorularına verilecek cevap, bu ikinci gruba giren konuların bir çözüm tarzına bağlanmasını mümkün kılacaklardır.

28. Ancak, işlenemez suç problemi üzerinde yapılacak çalışmaların ağırlık noktasını teşkil eden bu konuların incelenmesine geçmeden önce işlenemez suçun tâbi tutulacağı rejimin nasıl bir rejim olacağı, başka bir deyişle, işlenemez suça ceza müeyyidesinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun cevabını vermekte fayda vardır. İşlenemez suçun cezalandırılması gerektiği görüşünü savunanların, daha doğrusu, elverişliliğin ve mevzuun sübjektif açıdan varlığını yeterli bulup, teşebbüsten ayrı bir işlenemez suç problemini tanımayanların taraftar oldukları bir sistemde, elverişlilik ve mevzuun varlığı - yokluğu konuları pek fazla önem taşımazlar. Bununla beraber, işlenemez suça, teşebbüs halinde kalmış suça nisbetle daha az bir ceza verilmesinin yahut yalnız emniyet tedbirlerinin uygulanmasının mümkün olduğu ceza hukuku sistemlerinde konu, işlenemez suça hiç bir ceza müeyyidesi uygulamayan sistemlerde olduğu kadar önem kazanır. Çünkü, hareketin elverişli ve mevzuun mevcut

olup olmadığının tesbitinden sonradır ki, tam veya azaltılmış bir ceza yahut yalnız emniyet tedbirinin uygulanması şıklarından biri tercih olunacaktır. Bu sebeple, bu bölümden hemen sonra, bulunacak cevap ne olursa olsun, elverişsizlik ve mevzuun yokluğu problemleri ele alınacaktır.

29. Ceza Kanunumuz, işlenemez suç hakkında hiç bir hüküm ihtiva etmemektedir. Oysa, yeni bir çok ceza kanunlarında, işlenemez suç hem tanımlanmış, hem de tâbi olacağı rejim ayrıntılarıyla tesbit edilmiştir. Bu bakımdan, işlenemez suçun cezalandırılması probleminin çözülmesinde, olması lâzım gelen hukuk bakımından da fayda mevcuttur.

#### A) İŞLENEMEZ SUÇUN CEZALANDIRILMASI GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜNÜ SAVUNANLAR :

##### 30. a) Sübjektif Nazariye :

Nazariye «Alman Nazariyesi» adıyla da anılır. İlk kez, temelleri Feuerbach tarafından atılan objektivist nazariyeye karşı bir antitez olarak Tittmann ve Grolmann tarafından savunulmuş ve Von Buri'de en güçlü temsilcisini bulmuştur (1). Alman Temyiz Mahkemesi de 24 Mayıs 1880 tarihli meşhur Genel Kurul kararı ile söz konusu nazariyeyi benimsemiştir (2). Nazariye Fransa'da da büyük akisler meydana getirmiş, bir çok ceza hukukçusu ile birlikte (3), mahkemeler tatbikatı da nazariyeye katılmıştır (4). Arjantin, Yugoslav, İsviçre Ceza Kanunları açık hükümler koyarak sübjektif

---

(1) MEZGER. op. cit. s. 406 - VALSECCHI. op. cit. s. 149 - FLORIAN, Eugenio. Trattato di Diritto Penale. V. I. Parte I, Milano, 1910, s. 474-5.

(2) Kararın geniş bir özeti için bk. MEZGER. op. cit. s. 407-408.

(3) Mes. GARÇON. Code Penal Annoté. M. 2-3, n. 114 - BOUZAT, Pierre. Traité de Droit Pénal, 1951, s. 170. n. 199 (Zikreden : MOLETTI, L. In tema di Reato Impossibile. Gius. Pen. 1954, s. 838. Öteki fransız yazarları için bk. FLORIAN. op. cit. s. 477.

(4) Meselâ, fransız mahkemeleri mutlak olarak elverişsiz vasıtalarla işlenmiş çocuk düşürmeğe teşebbüs failini bile cezalandırmakta, kısacası, teşebbüsün cezalandırılabilmesi için, bir icra başlangıcı ile hâricileşen cürmi iradeyi yeterli görmekte idirler. Moletti'ye göre, sübjektif nazariyenin, Fransa gibi, teşebbüse, tamamlanmış suçun cezasını veren bir ülkede kabul edilmiş olması dikkate şayandır. op. cit. loc. cit.

nazariye safında yer almışlardır. İngiliz mahkemeleri sübjektif nazariyeye geniş ölçüde bağlı kalmaktadırlar (5).

Sübjektif nazariye, işlenemez suçun müeyyideye bağlanmasına ilişkin bazı toplumsal zorunlukların sevkiyle, objektif nazariyeden mühlhem olan sistemleri bile etkileyerek, oralarda teşebbüs ve işlenemez suç hakkındaki hükümlerin dar yoruma tâbi tutulmaları sonucunu da doğurmuştur: İtalya'da, gayeye, beklenmeyen ve tesadüfî sayılabilecek sebeplerin müdahalesi yüzünden ulaşılamaması halinde faile ceza verildiği gibi, olaydan haberdar olan zabıta kuvvetlerinin gereken tedbirleri almasından sonra işlenen ve başarıya ulaşması imkânsız olan hırsızlığa teşebbüs fiilleriyle, mağdura öldürücü dozun çok altında zehir veren kimselerin hareketlerinin dahi cezalandırılması mümkün olmaktadır (6).

31. Sübjektif Nazariye şu esaslara dayanmaktadır: Teşebbüsün esası, hukuka aykırı belli bir neticeyi gerçekleştirme iradesinde aranmalıdır. Teşebbüsün cezalandırılması için objektif anlamda bir tehlike şart değildir. Eğer bir tehlike söz konusu olacaksa, bu tehlike, suça yönelmiş iradenin, geri alınamayacak bir şekilde hâricileşmesiyle birlikte doğan tehlikedir. Teşebbüs, kanunda tanımlanmış bir fiilin tamamen gerçekleştirilmemesini tazammun eder. Buna rağmen, yani, fiil gerçekleşmediği hâlde, fail sorumlu tutuluyorsa, bu, onun, hareketleriyle hâricileşen suç işleme iradesine değer verildiğini gösterir. Teşebbüs, icranın bir kısmının gerçekleşmesi şeklinde anlaşılıp, cezalandırma buna dayandırılmaz: Teşebbüs halinde kalmış bir adam öldürme fiilinin, meselâ, yarım adam öldürme olduğu söylenebilir mi? Tamamlanmış suçun objektif unsurlarından en önemsizinin dahi yokluğu, fiilin maddî varlığının heyeti umumiyesini değerden yoksun bir duruma sokar. Bu sebeple, suçun neticesinin, elverişli vasıtaların elverişli bir mevzu üzerinde kullanılmış olmasına rağmen meydana gelmemesi ile, vasıtaların elverişsiz ve mevzuun namevcut olması yüzünden meydana gelmesi arasında hiç bir fark yoktur. Zaten, elverişsizlik, imkânsızlık, her teşebbüs olayının yapısında meknuzdur. Neticenin meydana

(5) İngiliz hukuku için bk. RUSSEL. On Crime. A Treatise On Felonies and Misdemeanors. X. Ed. By J. W. Cecil Turner. V. 2. London, 1950, s. 1790 ve mü. - KENNY, Cortney Stanhope. Outlines of Criminal Law. New Ed. By. J. W. Cecil Turner. Cambridge, 1952, s. 83, § 64.

(6) MOLETI. op. cit. 839. Bk. Cass. 23.2.1945, in Archivio Penale. 1946, II, 196; Cass. 9.11.1950, in R. I. D. P., 1950 s. 842; Cass. 20.2.1951, Archivio Penale, 1951, I, 427.

gelmemiş olması vakıası, teşebbüsün her hâlde elverişsiz olduğunu gösterir. Failin hareketleri elverişli olsaydı, fiil teşebbüs halinde kalmaz, neticeye ulaşarak tamamlanırdı. Muhakkaklığı ifade eden % 100 ve imkânsızlığı ifade eden % 0 formülleri arasında, ihtimâlleri göstermek üzere % 90, % 80 v.s. gibi formüllere yer yoktur. Bir netice husûle gelmişse, gelmesi gerekirdi denilecektir. Eğer gelmemişse, sebebi, gelmesinin imkânsız oluşudur. Bir zarar tehdidini ifade etmesine rağmen hiç bir zarar husûle getirmeyen bir «tehlike» nin somut ve gerçek bir varlığı olamaz. Bu anlamdaki bir tehlike, insan zihninin bir tasavvurundan başka bir şey değildir. Böyle bir tehlike, bir faraziye olmaktan öteye gidemez. Zarar meydana getirmeyen bir hareket, hiç bir safhasında tehlikeli olmamıştır.

Öte yandan, tabiat, insana, objektif gerçekliğe nüfuz edip, onun içinde gizlice tesir icra eden kuvvetlerle karşı kuvvetleri tesbit edebilme iktidarını vermiş değildir. Tehlike, failin, görebildiği, bildiği şartlara göre vardır veya yoktur (7).

Sübjektivist bir yazara göre (8), cezanın gayesi de, teşebbüste sübjektif nazariyeye başvurulmasını haklı kılmaktadır : ceza toplum güvenliğini sağlamak için verilir. Ancak, bu amaca ulaşılabilmesi, Devlet'in, sadece gerçek anlamda illî olanı değil, illî olmadığı hâlde, fail tarafından öyle zannedilene de ceza tehdidinde maruz bırakması sayesinde mümkün olabilir. Cezaî emir, «sebebiyet vermemelisin» demez, «sebebiyet vermeğe teşebbüs etmemelisin» der. Eğer böyle yapmayı, bilfiil sebebiyet vermeyi cezalandırmış olsaydı, bu hiç bir anlam taşımazdı.

Bütün bu söylenenleri özetlemek gerekirse denebilir ki, failin iradesinin, kanun tarafından yasaklanmış olan bir neticenin husûlüne yöneldiği ve bunun hâricî hareketlerle anlaşıldığı ânda, teşebbüs meydana gelmiştir. Bu sebeple, «... failin elverişli olduğuna inandığı bir cürüm vasıtasının, başkaları tarafından elverişsiz te-

---

(7) Sübjektif Nazariye'ye taraftar yazarların fikirleri için bk : **VON BURI**. Über die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen. s. 196 ve Versuch und Causalität. s. 186, Zur Lehre vom Versuche, 63 (Zikreden : **SCARANO - MEZGER**. op. cit. s. 406 ve mü. - **SCARANO**, op. cit. s. 183 ve mü. - **VALSECHI**. op. cit. s. 149 ve mü. - **PELUSO - CASSESE**. op. cit. s. 43 ve mü. - **FIGLIO**. op. cit. s. 91 - **DÖNMEZER - ERMAN**. op. cit. s. 486.

(8) **LAMMASCH**. Das Moment objektiver Gefährlichkeit in Begriffe des Verbrechens Versuch, s. 32, Wien, 1879 (Zikreden : **VALSECCHI**. op. cit. 150-51).

lâkki edilmesinin araştırılmasında hiç bir fayda mülâhaza edilemez» (9). Bundan, sübjektif nazariyenin elverişlilik konusunda tek-  
lif ettiği ölçü de istihraç edilebilir : elverişliliğin mevcudiyeti için,  
failin, yaptığı hareketleri, hedef edindiği cürmî neticeye götürmeğe  
muktedir sanması kifayet eder (10).

**32.** Şu hususu hemen ilâve edelim ki, sübjektif nazariyenin en  
inanmış taraftarları bile, şiddetli gördükleri sonuçlarını hafiflet-  
meğe çalışmışlardır. Meselâ, Von Buri ve Lammasch, batıl inançları  
dolayısıyla, bir kimseyi büyü yaparak öldürmeğe kalkışan kimse-  
nin fiilinde cezalandırılabilir teşebbüsün unsurlarının bulunmadığı  
kanaatindedirler (11). Welzel'e göre, teşebbüs edilen hareket, rea-  
lityeyle her türlü bağlantısını kaybettiği takdirde (batıl inançlarla  
girişilen teşebbüsler bu hâllerden biridir) iradeyi cezalandırmanın  
her türlü nedeni ortadan kalkar (12). «Empresyon Nazariyesi  
(= Eindruckstheorie) adı verilen görüş de, batıl inançlarla yapılan  
teşebbüslerde herhangi bir tehlikelilik halinin bulunmadığını ileri  
sürer. Böyle düşünenlere göre, toplum vicdanı bundan rahatsız  
olmayacağı gibi, düzenin güveni de ihlâl edilmiş olmaz (13).

**33.** Almanya'da, objektif nazariyeleri sübjektif nazariyelerle  
bağdaştırma gayreti de ortaya çıkmıştır. Bu akım taraftarlarından  
Mezger'e göre, mesele, ancak, teşebbüsün varlığı ile onun cezalan-  
dırılması konularının birbirlerinden ayrılması sayesinde çözümlen-  
ebilir. Teşebbüs kavramı, yalnız failin sübjektif görüş açısından  
istihraç edilebilir. Bu sebeple suçun objektif unsurlarında, failin  
esasında yokluk (Mangel am Tatbestand) ipotezine giren hâllerde,  
meselâ, failin başkasının malı zannıyla kendi malını çalması, ha-  
yatta bir kimse sanarak bir cesedi bıçaklaması, karısı ölmüş oldu-  
ğu hâlde yaşadığını sanıp ikinci bir evlilik yapması, memur ol-  
duğu inancı ile hareket eden bir kimsenin rüşvet alması olayların-  
da, fail, işlemeği kastetmiş olduğu cürümlere teşebbüs etmiş sayıl-

(9) GAROFALO, Raffaele. Criminologia, İstanbul, 1957. s. 294.

(10) Aynı mahiyette : SINISCALCO, Marco. La Struttura del Delitto Tentato, Milano, 1959. s. 142.

(11) Zikreden : VALSECCHI. op. cit. s. 151. Valsecchi, EISENMANN ve HERTZ'in bu hâl-  
lerde de cezalandırmaya taraftar olduklarını belirtmektedir. Bk. op. cit. loc. cit.

(12) WELZEL. Das Deutsche Strafrechts. s. 171 - 72 Zikreden : NEPPI MODONA. op. cit. s.  
28.

(13) Bk. NEPPI MODONA. op. cit. s. 29.

malıdır (14). Ancak, teşebbüsün varlığı için, bu unsurların sübjektif açıdan gerçekleşmesi kâfi olmakla beraber, cezalandırılabilmesi için, hak veya menfaatin tehlikeye maruz kalmış olması gerekir. Bu bakımdan, fiilin esasında yokluk hallerinde söz konusu olan teşebbüs cezalandırılmayacaktır (15). Yazarın, bu fikirleri onu sübjektivizmden alıp, objektif nazariye taraftarlarının safına sokmaktadır (16). Mamafih, Mezger'in, sübjektif nazariyeyi tamamen terketmiş olduğu da söylenemez. Boş cebe eline sokan failin hırsızlığa teşebbüsten cezalandırılacağı kanaatında sübjektif nazariyenin etkilerini görmek mümkündür.

Alman yazarlarından Frank (17) da, sübjektif bir temelden hareket edip, «yasaklanabilecek husus, illî olan değil, insana illî gibi görünen şeydir» dedikten sonra, «yalnız illî açıdan, neticeye götürmek imkânını arzeden hareketler cezalandırılabilir; çünkü, Devlet'in, objektif açıdan bir neticeye ulaştırma imkânından yoksun hareketleri takip etmekte hiç bir menfaati yoktur» demek suretiyle açık bir objektivisme kaymıştır. Yazar, bu görüşte olmasına rağmen, zehir yerine şeker, dolu zannıyla boş bir silâh kullanan bir kimsenin teşebbüsten ötürü cezalandırılacağını da beyan etmektedir (18).

34. Sübjektif nazariyeyi, objektif görüşlerle telif gayretinin belli başlı temsilcilerinden biri de Kohler'dir. Kohler'in, esas itibarıyla Klee tarafından da paylaşılan nazariyesi, doktrinde Sübjektif - Objektif Nazariye veya Plân Nazariyesi adı ile de anılmaktadır (19). Almanya'da 1927 tarihinde hazırlanan Ceza Kanunu Tasarısını da etkileyen nazariyeye sübjektif - objektif nazariye denmesinin sebebi, teşebbüs müessesesinin sübjektif ve objektif cepheleri arasında bir bağlantı kurmaya çalışmasıdır (20).

---

(14) MEZGER. op. cit. s. 414.

(15) MEZGER, op. cit. s. 414-5.

(16) Objektif nazariyeye taraftar olduğunu bizzat Mezger de söylemiştir. op. cit. s. 416-7.

(17) Das Strafgesetzbuch. s. 90 (Zikreden : NEPPI MODONA. op. cit. s. 25. d. n. 12).

(18) Objektif nazariyelerle sübjektif nazariyeleri telif çalışan yazarlar arasında MAURACH ve WEZZEL de zikredilebilir. Bk. NEPPI MODONA. op. cit. s. 25, d. n. 12.

(19) Bk. VALSECCHI. op. cit. s. 100 ve mü. - SCARANO. op. cit. s. 188.

(20) SCARANO. op. cit. loc. cit.

Kohler'e göre (21), teşebbüste cezalandırabilmenin mümkün olabilmesi için, suçun mevzuunun tehlikeye maruz kalması gerektiği yolundaki fikir yanlış bir temele dayanmakta olup, «ceza terazisi» mevzuun maruz kaldığı tehlikeden başka tehilekeleri de tartmak durumundadır. Teşebbüsün cezalandırılması konusu incelenirken ,suçun sebebiyet verdiği toplumsal tehlike unutulmamalıdır. Gerçekten, suçun mevzuu, hareketin etki alanı dışında bulunsa ve yanlışlıkla elverişsiz bir vasıta kullanılsa bile, fiilden toplumsal bir zarar doğar. Silâh atıldığı zaman orada bulunmayan mağdur ile zehir zannıyla verilen suyu içen kişi, objektif bir zarara veya tehlikeye maruz kalmamış olabilirler. Ancak, olayda, hukuk düzeni bakımından bir tehlikenin mevcut olduğu bir gerçektir.

Kohler'in fikirleri bu noktada kesilse idi, kendisini sübjektivist yazarlar arasına sokmamak için sebep kalmazdı. Ancak, yazar, nazariyesini geliştirirken objektif kriterlere de yer verdiği için, kendisini karma görüş taraftarları arasında saymak gerekir. Kohler'e göre, suça yönelen cürmî irade bir plânı tazammun eder. Yani, fail, muayyen vasıtaları kullanarak muayyen bir neticeye ulaşacağını düşünür. Şimdi, ya bu plân, hem objektif hem sübjektif bakımdan elverişli, yani, tabii illiyete uygundur ve bu takdirde, neticenin bir tesadüf ya da herhangi bir yanılma yüzünden meydana gelmemesinin önemi yoktur, fail cezalandırılır. Yahut, bu plân yalnız sübjektif bakımdan elverişlidir, başka bir deyişle, fail öyle zanner; bu takdirde, failin cezalandırılabilip cezalandırılmayacağını tâyin edebilmek için, hareketin, tasarlanan plândan esassh bir şekilde sapması haliyle, sapmanın hafif olması halini birbirinden ayırmak lâzımdır. Birinci hâlde fail cezalandırılmaz. Çünkü hareket ile netice arasındaki eşyanın tabii düzenine göre mevcut sebebiyet bağı yokolmuştur. Sapma hafif ise ceza verilir. Zira, fail tarafından yapılmış olan plân, kanun tarafından öngörülen neticeyi husûle getirmeğe esas itibarile elverişli olmasından ötürü hukuk düzenini tehlikeye maruz bırakmıştır. Kohler bu ölçüleri koyduktan sonra, görüşünü somut olaylara uygulayarak, düşmanın yemek tabağına, zehir zannıyla şeker koyan kimsenin, adam öldürmeğe teşebbüsten ceza göreceği, buna karşılık, öldürmek istediği bir kimseye, şeker-

---

(21) KOHLER. Der Strafbare Versuch, insbesondere der sogen. Untaugliche Versuch, in Studien aus dem Strafrecht, V. I. (Zikredenler: VALSECCHI. op. cit. loc. cit. - SCARANO. op. cit. loc. cit.).

li bir maddeyi, şekerin ölüm sonucunu doğuracağını zannederek veren failin cezalandırılmayacağı sonucuna varmaktadır (22).

### 35. Nazariyenin Tenkidi :

Sübjektif Nazariye'nin, teşebbüsün varlığı ve cezalandırılabilmesi için, cürmî bir neticeye yönelen iradenin hâricileşmesini (23) kâfi görüp, fail tarafından yapılan hareketlerin objektif bir zarar ihtimalini yahut tehlikeyi doğurmak iktidarına sahip olması şartını reddetmesi bir çok tenkitlere yol açmıştır. Evveleminde, nazariyenin fiili gerçekler ve nasafet duygusu ile çatışma halinde olduğu (24), bir iradeden ibaret saydığı teşebbüsün alanını çok genişlettiği (25), aşırı sonuçlara ulaştığı (26) ileri sürülmüştür. Bu aşırı sonuçlar, bizzat nazariyenin savunucuları tarafından da kabul edilmiş, meselâ, öldürülmek istenen mutasavver mağdura yönelmiş büyücülük hareketlerinin, sembolik tezahürler olmaları itibariyle cezayı gerektirmediği ifade olunmuştur. Böylece, bir çelişmeye düşülmüş olmaktadır. Çünkü, madem ki, cezalandırılan husus, yasaklanmış bir neticeye yönelen bir iradenin hâricileşmesidir, hasmını öldürmek için, büyü şeklinde de olsa bir takım maddî hareketlere girişmiş bulunan kimsenin suça teşebbüs etmiş olduğunun kabulü gerekirdi (27).

Sübjektif Nazariye'nin, teşebbüsün, illiyet bağının bertaraf edildiği bir durum olduğunu ileri sürerek, hareket ile netice arasında bir illiyet bağının mevcudiyetini tazammun ettikleri için bir yandan tehlike, bir yandan da elverişlilik kavramını reddetmesi

---

(22) Klee'nin görüşleri (Wille und Erfolg. s. 33 ve mü. Zikredenler : **VALSECHHI**. op. cit. s. 103-4. - **SCARANO**. op. cit. s. 189.) Kohler'inkine yakındır. Ona göre de, failin vasıtalar ve mevzu hakkındaki tasavvuru eşyanın normal cereyan tarzına uygun olduğu takdirde ve yalnız bu halde teşebbüs cezalandırılabilir. Klee'nin, Kohler'den ayrıldığı nokta, Kohler'in cezalandırmayı, hukuk düzenindeki mücerret tehlike tayin edeceğini ileri sürmesine mukabil, Klee'nin, hukuk düzeninin koyduğu menfaatin mâruz kalacağı somut tehlikeyi esas almış olmasıdır.

(23) Sübjektif nazariye, cezalandırma için sadece iradeyi, hâricileşmemiş bir tasavvuru kâfi görmez. Bu sebeple «cogitationis poenam nemo patitur» ilkesi, sübjektivist nazariye bakımından da değer taşır.

(24) **NEPPI MODONA**. op. cit. s. 15.

(25) **SCARANO**. op. cit. s. 183.

(26) **CONCI**. op. cit. s. 160.

(27) **BK. SCARANO**. op. cit. s. 184-5.

(28) eleştirilerek denilmiştir ki : Bir hürriyet ilkesi olarak illiyet, tarihî gelişim bakımından, bir hareketin gayrı meşrû sayılabilmesi için ilk ve temel şarttır. Kendisine bir zarar veya tehlikenin atfi mümkün olmayan bir faaliyet bu ilke gereğince cezalandırılmayacağına göre, hareketin elverişliliği probleminin, hukuka aykırılık probleminin kendisi olduğu aşıkârdır. Zamanımız medeniyetinde, hukuka aykırılık, «zarar» veya «tehlike» şeklinde maddî bir muhtevaya sahiptir. Bu sebeple, teşebbüs halinde kalmış olan bir hareketin cezalandırılabilmesi, hukuk tarafından korunan hak veya menfaate vaki zarar veya tehlike şeklindeki tecavüzün, bu harekete bağlanabilmesi şartının gerçekleşmesine bağlıdır (29).

Öte yandan, sübjektif nazariyeye dayanan Alman Temyiz Mahkemesi içtihadı da eleştirilmiş ve illiyetin bütün unsurlarının eşitliği ilkesine değer veren (30) ve dolayısıye tehlike kavramını reddeden bu görüşün, aşırı bir sofizm olduğu, çünkü, bu yüzden, tipe uygun bir netice karşısında illiyetin öteki unsurlarının bütün önemlerini kaybetmeleri sonucuna götürdüğü ileri sürülmüştür. Mezger'e göre (31), Yüksek Mahkeme'nin, husûle gelmeyen netice bakımından, hareketin illî sayılmayacağını belirten kararı esasında doğrudur. Fakat, aynı kararda tek bir hareketin illî değeri -daha doğrusu- değersizliği, onun hukukî değeriyle eş değerli kabul edildiğinden bir emetif mantık kuralı da ihlâl edilmektedir. Gerçi, bir olayın hukukî değerlendirilmesi sırasında, onun illî değeri ihmâl olunamaz; fakat, sadece illiyet konusuna bağlı kalmak suretiyle hukukî değerlendirmenin yapılabileceği sanılmamalıdır.

Nihayet, failin cürmî iradesinin, hareketinin cezalandırılması için yeterli sayılması bir başka yönden de sakıncalıdır. Gerçekten, böylelikle, ceza kanununun ana kuralı olan kanunilik ilkesi bertaraf edilmiş olmaktadır. Çünkü, bu şekil düşünüş, kanunda gös-

---

(28) Yukarıda da, işaret edildiği gibi, sübjektivist nazariyenin teşebbüste illiyet bağı ve elverişlilik şartları konusundaki düşüncesi şöylece özetlenebilir : teşebbüste neticenin meydana gelmemesiyle illiyet bağı bertaraf edilmiştir. Ve eğer hareket elverişli olsaydı, teşebbüs karşısında değil, bütün unsurlarıyla tamamlanmış bir suç karşısında olunurdu.

(29) SCARANO. op. cit. s. 183-4.

(30) Nazariyenin, neticeyi meydana getiremeyen bir hareketi sadece bu sebeple elverişsiz saymasının, illiyette unsurların eşitliği ilkesine dayandığını gösterdiği kabul edilmektedir.

(31) op. cit. s. 409.

terilen tipe uygun olarak haricileşmemiş bir iradenin, başka bir deyişle, tipik sayılamayacak bir fiilin dahi cezalandırılabilmesini mümkün kılar (32).

**36.** İşlenemez suçta cezalandırma probleminin çözülmesi konusunda ileri sürülen sübjektif - objektif karma nazariyelerin tümü bakımından ortak bir eleştiride bulunmak mümkündür : bunlar, işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması konusuna bir çözüm tarzı getirmek amacıyla ileri sürülmüş olmalarına rağmen, orijinlerindeki sübjektif temelleri, sonradan terkedip, objektif esaslara önem verdikleri için, başka bir meseleyi, yani, hareketin ne zaman elverişli, mevzuun ne zaman mevcut sayılabileceği meselesini çözebilecek ölçüler getirmektedirler. Başka bir deyişle, işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorusunu değil, cezalandırılabilir bir teşebbüsün ne zaman söz konusu olabileceği sorusunu cevaplandırmışlardır. Bu bakımdan, karma nazariyelere, işlenemez suçun cezalandırılmaması görüşünü benimseyen nazariyeler arasında yer vermek daha doğru olacaktır. Hâl böyle olunca, karma nazariyeler hakkındaki tenkidî görüşleri, hareketin elverişsizliği ve mevzuun yokluğu konularının incelenmesi sırasında ele almakta, incelemeleri kolaylaştıracağını düşünerek fayda umuyoruz.

### **37. b) Sübjektif Tehlike Nazariyesi :**

Pozitivist Nazariye adı ile de anılan (33) bu nazariye (34), Garofalo tarafından ortaya atılmış ve bir çok pozitivist yazar tarafından benimsenerek ve fakat bazen değiştirilerek geliştirilmiştir (35).

Garofalo, sübjektif nazariyenin yukarıda nakledilen fikirlerini hareket noktası olarak alır. Nitekim, ona göre de, cezalandırma

(32) MEZGER. op. cit. s. 409-410.

(33) Bk. FLORIAN. op. cit. s. 479 - FIORE. op. cit. s. 92, d. n, 22.

(34) Bazı yazarlara göre söz konusu nazariye, «doktrinde tehlike nazariyesi» adı ile anılan görüşün, içinde incelenir. Kanaatımızca, gerçek anlamda tehlike nazariyesi, objektif nazariyeler arasında incelenmek gerekir. Bu nazariye ise, metinde de belirtildiği gibi, sübjektif esaslardan hareket eder ve cezalandırma için objektif bir tehlikenin varlığı şartını aramaz.

(35) FLORIAN. op. cit. s. 482 ve mü. - FERRI, Enrico. Principi di Diritto Criminale, Torino, 1928, s. 546 ve mü. - ID. La Sociologia Criminale, Torino, 1900, s. 705. Keza : FIORETTI. Note Critiche sul Tentativo. Archivio di Psichiatria. Vol. XI. s. 469-489, özellikle s. 485-6, - PUGLIA. Il Tentativo. Messina, 1884, s. 60-65, 75 (Zikreden : VAL-SECCHI. op. cit. 151 ve mü.)

bakımından önemli olan husus hukuk tarafından korunan hak veya menfaatin bilfiil maruz kaldığı objektif tehlike değil, suça yönelmiş olan bir iradenin hâricileşmiş olmasıdır (36). Ancak, Garofalo, bu noktadan sonra sübjektif nazariyeden ayrılmaktadır. Gerçekten, Garofalo'ya göre, teşebbüs sebebiyle cezalandırabilme için, cürmî bir iradenin hâricileşmesi yetmez. Failin ahlâkî kötülüğünün de belirlilik kazanması lâzımdır. «... Şayet teşebbüs, mücrimin ahlâkî bir çöküntü içinde olduğunu aşikâr kılabiliyorsa, artık fiilin tam surette vukuu ile teşebbüs halinde kalışı arasında hiç bir fark yoktur. Kullanılan vasıtanın kifayetli veya kifayetsiz olduğunun da araştırılması faydasızdır. Asıl bilinmesi lâzım gelen cihet, evvelâ, cürmî ihtiyar ve iradenin her türlü şüpheden âzade bir şekilde tezahür etmiş olup olmadığı, saniyen, *bu cürmî iradenin bir tehlike teşkil edip etmediğidir. Zira, faaliyet icrasından âciz ahlâkî redaete cemiyet herhangi bir cezayı lüzumlu ve zarurî görmez*» (37).

Fail tarafından seçilmiş bulunan suç vasıtaları onun suç enerjisinin yetersizliğini yahut budalalılığını ortaya koymuşsa, fail tehlikeli bir kimse sayılamayacağından cezalandırılması doğru olmaz. Meselâ, çay şekeri veya sofrâ tuzu ile düşmanını öldürmeğe teşebbüs eden kimsenin fiili cürüm değildir. Fakat, bunun sebebi, elverişsiz bir vasıtanın kullanılmış olması değil, bilâkis failin, cürmî enerjisinin kıtlığı dolayısıyla zararsız bir kimse olduğunun anlaşılmasıdır (38). Buna mukabil, «fail, kullandığı maddenin arsenik olduğunu bildiği halde, eczacının hâtası yüzünden cürmünü meydana getirememişse işin mahiyeti büsbütün değişir.» Kendisinden habersiz boşaltılmış olan bir mavzeri kullanan veya çok cüzî bir mesafe yüzünden kurşunu hasmına isabet ettiremeyen kimsenin fiilinde de durum aynıdır. «Yalnız kendi hâtası yüzünden suç meydana gelmemiştir diye, mücrimin varlığında bir tebeddülât olmaz; çünkü, bu hâta, onun cürmî kabiliyetsizlik ve ehliyetsizliğini isbat» etmez (39).

Garofalo'nun meseleyi vazediş şekline göre korkulabilme dereceleri yüksek olan itiyadî suçlular tarafından icra edilecek ihzarî

---

(36) GAROFALO. op. cit. s. 295.

(37) GAROFALO. op. cit. loc. cit.

(38) GAROFALO. op. cit. s. 296.

(39) GAROFALO. op. cit. loc. cit.

hareketler dahi teşebbüsün sınırları içinde kalmakta (40) ve failin suç işlemeye iktidarsız ve ehliyetsiz olduğu isbat edilmedikçe, vasıta elverişsiz olsa bile teşebbüsün cezalandırılması gerekmektedir.

Objektif nazariyeleri tümünden reddeden ve ceza müeyyidesinin uygulanabilmesi için bir cürmî iradenin hâricileşmiş olması yeterli saydığı için de sübjektif nazariyeyi aşırı bulan Florian, gerçeğe, Garofalo'nun görüşlerinin geliştirilmesi suretiyle ulaşılabileceği kanaatindedir (41). Yazara göre, ceza kanunu, toplumsal yönden tehlikeli olan suçluya uygulanır. Bu bakımdan, hâricileşen bir cürmî iradenin, korkulabilecek bir kişiliği, tehlikeli bir faaliyeti ortaya koyup koymadığına bakılmalıdır. Bu ise, incelenecek her olayın özel şartlarından çıkarılabilecek bir sonuçtur. Hareketin elverişsizliğine rağmen tehlike mevcut olabileceği gibi, maddî hareketlerle haricileşen bir cürmî iradenin varlığına rağmen, kişiliğin tehlike arzetmemesi mümkündür. Ancak bu tehlike objektif bir tehlike olmayıp, failin faaliyetinden ve kişiliğinden istihraç edilen sübjektif anlamda bir tehlikedir. Bunu tesbit edebilmek için, sübjektif okulun düştüğü hâtaya düşmemek, yani suçta kullanılan vasıtayı, onu kullananın kişiliğinden tecrit etmemek, bütün dikkati cürmî iradeye teksif eylemek lâzımdır. Hâricîleşen bir cürmî iradenin, failin tehlikelilik taşıyıp taşımadığını göstermesi, failin kişiliği ile suç işleme saiklerinin birlikte gözönünde tutulmasıyla mümkündür. Böylelikle, failin, korkulabilir bir kişilik ve ceza ehliyetine sahip olduğu olaylarda, hazırlık hareketlerinin ve elverişsiz teşebbüsün dahi cezalandırılması sağlanmış olacaktır (42).

(40) GARAFALO. op. cit. s. 302-3.

(41) FLORIAN. op. cit. s. 482.

(42) GAROFALO. op. cit. s. 482-3. Görüldüğü gibi, cezalandırılabilir teşebbüsün sınırları bakımından Florian ile Garofalo'nun görüşleri arasında ayniyet mevcuttur. Florian Garofalo'dan, adı geçenin, tamamlanmış suç ile teşebbüs halinde kalmış suça verilecek ceza ve ihtiyarı ile vazgeçmenin ne zaman kabul edilebileceği konularında ayrılmaktadır. Bu tartışma için bk. op. cit. s. 484-5.

Pozitivistlerden FIORETTI'nin bu konudaki görüşleri ötekilerden farklı değildir : Cürm toplumsal bir fiildir. Kast ise kişisel olup ferdî veya toplumsal reaksiyona sebebiyet vermez. Toplum ve fert, sadece niyet dolayısıyla endişeye kapılmazlar. Cezalandırma, suçlunun korkunçluğu sebebiyle toplumsal endişe doğduğu takdirde söz konusu olur. Bu yüzden, kasta bir fiilin eklenmesi gerekir. Bu fiilin, failde, suç işleme iradesinden başka, kişi ve toplumda ceza müeyyidesinin uygulanması lehinde bir reaksiyon doğuracak bir cürmî ehliyetin mevcudiyetini göstermesi kâfidir. Vasıtaların elverişliliği - elverişsizliği, mevzuda öngörülebilir - öngörülemez yokluk gibi ayrımların bir önemi yoktur. Bu bakımdan, mevcut olmayan bir mevzu üzerinde elve-

### 38. Nazariyenin Tenkidi :

Sübjektif Nazariye'ye karşı olanların, aynı esaslardan hareket eden bu nazariyeyi de reddetmeleri, yani, failin korkunçluğunu ortaya koymuş olsa bile, vasıtaların elverişsiz olduğu ve mevzuun bulunmadığı hâllerde, teşebbüsün cezalandırılması için, haricilemiş cürmî bir iradenin mevcudiyetini yeterli bulmamaları tabiidir (43).

Nazariye başka bakımdan da eleştirilebilir : failin budalaca vasıtalar seçmiş olması, yani, çay şekeri veya sofraya adam öldürülebileceğinin zannedilmesi halinde, ya failin aklı melekâtının tamamiyetinden yahut teşebbüsün ciddiyetinden ve suç kasdının varlığından şüphe etmek lâzımdır. Böyle olunca da, cezaî müdahaleyi gerektiren bir durum yok demektir. Bundan başka, failde suç işleme enerjisinin yetersizliği kavramı da vazih değildir. Bu kavramla, failin, illî değeri olan hareketleri yapabilme iktidarından yoksun bulunması kastedilmiş olamaz. Çünkü, bu takdirde, nazariye, sübjektivist niteliğini kaybedip, vasıtada elverişliliği teşebbüsün şartları arasında sıralayan görüşlerin safına geçmiş olurdu. Oysa, nazariye, bu anlamda bir şartı açıkça reddetmiştir. Buna mukabil, arsenik yerine zehirli olmayan bir madde, dolu olduğu inancıyla boş bir tüfeğin kullanılması, failin tehlikeliliği, dolayısıyla cezalandırılması için yeterli görülmektedir.

Tehlikelilik ve korkunçluk bu şekilde anlaşıldığı takdirde ise, sübjektif nazariye ile sübjektivist tehlike nazariyesi arasında pek fazla fark kalmamakta, netice itibariyle, her iki nazariye de, elverişli olsun olmasın, maddî hareketlerle dış âleme intikal eden bir cürüm işleme iradesini cezalandırma için yeterli bulmaktadırlar.

Bundan başka, suç kavramı ile tehlikelilik kavramı, birbirinden tamamen ayrı şeylerdir. Tehlikelilik, suçlunun kişisel bir durumu olarak mütalâa edilir (44). Bu sebeple, pozitivistlerin, ona

---

rişsiz bir vasıtayla işlenmiş bir teşebbüs, failin cürmî iktidarını ortaya koyabiliyorsa cezalandırılabilir (Bk. op. cit. loc. cit.).

FERRI de bu görüşlere katılmakla beraber, teşebbüsün her zaman için cezalandırılması gerektiği fikrini savunmak suretiyle yukarıdaki yazarlardan ayrılır. Büyük pozitivist yazara göre, tehlikeliliğin asgari seviyede olduğu olaylarda, suçtan doğan zararların tazmini şartıyla, bir çeşit mahkûmiyet olan kazaî affın uygulanması düşünülebilir. Ferri, kendi anlayışının, tamamlanmış suç ile teşebbüs arasında daima bir ceza farkının mevcut olması gerektiği tezini savunan Florian'ın görüşünden de üstündür. Bk. op. cit. s. 546, d. n. 1.

(43) Bk. Yukarıda, § 35.

(44) ANTOLISEI. op. cit. s. 463.

tanımak istedikleri rolü oynamak, yani, ceza sorumluluğunun sınırı olmak durumunda değildir. Tehlikelilik, tâbi olacakları müeyyideler bakımından suçluların tesbiti ve gruplara ayrılmalarında yardımcı olabilir (45).

## B) İŞLENEMEZ SUÇUN CEZALANDIRILMAMASI GÖRÜŞÜNÜ SAVUNANLAR :

### 39. a) Objektif Nazariye (46)

İtalya'da Romagnosi tarafından kurulan, Feuerbach (47), Mittermaier, Rossi, Carrara, Carmignani, Ortolan tarafından geliştirilen ve «Klâsik Nazariye» adıyla da anılan objektif nazariyeye göre, işlenemez suç cezalandırılmaz. Bu nazariye taraftarlarına göre, hukuk ile ahlâk birbirinden ayrılmalı, hukukî konuların çözümlenmesinde ahlâkî endişeler rol oynamamalıdır. Bu sebeple, hukuka aykırı bir kast veya maksat, hareketi hukuka aykırı hâle getirmeğe kâfi değildir. Hareketin, dış âlemde gerçekleşen şekliyle bir hakkı ihlâl etmiş veya tehlikeye düşürmüş olması da lâzımdır. Çünkü elverişlilik hareketin bir niteliğini teşkil eder. Vasıtanın elverişsizliği veya mevzuun yokluğu sebebiyle zarar verme iktidarından yoksun kalan teşebbüsleri cezalandırmaya kalkışmak haksız ve zalimâne olur. Zira, vukuu imkânsız olana teşebbüs eden kimsenin fiili, herhangi bir hakkı, vazifeyi veya anlaşmayı ihlâl etmez. Öte yandan, böyle bir kimse cezasız kalacak olursa, hareketleri bir başkası tarafından taklit edilse bile, toplum bundan herhangi bir zarar görmeyecektir. Çünkü, kişi, ya aynı zararsız hareketleri tekrarlamaya teşebbüs edecektir; bu takdirde endişeye yer yoktur. Tabiat kanunları böyle bir hareketin muhatabını ve toplumu, hukukî bir himayeye ihtiyaç hissettirmeyecek şekilde korumaktadırlar. Yahut, kişinin hareketleri cezalandırılabilir teşebbüs alanına intikal edecektir. Bu

(45) CONCI, op. cit. s. 197.

(46) ROMAGNOSI. *Genesi del Diritto Penale*, 1836, § 711, 751 - CARMIGNANI. *Gelementi di Diritto Criminale*, s. 86 ve mü. - CARRARA, Francesco. *Programma...* § 359 ve mü. - ID. *Grado nell Forza Fisica del Delitto*. § 74. - FEUERBACH, P. A. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1801, (4), 42 ve mü. - ROSSI, Pellegrino. *Trattato di Diritto Penale* (Trad. Pessina) cap. XXX. ORTOLAN. *Elements de Droit Pénal*. 5. Ed. Paris, 1866, n. 1001 - 8. - MITTERMAIER. *Contributo alla Dottrina del Conato*. In *Scritti Germanici di Diritto Criminale*, Livorno, 1846, I, IX.

(47) Bir iddiaya göre meseleyi ortaya ilk atan Feuerbach, bir fikre göre ise Romagnosi'dir. Bu konuda bk. SCARANO. op. cit. s. 144.

takdirde de ceza müeyyidelerini harekete geçirmek pek âlâ mümkündür.

Esasen, teşebbüs, bir icra başlangıcını ifade eder. Teşebbüs, aynı zamanda, bir bütün olan suçun bir parçasıdır. Elverişsiz bir hareket veya vasıtayla neticeye ulaşılamayacağına veya mevcut olmayan bir mevzu üzerinde suç işlenemeyeceğine göre, icraya başlanması, dolayısıyla, hareketlerin teşebbüs alanına intikal etmesine imkân olmamak lâzımdır. Başka bir deyişle, bütünüün gerçekleştirilmesinin imkânsız olduğu yerde, parçanın gerçekleştirilmesine de imkân yoktur. Gerçekleştirilmesi imkânsız olan şeyin icrasına da başlanılamaz. Zira, başlama fikri, suç vasıtasının az veya çok devamlı bir tarzda kullanılmasıyla neticeye ulaşılabilmesi imkânının varlığını tazammun eder. Bu sebeple, elverişsiz hareketlerle veya mevcut olmayan mevzulara karşı girişilen teşebbüslerde, ceza kanunlarınca himaye görmekte olan hak veya menfaatlerin zarar veya tehlikeye maruz kalmaları söz konusu değildir. Hareket, hiç bir safhasında, kanunun öngördüğü ihlâli gerçekleştirecek güce sahip olamamıştır. Suç sayılan bir neticeye götürme iktidarından yoksun bir harekete girişmekle, hareketsiz kalmak arasında hukukî açıdan bir fark yoktur. Gerçi, iradeyle, böyle bir hareket arasında illiyet bağı mevcuttur; fakat, neticesiz hareketlere hukuken değer tanınamaz. Harekete geçmeksizin istemek ile tamamen kısır bir harekette bulunmak aynı şeylerdir. Binaenaleyh, bir düşmanı öldürmek için arzu duymakla, ona, arsenik zannıyla şekerli bir madde yahut şeker hastası sanılan bir kimseye, öldürmek maksadıyla şeker vermek yahut hasmı büyüyle öldürmeğe çalışmak arasında herhangi bir fark bulunmamak gerekir (48). Gerek bu olaylarda, gerekse, meselâ, zaten ölmüş bulunan bir kimseyi öldürmeğe çalışmak, gebe olmayan bir kadının çocuğunu düşürmeğe kalkışmak, tamamen boş bir eve hırsızlık yapmak için girmek gibi olaylarda faile ceza verilmemelidir. Çünkü, bu olaylardan hiç birinde hareketin mevzuu, objektif, somut bir tehlikeye maruz kalmış değildir. Teşebbüsün temel unsurlarından biri ise, illî etkenliği bulunan, yani, bir zarar veya tehlike yaratabilme iktidarına sahip hareketlerle icraya başlamaktır. «Elverişsiz harici bir hareket toplum kanunu

---

(48) MANZINI. Trattato. C. II. s. 454 - 5.

karşısında yok gibidir ve zarar veya tehlike ile birlikte bulunmayan çıplak irade dünyevî adalet tarafından cezalandırılmaz» (49).

Objektif Nazariye taraftarlarının çoğu ve bu arada özellikle Carmignani, Mittermaier ve Ortolan, cezasızlığı, vasitanın mutlak surette elverişsiz olması ve mevzuun yokluğu hâllerine inhisar ettirmişler ve vasıtadaki nisbî elverişsizlik ile mevzudaki arızî veya tesadüfî yokluk hâllerinde failin cezalandırılabilceği görüşünü savunmuşlardır (50).

Bu anlayışa göre, işlenmesi kastedilen cürmün hiç bir şekilde meydana gelmesi mümkün değilse, vasitanın mutlak surette elverişsiz, mevzuun da mutlak anlamda yok olduğu kabul edilir. Buna karşılık vasitanın, yeterli miktar veya şekilde kullanılmaması yahut mevzuun o sırada tesadüfen olay yerinde bulunmaması gibi sebeplerle, aslında neticeyi meydana getirme iktidarına sahip hareketlerden zararlı veya tehlikeli bir durum husûle gelmemişse, vasıtada nisbî elverişsizlik ve mevzuda arızî yahut tesadüfî yokluk söz konusu olur. Başka bir deyişle, vasıtadaki ve mevzudaki nisbî elverişsizlik veya yokluk hâlleri işlenemez suç konusu dışında kalır ve cezalandırılabilir teşebbüs ipotezleri içinde yer alırlar. Nazariye taraftarları, öldürücü bir zehirin yeterli miktarda kullanılmaması, mağdurun fazla dayanıklı veya zırh giymiş olması gibi hâlleri nisbî elverişsizlik, yokluk hâllerine, zehir zannıyla zararsız bir maddenin kullanılmasını, gebe olduğu zannedilen bir kadının çocuğunu düşürmeğe çalışmak gibi olayları mutlak elverişsizlik ve yokluk hâllerine misâl olarak gösterirler (51).

Objektif Nazariyeyi savunanlar arasında şöyle düşünenler de vardır : teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi, hak veya menfaatin objektif bir tehlikeye maruz kalması ise nisbî elverişsizlik ve yetersizlik hallerinde de failin cezalandırılmaması lâzımdır (52).

---

(49) **CARRARA**. Grado nella Forza Fisica del Delitto, par. 74. Zikreden : **FLORIAN**. op. cit. s. 473.

(50) Aynı görüşte olan öteki yazarlar için bk. **SCARANO**. op. cit. s. 145, d. n. 7.

(51) Vasıtalar bakımından mutlak ve nisbi elverişsizlik ile mevzuda mutlak ve arızî - tesadüfî yokluğun ölçüsünün nasıl tâyin ve tesbit edileceği, yahut bu anlamda bir ayırımın mümkün olup olmadığı meseleleri, işlenemez suçun cezalandırılması konusunda değil, elverişlilik - elverişsizlik, mevzuda varlık - yokluk konusunda ilgili olduklarından, esas itibarıyla bundan sonraki bölümde ele alınacaklardır.

(52) **GEYER**. Del Tentativo. s. 378 - 9. - **ID**. Erörterung über den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen, 1862, s. 38, 52 ve mü. (Zikreden : **SCARANO**. op. cit. s. 144).

#### 40. Nazariyenin Tenkidi :

Objektif Nazariye, sübjektif nazariyelerin aksine, cezalandırılabilir teşebbüsün alanını aşırı şekilde daralttığı için tenkit edilmiştir. Vasıtadaki elverişsizlik veya mevzuun yokluğunun tesadüfi sebeplerden neş'et ettiği olaylarda, meselâ, bir kimsenin her gece yattığı odaya atılan bir bombanın, mağdur az önce yatağından kalkıp başka bir odaya geçmiş olması yüzünden ölüm sonucunu meydana getirmemişse yahut hırsızlık amacıyla elini başkasının cebine sokan kimse bu cepte bir şey bulamamışsa, failin cezasız kalmasının sebebini bulmak güçtür (53). Öte yandan, «vasıtadaki veya mevzudaki elverişsizlik veya yokluk yüzünden suçun tamamını işlemek mümkün olmayınca, icraya başlamak da mümkün olamaz, bütünü icra edilemeyen kısmen de icra edilemez» denirken elverişsiz bir hareketle de icraya başlanabileceği unutulmaktadır. Esasen, icra başlangıcı teşebbüsün unsurlarından biri olarak kabul edilemez (54). Kaldı ki, teşebbüste elverişlilik ve icraya başlanılması, birbirinden tamamen ayrı konulardır. Elverişlilik, hareketin, neticeyi meydana getirmedeki illî iktidarını ifade eder; buna karşılık, icra başlangıcı, hareketlerin tamamlanması konusuna ilişkindir. Bu sebeple, hareketin elverişliliğini, icraya başlanmış olmasına bağlamak ne mümkün, ne de meşrûdur. İcra başlangıcı, teşebbüsün bir unsuru olarak kabul edilse bile, bu konunun elverişlilik problemi ile karıştırılmaması gerekir (55). Nitekim, teşebbüsün varlığını, failin icraya başlamış bulunmasına bağlayanlar bile, iki konunun birbirinden ayrıldığını görerek, mutlak elverişsizliği, nisbî olandan tefrik etmek ihtiyacını duymuşlardır.

Yukarıdaki tenkitleri ileri süren Scarano, nazariyenin, elverişlilik hakkındaki anlayışını da tenkit etmiştir. Yazara göre, elverişlilik, iddia edildiği gibi, hareketin içkin bir niteliği değildir. Gayeye ulaşmak için kullanılan vasıta elverişli ise hareketin elverişli olup olmamasının önemi yoktur. Öte yandan, elverişliliğin mücerret olarak ele alınmasında da isabet yoktur. Hareketin elverişli olup olmadığının somut olayın özelliklerine bakılarak tâyin edilmesi ge-

---

(53) Bk. **TANER**. op. cit. s. 283.

(54) **SCARANO**. op. cit. s. 145.

(55) **SCARANO**. op. cit. loc. cit.

rekir. Olayda, objektif ve sübjektif öyle sebepler mevcut olabilir ki bunlar tek başına ele alındığında ve soyut bakımdan elverişli görünen bir hareketi veya vasıtayı elverişsiz hâle getirebilecekleri gibi, normal olarak elverişsiz sayılabilen bir vasıtayı zararlı veya tehlikeli bir netice doğurabilme iktidarını verebilirler (56).

Sübjektif nazariye taraftarları da objektif nazariyenin, bütün dikkatini, kullanılan vasıtaların ve hedef alınan mevzuun potansiyel ve mahiyetlerine teksif ederek objektif açıdan hukukî bir zarar doğurma iktidarı bulunmayan bir suç işleme iradesini yok sayması, dolayısıyla, «insan» ı unutmamasını eleştirmişlerdir (57). Bunlara göre, suçu, hukukî bir müessese olarak kabul eden klâsik metodlarla suçluluk meselesi çözümlenemez. Özellikle suçlunun ve ondan sadır olan tehlikeliliğin gözönünde tutulması sayesinde ki toplum savunması sağlanabilir.

Ümanist doktrin de, işlenemez suçta cezasızlık tezini savunan objektif nazariyeyi kabul etmemektedir. Ülkemizde öncülüğü Prof. Erem tarafından yapılan bu doktrine göre, teşebbüste «kanunun nazari bir tehlikeyi cezalandırdığı iddia edilemez. Teşebbüs hükümleri bir insanın müşahhas davranışlarını cezalandırmaktadır. O hâlde işlenmez suç konusu dahi buna göre değerlendirilmelidir. Teşebbüs konusunda, insanın gerçek davranışları ihmal edilerek sadece hukuk tekniğine göre bir fikir spekülasyonu, teşebbüs konusunu anlaşılabilir hâle getirmiştir. Ümanist doktrin açısından, teşebbüsün müşahhas bir hâdisede failin ne dereceye kadar kusurlu görüldüğü esas tutulmalıdır..» (58). Erem'e göre, «... teşebbüs suçlusuna, suç kararını icra etmeğe başladığı için ceza verildiğine göre, gerek vasıta, gerek mevzudaki, failce bilinmeyen bir elverişsizliğin, cezasızlık neticesi doğurması makul değildir. Suçun husule gelmesi için bütün fiillere tevessül etmiş ve bu suretle şenaatını tamamiyle isbat etmiş olan bir kimsenin cezalandırılmamasını izah etmek imkânsızdır...» (59).

---

(56) SCARANO. op. cit. s. 150. - EREM. op. cit. s. 658-9.

(57) FLORIAN. op. cit. s. 482.

(58) EREM. op. cit. s. 657.

(59) EREM. op. cit. s. 635-6.

#### 41. b) Hukukî İmkânsızlık (Mangel am Tatbestand)

##### Nazariyesi : (\*)

Nazariye Almanya'da ortaya atılmış olup, biri eski, diğeri yeni olmak üzere iki şekli vardır (60). Aslında objektif nazariyenin öncülerinden olan Feuerbach tarafından formüle eden eski şekle göre, suç, bütün unsurlarıyla tamam olduğu takdirde, kendisi için konulmuş cezanın tamamına müstahak olur. Bu sebeple, suçun kanunî unsurlarından birinin eksikliği hâlinde cezanın azaltılarak verilmesi gerekir. Başka bir deyişle, tipik fiilin unsurlarındaki eksiklik, bir tahfif sebebi şeklinde mütâlea edilmektedir. Kleinschrod ve Mittermaier tarafından, kanunî tipteki unsurlardan birinin yokluğu (Mangel am Tatbestand) halinde suçun mevcudiyeti için zorunlu şartlardan biri yok olduğu için suç meydana gelebileceğinden, cezanın uygulanmasına mahâl olmadığı, bu itibarla, azaltılmış bir cezanın da verilmemesi gerekeceği söylenerek (61) tenkit edilen bu görüş, bizzat Mangel am Tatbestand nazariyesini savunanlar tarafından da reddolunmaktadır (62).

Nazariyenin yeni şekli ise şu esaslara dayanmaktadır :

Tipe uygunluk, suçun mevcudiyetinin temel şartıdır. Eğer, fiil, bazı eksiklikler sebebiyle kanundaki tipe uymuyorsa cezalandırılmaz. Bu sebeple, hareket, hareketten doğan zarar veya tehlike, teca-vüze uğrayan hukukî menfaat ve hareketin maddî mevzuunun tipik olması şarttır. Teşebbüs sayılan hâllerde de, meselâ, netice meydana gelmediği için, kanunî tipte gösterilenlere nisbetle eksik kalan bir unsur vardır. Buna rağmen, teşebbüs cezalandırılabilir, bunun sebebi, fiilin, kanunî tipe, kısmî de olsa bir uygunluk arzemesidir (63). Teşebbüs sayılmıyan diğer fiilî unsur eksikliklerinde

(\*) Zü DOHNA, Graf, Mangel am Tatbestand, Festgabe für Güterbock, 1910, s. 54. — BINDING. Handbuch des Strafrechts, 1885, s. 273. - KOHLER, Deutsches Strafrecht, s. 464. - MEZGER. op. cit. s. 411 ve mü. ve s. 413, d. n. 1'de zikredilen yazarlar. Ayrıca, SCARANO. op. cit. s. 192 ve mü. - RANIERI, S. Diritto Penale, Padova, 1945 s. 298. - VANNINI, O. Il problema. s. 21.

(60) Bk. PELUSO-CASSESE. op. cit. s. 51-2.

(61) PELUSO-CASSESE. op. cit. s. 52.

(62) MEZGER. op. cit. s. 411, d. n. 2. Feuerbach da, vaki tenkitler karşısında, görüşünde sınırlamalar yaparak, esas itibarıyla cezasızlık fikrini savunmuştur. Bu konuda bk. PELUSO-CASSESE. op. cit. s. 52-3.

(63) BELLING'e göre, fiilin tipik sayılabilmesi için, kanundaki tipi meydana getirmeğe başlanılmış olması yeter. Bk. MEZGER. op. cit. s. 411.

ise, fail, bu unsurlardan birini, mevcut olmadığı halde, yanlışlıkla mevcut zanneder. Eğer bu unsur, hakikaten mevcut olsa, suçun bütün unsurları gerçekleşebilir. Fakat, eksikliği, suçun işlenmesini hukuken imkânsız kılar. Nazariyenin başlıca savunucularından Binding'e göre, failin, aslında meşrû olan fiilin, kanun tarafından cezalandırılmış olduğu yolundaki hatalı kanaatıyla, fiilin suç sayılabilmesi için varlığı gerekli fiilî şartlardan birini, yok olduğu halde, var sanması arasında neticeleri bakımından fark yoktur.

Bunun sonucu olarak, tipik fiilin unsurlarının eksikliği, suçun teşekkülünü nasıl engelliyorsa, ona teşebbüs edilmesini de önleyecektir. Cesedi öldürmek mümkün olmadığı gibi, onu öldürmeye teşebbüs etmeğe de imkân yoktur. Kanun adam öldürme suçunu tanımlarken, insan hayatını suçun hukukî mevzuu ve canlı bir insanı da maddî mevzuu olarak göstermiştir. Burada, adam öldürme suçunun işlenmesini önleyen hukukî nitelikte bir imkânsızlık vardır.

Aynı şey, kendi malını, başkasının zannıyla, çalmağa kalkışan kimsenin fiilî bakımından da varittir. Gerçekten, bu fiil, hırsızlığa teşebbüs sayılamaz. Zira, nasıl, hırsızlık gayrimenkûl bir mal üzerinde işlenemezse, kendisine ait bir mal hakkında da işlenemez. Çalınacak şeyin faile ait olması ile çalınacak hiç bir şey bulunmaması arasında fark yoktur. Gerçi fail, güttüğü iktisadî ve psikolojik tatmin gayesini, başkasının sandığı malı almakla, elde etmiştir, yani, harekete, failin maksadı açısından tamamlanmış nazarıyla bakılabilir. Ancak, gerçekleştirilen bu durumun, failin tasavvurundaki asıl neticeyle ilgisi yoktur. Bu sebeple, misâllerdeki olaylarda bir icra başlangıcının varlığı dahi söz konusu olamaz. Binaenaleyh, kendisine ait bir malı, başkasının sanıp almak için elini uzatan kimsenin, başkasına ait bir malı almağa; cesedi öldürmek için bıçağını kaldıran kimsenin, adam öldürme suçunun icrasına başladığı söylenemez. Failin yaptığı hareket, ceza hukuku bakımından bir hiç (nihil) hükmündedir (64). Bunun gibi, reşid olmayan bir kızla cinsî münasebette bulunduğu zannıyla, 18 yaşını bitirmiş bir kızla cinsî münasebete geçen kimse de, reşid olmayan kimseyle cinsî münasebet suçuna (T.C.K. m. 416 / 3) teşebbüs etmiş değildir (65). Çünkü, bir hukukî engel,

---

(64) MEZGER. op. cit. s. 413 - v. LISZT. Franz. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Bası. Berlin-Leipzig, 1932, s. 311.

(65) v. LISZT. op. cit. loc. cit.

daha başlangıçtan itibaren, suç adı verilen hukukî müessesenin meydana gelmesini imkânsız kılmıştır(66).

Mangel am Tatbestand nazariyesi taraftarlarından bir kısmı, yalnız mevzuun eksikliği, yokluğu halinde değil, fakat vasıtaların elverişsiz olmaları halinde de, tipe uygunluğun, dolayısıyla cezalandırılabilir bir teşebbüsün söz konusu olmayacağı kanısındadırlar. Beling bunlardan biridir(67). İtalyan hukukcularından Fiore de, vasıta kavramından daha geniş olan hareket kavramını ele alıp, «tipik hareket, kanunda gösterilen tipe yalnız dış görünüşü bakımından değil, içkin nitelikleri itibariyle de uyan, kanunen korunan menfaate zarar verme veya onu tehlikeye maruz bırakma iktidarında olan harekettir. Yalnız elverişli olan hareket tipik sayılabilir» (68) demek sureti ile, hareketin elverişsiz olması halinde, kanuni tipteki fiili unsurlardan birinde eksiklik ipotezi ile karşılaşacağını ifade etmiş olmaktadır.

Şunu hemen ekleyelim ki, söz konusu nazariye taraftarlarının hepsinin, objektif anlamda elverişsiz bir hareket veya mevzuun yokluğu hâllerini cezasızlık sebebi saydıkları zannedilmemelidir. Meselâ Liszt, hamile olmayan bir kadının çocuğunun düşürülmesine teşebbüs olaylarında, failin harekete geçtiği anda kadının hamileliği tamamen bertaraf edilemiyorsa veya yeni doğan çocuğun öldürülmesi fiilinde, aslında ölü olan çocuğun, ölüm halinin şüphesiz olmadığı hâllerde cezalandırılabilir bir teşebbüsün mevcut olduğu kanaatindedir. Başka bir deyişle, yazar, cezalandırma için, mevzuun bilfiil mevcut olmadığı belli bazı olaylarda, failin veya olay hakkında hüküm verenin sübjektif kanaatına göre mevcudiyeti kâfi görmüştür (69). Liszt'in vasıtalarındaki elverişsizliğin cezasızlık sonucuna götürüp götürmeyeceği konusundaki fikirleri de, mevzuun yokluğuna ilişkin fikirlerine paralellik arzeder (70).

(66) CARRARA. Programma... s. 329, §. 363.

(67) Bk. SÇARANO. op. cit. s. 194.

(68) FIORE. op. cit. s. 41, n. 5, s. 76. n. 3.

(69) v. LISZT. op. cit. s. 312.

(70) Yazarın bu konuyla ilgili düşünceleri şöylece özetlenebilir : Fail, hasmını öldürmek için hafif dozda arsenik kullansa, öldürme kasdıyla, kendi bilgisi dışında boşaltılmış bir silâhı veya uzaktaki düşmanına karşı kısa menzilli bir tüfeği ateşlemeye kalksa, cezalandırılacaktır. Çünkü, birinci hâlde, fail ânındaki bilinen şartlara göre, bu doz ölüm sonucunu doğuracak güçte olduğu gibi, diğerlerinde tüfeğin tesadüfen boş olması veya menzilinin kısalığı, ancak olayın inkişafı sırasında ortaya çıkabilecek durumlardır. Aynı sebepler, büyü, dua gibi vasıtaların cezalandırılabilir bir teşebbüse niçin yer vermeyeceğini de izah etmektedir (op. cit. s. 314).

Mezger de, kanunî tipteki fiili unsurların eksikliğin cezasızlık sonucunu doğuracağı gibi açıkça belirtmiş olmasına rağmen (71) ve bir cesede ateş etmenin, kendi malını almanın, eşin hayatta olduğu zanıyla akdedilen ikinci evliliğin, gebe olmayan bir kadının çocuğunu düşürmek için yapılan hareketlerin ilah... cezalandırılabilir birer teşebbüs teşkil edemeyeceklerini belirttikten sonra (72), kanunun, suçun işlenmesi için belli bir vasıta, zaman veya yer şartının koşmadığı hâllerde, meselâ, kısa menzilli bir tüfekle, uzaktaki bir kimseye ateş edilmesi olaylarında failin cezalandırılabilmesini ileri sürmektedir. Boş bir cebe elini sokan yankesici de aynı şekilde hırsızlığa teşebbüsün cezasını görecektir. Bunun sebebi, ihlâl edilmek istenen hukukî-maddî menfaatin, bu çeşit hareketlerle tehlikeye mâruz bırakılmış olması, başkalarında, hukuk menfaatin güvenliğinin sarsıldığı intibainı yaratmış bulunmasıdır (73).

#### 42. Nazariyenin Tenkidi :

Mangel am Tatbestand nazariyesi şiddetle tenkid edilmiştir. Bir kere, denilmiştir, cezalandırılabilir teşebbüs hâllerinde de fiil, kanunda gösterilen tipe nispetle bazı noksanlar taşır. Eğer bu noksanları olmasaydı, zaten teşebbüsten değil, bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş tamamlanmış bir suçtan söz açmak gerekirdi. Nazariye, bütün sonuçlarıyla uygulanacak olursa, teknik anlamında teşebbüs halinde kalmış suçlara bile ceza vermemek gerekecektir. Çünkü, teşebbüs fiillerinde de kanunî unsurların bir kısmı noksandır (74). Öte yandan, teşebbüste, neticenin, fiile illiyet bağıyla bağlı olduğu, buna mukabil, işlenemez suçta böyle bir bağın bulunmadığı fikri de savunulamaz. Gerçekten, böyle bir bağ olsaydı, fiil teşebbüs halinde kalmaz, netice bilfiil gerçekleşirdi. Fiil ile netice arasında maddî bir illiyet bağı bulunmaması bakımından teşebbüs ile işlenemez suç farksızdır. Teşebbüste, netice ile fiil arasında sadece uygun bir illiyet bağı kurulabilir (75).

(71) MEZGER. op. cit. s. 415.

(72) MEZGER. op. cit. loc. cit.

(73) MEZGER. op. cit. s. 415. Yazara göre, kanunun suçun işlenmesi için belli bir süre veya mevzu yahut özel bir vasıta derpiş ettiği veya yer ve zaman bakımından belli bir hukuki münasebetin varlığını şart koştuğu hâllerde, bunlardan birinin yokluğu, suçun işlenmesini daha başlangıçta imkânsız kılar ve dolayısıyla faille ceza verilemez.

(74) SCARANO. op. cit. s. 195. - DÖNMEZER-ERMAN. op. cit. I. s. 489-490. - NEPPI MODONA. op. cit. s. 57.

(75) SCARANO. op. cit. s. 195-6.

Bundan başka, teşebbüste fiilin nâtamam, işlenemez suçta ise - başka bir hareketin yapılmış olmasına rağmen - namevcut olduğu iddiası da geçerli olamaz. Başkasına ait bir malı sahibinin rızasının mevcut olduğunu bilmeksizin alan kimse, nazariyeyi savunanların iddialarının aksine, tipe uymayan bir fiil işlemiş değildir. Gerçi, fail, tasavvur ettiği şekilde bir harekette bulunmamıştır; fakat, olaya hukukî görüş açısından bakıldığında kanunun tanımlamış olduğu fiilin tamamen gerçekleştiği görülür. Bu bakımdan, teşebbüs ile işlenemez suç arasında bir fark yoktur (76).

Nazariyeye karşı en şiddetli tenkitleri ileri süren Scarano'ya göre, nazariye, tatbikatın gereklerine cevap vermek imkânından da yoksundur: Bir kere, fiilin unsurlarından biri noksan ise hareket cezalandırılmaz denilmekle bir **petitio principii** (76 bis) ye düşülmüş olmaktadır. Çünkü, fiildeki eksiklik, teşebbüs vukubulmadığı, hareketin elverişsiz olduğu anlaşıldığı takdirde ortaya çıkar. Eğer İtalya Bankası'nın kasasının bir kürdan ile açılmasının mümkün, yani, vasitanın elverişli olmadığı anlaşılamiyorsa, alma fiilinin mevcut olduğu iddia edilemez. Yani, elverişlilik problemi çözümlenmelidir ki, fiilin unsurlarından birinin eksik olup olmadığı anlaşılabilsin (77).

Nazariye, gerek dışarıda, gerek ülkemizde, yalnız mevzuun yokluğu sebebiyle işlenemez suç ipotezi bakımından değer taşıyabileceği, vasitanın elverişsizliği halinde cezalandırabilme imkânı hakkında yol gösterici olamayacağı gerekçesile de eleştirilmiştir (78). Bu fikirde olanlara göre, Mangel am Tatbestand nazariyesi kabul edilecek olursa, sadece bağlı hareketli suçlar bakımından işlenemez suç ipotezine yer verilebilecektir. Çünkü, suç vasıtası yalnız bu suçlarda kanunî tanıma dahil edilmişlerdir. Serbest hareketli suçlarda ise vasıta suçun kanundaki tanımına dahil değildir (79). Kanun, böyle bir «suçun muayyen bir vasıta ile işlenmesini aramaz : bu

(76) SCARANO. op. cit. s. 194.

(76 bis) Şüpheli ve tartışmalı olan bir hususu çözümlenmiş gibi kabul eden bir çeşit sofizm

(77) Krşz. SCARANO. op. cit. loc. cit.

(78) SCARANO. op. cit. s. 194. - DÖNMEZER-ERMAN. op. cit. C. I. s. 489. - Keza : V, HIPPEL. s. 225 (Zikreden : DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. loc. cit.).

(79) Kanun, bir suçun işlenmiş sayılması için, neticeyi husûle getirmeğe elverişli her hangi bir hareketin yapılmasını yeterli görmeyip, ne gibi hareketlerin yapılması gerektiğini özel surette belirtmişse bağlı hareketli bir suçtan bahsedilir. Buna mukabil, kanun, suçun şu veya bu hareketle meydana getirilmesi arasında fark görmemekteyse, suç, serbest hareketli bir suçtur. Bk. ALACAKAPTAN. Suçun Unsurları, s. 43, n. 4.

itibarla, vasitanın elverişli olup olmaması kanunî tarife (tanıma) yabancı kalan bir unsurdur; bu böyle olunca, işlenemez suçların atipik olmaları hasebiyle cezalandırılmayacağını iddia etmek, mutlak surette elverişsiz bir vasıta ile işlenmesine çalışılan bir fiilden dolayı faile teşebbüs cezasının verilmesini kabûl etmek demektir» (80).

Scarano'ya göre, bazı yazarların yaptığı gibi yalnız mevzuun yokluğu halinde değil; fakat vasıtaların elverişsiz olmaları halinde de, kanundaki tipin fiilî unsurlarında eksiklik ipotezinin mevcut olacağının iddia edilmesiyle de bu sakınca giderilemez. Zira, bir kere, kanun, bütün suç tipleri bakımından vasıtayı açık bir hükümlerle nazara almış ve vasıtaları fiilin içkin bir unsuru olarak kabûl etmiş değildir. Kaldı ki, bu görüş tarzı, elverişsiz vasıtalarla hareket edenlerin her zaman cezasız kalacakları, nisbî surette elverişli vasıtaları kullananların ise daima cezalandırılacakları sonucuna götürmekte, böylelikle, objektif nazariye taraftarlarının kurtulamadıkları fasit daire içine düşülerek (81) cezalandırılabilir teşebbüsün alanı biraz daha daralmaktadır. Çünkü, meselâ, mevzuun yokluğu sebebiyle fiil atipik hale geldiğinden, başkasının boş cebini karıştıran kimseye hırsızlığa teşebbüsten ötürü ceza verilemeyecek, taraflardan birinin tahrikçi polis memuru olduğu olaylarda da fail ceza görmeyecektir (82), (83).

Hukukî İmkânsızlık Nazariyesi'nin tutarsızlığının bir delilinin de, söz konusu görüşü savunanların bile, elverişsiz vasıta probleminin ortaya çıktığı hallerde tipe uygunluk kriterini (Tatbestandmässigkeit) bir kenara itip, somut tehlike nazariyesini temel almaları olduğu ileri sürülmüştür (84).

Nazariyeye karşı ileri sürülen tenkitlerin cevaplandırılmasına çalışılmıştır: buna göre, atipiklik bakımından teşebbüs halinde kalmış suçla işlenemez suç arasında fark bulunmadığı, zira her ikisin-

(80) DÖNMEZER-ERMAN. op. cit. loc. cit.

(81) SCARANO. op. cit. s. 194-5. - TANER. op. cit. s. 287.

(82) SCARANO. op. cit. s. 195, 198.

(83) Yazar, nazariye taraftarlarından zu DOHNA'nın, bu sakıncayı görerek, mevzudaki yokluğun, ancak tam manasile yokluk halinde söz konusu olabileceğini söylediğini, böylelikle, şekli kriterin yetersizliğinin bir kere daha ortaya çıktığını ileri sürmüştür. op. cit. s. 198.

(84) Bk. Yuk. n. 41., d. n. 69-73.

de, kanunî tipte gösterilen unsurların bir kısmının eksik olduğu iddiası varit olmamak gerekir. Çünkü, kanunların teşebbüsü tanımlayan hükümleri, tamamlanamayan hareketi veya meydana gelmeyen neticeyi, hareketin yönelmiş olduğu suç hakkındaki hükme bağlamak suretiyle ona tipiklik kazandırmış bulunmaktadırlar. Eğer, kanunlar teşebbüs hakkında özel bir hüküm getirmiş olmasalardı, bu safhada kalmış hareketlerin tipik oldukları iddia edilemezdi ve ancak o zaman bu tenkitlere hak vermek mümkün olabilirdi (85).

Öte yandan, nazariyenin elverişlilik problemini çözümlenmesini, fiili unsurların yokluğu gerekçesi ile cezasızlık sonucuna varmakla bir *petitio principii*'ye düşmüş olduğu iddiası da, nazariyenin yanlış bir şekilde değerlendirilmesinden doğmaktadır. Elverişliliğin, fiil kanunî unsurlarından biri olduğu ve hareket elverişsiz ise, tipik bir fiilin meydana gelebileceği doğrudur. Bu takdirde, şüphesiz, hareketin ne zaman elverişli, ne zaman elverişsiz sayılacağına tesbitinde zorunluluk vardır. Fakat, unutulmamalıdır ki, *Mangel am Tatbestand* Nazariyesi, elverişliliği elverişsizlikten ayıracak kriteri bulmak için ortaya atılmamıştır. Nazariye, sadece, işlenemez suçun teknik anlamında teşebbüs sayılamayacağını ve elverişsiz hareketin suça teşebbüs olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Hareketin ne zaman elverişli, ne zaman elverişsiz olduğu konusu, bundan tamamen ayrıdır (86) ve farklı ölçülere göre değerlendirilmek gerekir.

#### 43. NAZARİYELERDEN ÇIKAN SONUÇLAR :

Evvelce de belirttiğimiz gibi, işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı problemi ile, hareketin ne zaman elverişli, mevzuun ne zaman mevcut sayılacağı problemi birbirinden ayrıdır. Bu bakımdan işlenemez suç hakkındaki görüşlerin, bu gerçek gözden uzak tutulmaksızın ileri sürülmesi gerekir. Ancak, doktrinde, iki konunun birbirine karıştırıldığı, bir konu için dermeyeran edilen fikrin, öteki konunun bir çözüm şekline bağlanabilmesi için kullanıldığı, yahut yardımcı olmadığı için eleştirildiği görülmektedir. *Mangel am Tatbestand* nazariyesi böyle bir talihsizliğe uğramış ve az önce görüldüğü gibi, yalnız, işlenemez suça ceza verilemeyeceği-

(85) FIORE. op. cit. s. 76-7.

(86) FIORE. op. cit. s. 78.

nin sebebini belirtmek üzere ortaya çıktığı halde, eleştiricileri tarafından, elverişlilik konusunda istihraç edilen sonuçlar dolayısıyla yerilmiştir. Şunu hemen söyleyelim ki, «işlenemez suça ceza verilemez» fikrini savunmak, elverişliliğin tayininde klâsik objektif ölçülere bağlı kalmayı zorunlu olarak gerektirmeyeceği gibi, «işlenemez suç ceza görmelidir» demek dahi mutlaka sübjektif bir teşebbüs anlayışına istinad etmeyi gerektirmeyecektir. Bundan sonraki bölümde görüleceği veçhile, elverişlilik ve mevzuun varlığı problemlerini, sübjektivizme kaçmadan çözmek mümkün olmadığı gibi, objektif esasların tümünden terki de mümkün olamamaktadır.

Hukuk tekniğine bağlı kalındığı ve teşebbüs, kastedilen cürmü elverişli vasıtalarla icraya başlamak şeklinde tanımlandığı takdirde işlenemez suç cezalandırılmaz. Suçların kanuniliği ilkesi ve bunun neticesi olan tipiklik unsurunun ceza hukukuna kesinliği getirdikleri inkâr edilemez. İşlenemez suçun cezalandırılmayacağı fikrini savunanların endişeleri, söz konusu temellerin sarsılması ihtimalinden doğmaktadır. Gerçekten, işlenemez suç cezalandırıldığı takdirde, ya elverişsiz bir hareketin sonucu olduğu için yahut mevcut olmayan bir mevzuya karşı işlenmiş olması yüzünden atipik bir davranış ceza görmüş olacaktır. Öte yandan, böyle bir çözüm tarzı, hiç bir objektif tehlike arzetmeyen ve zarar meydana getirmesi imkânsız hareketleri, sırf, cürmî bir iradenin ürünü olduklarından ötürü ceza tehdidiyle karşı karşıya bırakacaktır.

Buna karşılık, bir suçu yalnız tasavvur etmekle yetinmeyip, aynı zamanda isteyen ve bu iradesini, sonuca götürmek yeteneğinden yoksun da olsa, bir takım maddî davranışlarıyla dış âleme intikal ettiren kimsenin de, hiç değilse kişiliği dolayısıyla toplum için bir tehlike teşkil ettiği inkâr olunamaz. İnsandan sadır olan ve gerçeklik arzeden bu çeşit davranışları sırf bazı fikrî inşalara dokunmamak endişesiyle ihmal etmenin doğru olmadığını düşünmek de mümkündür. Valsecchi'nin de dediği gibi, failin bilmediği sebepler yüzünden hareketin başarıya ulaşamaması halinde, bunu, failin lehine yorumlayıp, onu, değil bir cezaya, emniyet tedbirine bile müstahak görmemek gülünç olur (87). «Suç sayılan bir neticeye götürmek iktidarından yoksun bir harekete girişmekle, hareketsiz kalmak arasında fark yoktur», «Harekete geçmeksizin istemek ile ta-

---

(87) VALSECHHI, op. cit. s. 166.

mamen kısır bir harekette bulunmak aynı şeylerdir» sözlerinin gerçeği belirttiklerini sanmıyoruz. Kanunun cezalandırdığı bir fiili işlemeği sadece tasavvur ve irade eden kimse ile bu tasavvur ve iradesini gerçekleştirmek için harekete geçen kimse arasında, hareketi başarısızlığa mahkûm bulunsa bile, bir fark olduğu inkâr edilemez. Toplumun huzur ve güvenini, yalnız, illî değeri olan, yani, suç sayılan bir neticeyi doğurmağa muktedir bulunan hareketler değil, fail tarafından böyle zannedilen hareketler de bozar. Gerçi, bu iki çeşit hareketin, ceza hukuku açısından aynı şekilde değerlendirilmeleri gerektiği iddiası aşırı olabilir; ancak, bu mülâhaza, elverişsiz hareketlerle veya namevcut mevzulara karşı girişilen teşebbüslerin de ceza hukukunun konuları arasına sokulmasına ve bir müeyyide ile karşılanmasına engel değildir.

Bu noktada, iki çeşit hareket arasında toplum güvenliğine etkileri bakımından mevcut farkın, işlenemez suçlara uygulanacak müeyyidenin bir emniyet tedbiri olması gerektiği fikrini savunanlara hak verdiğini düşünülebilir. Bu kanaatta olanlara göre, toplum güvenliği, yalnız tenkilî tedbirlerle, yani, cezalarla sağlanmaz. Cezanın, topluma zarar veren bütün kötülükleri ortadan kaldıracı bir «devayı kül» olduğu fikri artık eskimiş bir peşin hüküm mertebesinde. Önleyici tedbirler, tenkil edici tedbirlerin yerini yavaş yavaş almaktadırlar. Öte yandan, falin tehlikeliliği dahi, işlenemez suçta müeyyide olarak cezanın tavinini haklı göstermez. Çünkü, ceza geçmiş bir olaya uygulanır. Oysa «tehlike» kavramı gelecek ile ilgilidir. İşlenemez suç failine, hâkimin takdirine göre azaltılacak bir ceza verilmesi fikri de kabûl edilemez. Zira, ne kadar azaltılmış olursa olsun, ceza daima cezadır (88). Oysa ceza, yalnız suçta verilebilir. İşlenemez suç, teknik anlamında bir suç değildir (89). Öte yandan, böyle bir fail gerçekten tehlikeli ise bir kaç günlük hürriyeti bağlayıcı ceza veya bir miktar para cezası yerine uzun süreli bir emniyet tedbirinin, tehlikeliğin yok edilmesi gayesi için daha faydalı olacağı da aşikârdır (90).

Kanaatımızca, önemli olan, işlenemez suç failinin, hiç bir şey yapmamış bir kimse gibi başıboş bırakılmamasıdır. Kendisine, ye-

(88) VALSECHHI. op. cit. s. 168 ve mü.

(89) VALSECHHI. op. cit. s. 33-9.

(90) LONGHI. Prevenzione e Repressione, s. 868 nota (Zikreden : VALSECCHI. op. cit. s. 173, d. n. 2.

rine göre ceza da emniyet tedbiri de uygulanabilir. Kaldı ki, ceza müeyyidesi, ceza kuralına karşı gelenin ıslahı amacını güttüğüne göre, başka başka isimler taşıyan iki müeyyidenin muhafazasına devam edilmesi, yavaş yavaş anlamsızlaşmaktadır (91). Uygulanacak müeyyidenin, ceza mı, yoksa emniyet tedbiri mi olacağı konusundaki tartışma bu bakımdan da yersizdir. Mamafih, bugün yürürlükte olan ikili sistemde (ceza-emniyet tedbiri) emniyet tedbiri kadar cezanın da işlenemez suç failine uygulanabileceğini sanıyoruz. Her ne kadar, suç ile ceza arasında sıkı bir bağ olduğu, suç olmayan bir fiile ceza verilemeyeceği fikri doğru ise de, bir çok yabancı kanunların yaptığını yapmak, yani, işlenemez suç failini de belli sınırlar içinde cezalandırabilmek yetkisini hâkime vermek suretiyle bu engel aşılabilir. Unutulmamalıdır ki, kanunlar teşebbüs hakkında sarîh hükümler koymuş olmasalardı, teşebbüs halinde kalmış fiilleri de cezalandıramazdık. Buna benzer bir hükmün işlenemez suçlar hakkında da sevkedilmesine bir engel yoktur. Nitekim bir çok kanun koyucusu bu yolda hareket etmişlerdir (92). Böylelikle, tipe uygun olmayan bir fiili cezalandırmaktan doğabilecek sakıncalar da giderilmiş olur.

Bu konuda şu şekilde düşünülebileceğini de sanıyoruz : teşebbüsün temel unsuru, suç işleme iradesini hâricileştiren bir takım hareketlerde bulunmaktır. Bu itibarla, suç vasıtasında veya mevzuda mevcut olup fail tarafından bilinmeyen bir elverişsizlik veya yokluğun, fiili cezalandırabilir bir teşebbüs olmaktan çıkarması doğru değildir. Başka bir deyişle, vasıta ve hareketteki elverişliliğin, teşebbüsün unsurları arasında muhafaza edilmesidir ki, failin açıkça tehlikelilik taşıdığı olaylarda ceza hukukunun müdahalesini imkânsız kalmaktadır. Eğer, teşebbüsün varlığı için suç işlemeğe yönelmiş iradenin maddî bir takım hareketlerle hâricileşmesi yeterli görülecek olursa, problemi makul bir çözüm tarzına bağlamak mümkün olabilecektir. Ancak, suça yönelen bu irade, elverişsiz hareketlerle veya mevcut olmayan mevzular üzerinde hâricileşmiş ise, verilecek ceza, teşebbüsünkine nisbetle daha hafif bir ceza olmalı, hâkime, gerekirse cezayı kaldırmak yahut ceza yerine veya ceza ile birlikte emniyet tedbirine hükmetmek yetkisi verilmelidir. Hâkim,

---

(91) Bk. ANTOLISEI, op. cit. s. 563 ve mü. - ID. Pene e Misura di Sicurezza, Riv. It. 1933, s. 129 ve mü. ve Problemi Penali Odierni, Milano, 1940, s. 199 ve mü.

(92) Bk. Yuk. n. 2.

hükümünü vermeden önce, hareketin saikleri, failin suç öncesi ve sonrasında davranışları ve hayatı, karakteri, suç geçmişi, çevresel yaşama şartlarını nazara alacaktır.

Yukarıda söylediklerimizin pratik sonuçları şu şekilde özetlenebilir : fail tarafından, suç sayılan bir neticenin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan hareketler, ceza hukuku açısından teşebbüsün sınırları içinde kalırlar. Fakat, harekette elverişsizlik veya mevzuda yokluk tesbit edildiği takdirde, ceza, klâsik anlamdaki teşebbüsün cezasından daha hafif bir ceza olacak, hâkim, gerekirse hiç ceza vermemek veya emniyet tedbiri uygulamak imkânına sahip olacaktır. Suça yönelmiş olsalar bile, dış âleme intikal etmemiş olan tasavvur ve irade hiç bir cezâî müeyyide tehdidiyle karşı karşıya bırakılmayacaktır. Bunun yanında, vasıtadaki elverişsizliğin yahut mevzuun bulunmadığının fail tarafından bilindiği hâllerde de, ceza hukukunun müdahalesini gerektiren bir durum söz konusu olmadığını sanıyoruz. Zira, bu gibi hâllerde, teşebbüsün samimiyetinden, daha doğrusu, suç kasdının varlığından şüphe etmek lâzımdır.

Büyü yaparak veya bir takım dualar okumak suretiyle yani, bazı hayalî vasıtalar ve hareketlerle, fakat, bunların sonuca götüreceğine samimî surette inanarak girişilen teşebbüslere ve failde zekâ, idrâk noksanı ve aşırı cehaleti gösteren diğer olaylarda( meselâ, bir çöp parçasıyla fevkalâde karışık bir mekanizmaya sahip kasayı açmağa çalışmak...) ceza yerine bir emniyet veya tedavi tedbirinin uygulanması cihetini düşünmenin daha doğru olduğunu sanıyoruz (93).

Hareketin elverişli ve mevzuun mevcut olduğu diğer bütün olaylarda ise teşebbüs hakkındaki hükümler bütün genişliği ile uygulanacaktır. Faakat, hareket ne zaman elverişli, mevzu ne zaman mevcut sayılabilir ? Bu sorunun cevabını bundan sonraki bölümde arayıp bulmağa çalışacağız.

---

(93) Aynı mahiyette : TANER. op. cit. s. 288, n. 192 ve d. n. 2,

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İşlenemez Suçun Unsurları

#### BİRİNCİ BAŞLIK

##### Hareketin Elverişsizliği

#### 44. Elverişlilik Nedir ?

Elverişliliği, konuya hangi açıdan bakılıyorsa, ona göre tanımlamak mümkündür. Bu sebeple, elverişliliğin nasıl tayin edileceği hususu açıklığa kavuşmadan önce bir tanıma varmanın sistematik bakımdan doğru olmadığını sanıyoruz. Bununla beraber, konuya girişi kolaylaştırmak üzere, genel anlamda ve geçici olması kaydıyla bir ön-tanım verilebilir : elverişlilik, hareketin, kanunun suç saydığı neticeyi husule getirebilme iktidarındır (1). Böyle, genel ve geçici bir tanım vermekle, elverişliliğin tayin ve tesbiti konusunda ileri sürülmüş bulunan görüşlerden her hangi birine peşinen bağlanmış olmuyoruz. Çünkü, konunun can alacak noktası, hareketin bu iktidara neye göre sahip bulunduğu tesbitindedir.

Burada, bir başka hususu da peşinen belirtmek zorunluluğunu duymaktayız : Teşebbüste elverişlilik unsuru, klâsik doktrin ve ondan ilham alan ceza kanunları tarafından (meselâ, 1889 tarihli İ. C. K., T. C. K.), suç vasıtaları bakımından ele alınmıştır. Modern doktrin ve ceza kanunları, yalnız suç vasıtasını nazara alan elverişlilik anlayışını terkederek, «hareketin elverişliliği» nden söz açmağa başlamışlardır (Mes. Y.İ.C.K. m. 49, f. 2). Terminolojideki bu değişiklik, çok haklı bir sebebe dayanmaktadır. Gerçekten, ileride de görüleceği gibi, elverişlilik hakkındaki hüküm, fail tarafından girişilen faaliyetin tümü, yani, vasıtayla birlikte, hareket ve mevcut bütün diğer

(1) Kırsz : SALTELLI-ROMANO. op. cit. V. I. p. 1, s. 291 - MASSARI, E. Le Dottrine Generali del Diritto Penale, Napoli, 1930. s. 170 ve mü. (Zikreden : CONCI. op. cit s. 92).

şartlar göz önünde tutulmak suretiyle verilebilir (2). Başka bir deyişle, elverişlilik nisbî bir kavramdır. Nisbîlik, herşeyden önce hareketle gerçekleştirilmek istenen netice bakımındandır. Vasitanın ne şekilde ve hangi şartlar altında, kime karşı ve ne gibi bir amaçla kullanıldığını bilmeden elverişli olup olmadığı hakkında bir hükme varılamaz. Hatta bir görüşe göre, hareketin elverişli olup olmadığı araştırılırken, soyut değil, somut bir yol izlemek gerektiğine ve hareketten sonra ortaya çıkanlar da dahil olmak üzere, bütün şartların göz önüne alınması lâzım geldiğine göre, elverişlilik hakkında verilecek hükümde, mevzuun varlığının veya yokluğunun temel unsur olduğunu kabûl etmek zorunu vardır (3).

Elverişlilik, her türlü somut gerçeklerden ilişkisi kesilmiş bir kavram değildir. Ancak, bir gaye, bir netice için elverişlilikten söz açılabilir. Hâl böyle olunca, yalnız vasitanın değil, hareketin tümünün elverişliliğinin veya elverişsizliğinin inceleme konusu yapılmamasında zorunluluk iyice belirir. Gerçekten, kullanılış şekli, kendisine karşı kullanılan şahsın durumu gibi, olaydan olaya değişen özellikler, soyut olarak ele alındığında elverişli gözükken bir vasıtayı elverişsiz hale getirebilecekleri gibi, bunun aksi de mümkündür (4). Soyut olarak mütalea edildiğinde meselâ, şeker (5) veya içinde kurşun bulunmayan bir tüfek, (6), adam öldürmeğe elverişli vasıtalar olmadıkları hâlde, şekerli madde bir şeker hastasına verilecek veya tüfeğin kabzası mağdurun kafasına hızla vurulacak olur yahut, tüfeğin namlusunun kendisine çevrildiğini gören ileri derecede kalp hastası olan mağdur ölürse şeker ve tüfek elverişlilik iktisap ederler.

45. Elverişlilik veya elverişsizliğin hareketin tümüne göre tesbiti zorunluğu böylece tesbit edildikten sonra, konuyu açıklığa ka-

---

(2) Bk. **ANTOLISEI**, op. cit. s. 344 - **FIGLIO**, op. cit. s. 85 ve mü. - **VASSALLI**, Relazione al Convegno di Studio su Alcune fra le Più Urgenti Riforme di Diritto Penale: La Disciplina del Tentativo, 1959, s. 11 (Zikreden: **FIGLIO**, op. cit. s. 86, d. n. 11).

(3) **SINISCALO**, op. cit. s. 175. - **VANNINI**, Reato Impossibile, in Raccolta di Alcuni Scritti Minori, Milano, 1952, s. 191-2.

(4) Bk. Aşağıda n. 50.

(5) **PANNAIN**, Remo. Manuale di Diritto Penale, I, Parte Generale, 2. Ed. Torino, 1950, s. 457-8.

(6) **VANNINI**, op. cit. s. 191.

vuşturacak başka bir sorunun cevabını arayabiliriz : «Hareketler neye elverişli olmalıdırlar ?».

Doktrinin büyük bir çoğunluğu, hareketin, dış dünyada da meydana gelecek ve ceza hukuku açısından önem taşıyan değişikliği, yani, tabii neticeyi (evento naturalistico) meydana getirmeye elverişli olması lâzımdır. Bu görüş eleştirilmiştir (7): Bir kere, bu anlamda bir elverişlilik yalnız, tabii neticesi olan suçlarla sınırlıdır. Oysa, ceza hukuku tarafından cezalandırılan bütün suçların tabiatçı anlamda bir neticeye sahip oldukları söylenemez. Suçların çok önemli bir kategorisi, dış alemde meydana gelebilecek bir değişiklikten müstakil olarak, bir hareketin yapılmış olması ile tamamlanırlar. Öte yandan, söz konusu görüş tarzına uyulduğu takdirde, bazı sakıncalı sonuçlara zorunlu olarak varılacaktır : meselâ, neticeli suçlarda teşebbüsün maddî unsurları, hareketin elverişliliği ve iltibasa mahâl vermemeleri olacak, buna karşılık, neticesiz suçlarda, yani, sırf hareket suçlarında, elverişlilik unsuru aranmayıp iltibasa mahâl vermeme unsuru kâfi görülecektir (8). İki suç kategorisi arasında böyle bir ayrımı haklı gösterecek hiç bir sebep yoktur. Bu sebeple, çözüm yolunu başka bir yönde aramak lâzımdır : netice suçlarında tabii netice elverişlilik hükmünün hedefi olarak muhafaza edilmeli, buna karşılık, sırf hareket suçları bakımından başka bir hedef bulunmalıdır. Bu ise, özel hükümlerde tanımlanmış olan fiilin (compartamento) son safhası, yani, suçun tamamlanması, gerçekleşmesi ânı olabilir. Hâl böyle olunca, sırf hareket suçlarında, cürmî hareketin sonuçlanması ânını teşkil eden nihaî safhaya ulaştırması mümkün (veya bazılarına göre muhtemel) olan hareketlerin elverişli oldukları kabul edilecektir (9).

Bir başka anlayışa göre, hareket, cezaî himaye gören hak veya menfaate zarar vermeğe, başka bir deyişle, zararlı ve tehlikeli bir netice meydana getirmeğe elverişli olmalıdır (10). Elverişliliği, «cürmü tüketen neticeyi husûle getirme, ihlâli, kanun tarafından

---

(7) SINISCALO. op. cit. s. 158 ve mü.

(8) Krşz. MUSOTTO. Diritto Penale, Parte Generale, 1955, s. 24 (Zikreden : SINISCALCO. op. cit. s. 158-9, d. n. 53).

(9) SINISCALCO. op. cit. s. 160.

(10) Mes. VANNINI. Problema... s. 65 ve mü.

gösterilen şekil ve genişlikte gerçekleştirme iktidarı» (11) diye tanımlayan Vasalli, söz konusu düşünüşün başlıca temsilcilerindedir. Bu şekilde düşünenlere göre, suçun tabiatçı neticesi her zaman, kanunun koruduğu hak veya menfaatin zarar veya tehlikeye mâruz kalması demek değildir; ancak, bir çok hâllerde, tabiatçı netice ihlâli daha bariz bir hale getiren bir unsur niteliğindedir. Ve esasen öyle bazı suçlar vardır ki, tamamlanmış sayılabilmeleri için dış âlemde bir değişikliğin vukuu şart olmakla beraber, bu değişikliğin bir zarar veya tehlike şeklinde belirmesi gerekmez (meselâ, hakaret, sövme, iftira...) (12).

46. Bir evvelki paragrafta ortaya atılan sorunun cevabı, neticenin, her suçta bulunması gereken kurucu bir unsur olarak kabûl edilip edilmemesine ve netice kavramına verilecek anlama göre değişecektir. Kanaatımızca, neticesiz suçların da mevcut olduğunu ileri süren görüş kabûl edilemez. Her suçta, mutlaka bir netice vardır. Bu netice, bazen hareketten ayırıcıdır, yani, hareketin yapılmasını müteakip meydana gelir (mes. adam öldürme); bazen de harekete bitişiktir (bilcümle tehlike suçları). Bu durum karşısında, hareketin, dış dünyada meydana gelecek ve ceza hukuku tarafından öngörülen neticeyi doğurmağa elverişli olması görüşü hakkında ileri sürülmüş bulunan tenkit etkisiz kalır. Başka bir vesileyle de söylediğimiz gibi (13), suçun hukukî mevzuunu teşkil eden hak veya menfaatin ihlâl edilmesi dahi bir neticedir.

Böylelikle, bizim de, hareketin, hukuken korunan hak veya menfaati ihlâle, yani, onu zarar veya tehlikeye maruz bırakmağa elverişli olması gerektiği görüşüne katıldığımız anlaşılmıştır.

47. Elverişliliğin, hukuken korunan hak veya menfaatin zarar veya tehlikeye mâruz kalmasıyla yakın ilişkisi, bir suç vasıtasının soyut olarak ele alınmasıyla elverişlilik konusunun bir neticeye bağlanamayacağını, ancak, fail tarafından gerçekleştirilen hareketin tümünün ve onu çevreleyen bütün şartların göz önüne alınması halinde elverişlilik hakkında bir hüküm verilebileceğini gösteren bir başka delildir. Bunun bir başka sonucu, hareketin unsurlarını teş-

---

(11) VASSALLI. op. cit. loc. cit.

(12) Bk. SINISCALCO. op. cit. s. 161 ve mü.

(13) ALACAKAPTAN. op. cit. s. 46.

kil eden bir veya birkaç davranışın, diğer unsur hareketlerden ayrı olarak mütalâa edilmesi suretiyle de bir elverişlilik yahut elverişsizlik hükmüne varılamayacağıdır (14). Gerçi, suçun mevzuundan, süjelerinden ve diğer çevre şartlarından tecerrüt etmiş bir münferit hareketin dahi, onu izleyen veya izlemesi muhtemel öteki hareketlere nisbetle elverişliliğinden söz açmak mümkündür. Her hareket belli bir gayeyle yapıldığına göre, bir hareketle ondan sonra gelen arasında bir illî elverişlilik bağı mevcut olabilir. Fakat, bu münferit bağı, hareketlerin tümünün ve bunlarda meknuz iktidarın değerlendirilmesinde bir rol oynayamayacağı âşikârdır. Aksi takdirde, meselâ, içinde arsenik bulunan bir su bardağını, mağdura doğru yaklaştırdıktan sonra, arseniğin zaç yağı etkisini göstereceğini sanıp, bardağın içindekileri suratına boşaltan kimseyi adam öldürmeğe teşebbüsten sorumlu tutmak gerekecektir. Zira, içinde zehir dolu bir kadehi, bir kimseye doğru uzatmak adam öldürmeğe elverişli bir harekettir (15).

#### 48. Tehlike Kavramı :

Geniş anlamda zarar, tamamlanmış suça has bir niteliktir. Bilfiil gerçekleşmiş bir zararın tesbiti büyük bir güçlük arzetmez. Olayların gözlemiyle kolaylıkla bir hükme varılabilir. Ancak, hukuk, insanların yaptıkları hareketlerden bilfiil meydana gelmiş olanların yanında, meydana gelmesi muhtemel olan neticeleri de konuları da içine almak zorunluluğunu duymuş (16) ve meselâ, teşebbüs müessesesi, böyle bir zorunluluğun eseri olarak ortaya çıkmıştır.

Bu durum, ceza hukuku alanında, iradeyi haricileştiren ve fakat suç sayılan neticeye ulaşamayan hareketlerde bu neticeyi meydana getirebilme iktidarının mevcut olup olmadığının, daha doğrusu, söz konusu hareketin, hukuk düzeninin himayesi altında bulunan bir hak veya menfaati ihlâli tehlikesini tazammun edip etmediğinin araştırılmasını gerektirmiştir.

Tehlikeyi, hukuka aykırı bir neticenin husûle gelmesi ihtimali olarak tanımlamak mümkündür (17). Bazı yazarlar tehlikeyi «im-

(14) Karşıt fikir için bk. PETROCELLI, B. II Delitto Tentato, 1955, s. 62.

(15) FIORE. op. cit. s. 86-7.

(16) ANTOLISEI. op. cit. s. 161, n. 93.

(17) ANTOLISEI. op. cit. loc. cit.

kân» kavramıyla izaha çalışmışlardır. Öyle sanıyoruz ki, tehlikeyi, hukuka aykırı bir neticenin husule gelmesinin mümkün oluşu şeklinde anlamakta isabet yoktur. Çünkü, «imkân» kavramı, imkânsız olmayan her olayı içine alacak genişliktedir (18). Bu takdirde, cürmî iradeyi dışa vuran her türlü hareketi objektif açıdan tehlikeli, fâilini de, bu sebeple teknik anlamda cezalandırılabilir bir teşebbüste bulunmuş sayabiliriz. Çünkü, pratikte, cüz'î de olsa başarı imkânının tamamen yokolması diye bir şey yoktur. Antolisei, bu tarz düşünişü kuvvetlendirmek için şöyle bir misâl vermektedir: hasmını büyü yaparak veya sihire başvurmak suretiyle öldürmeğe kalkışan kimsenin fiilinin, mağdurun anormal psikolojik veya sağlık durumu yüzünden başarıya ulaşması bazen mümkün olabilir (19).

Şu hususu da hemen belirtelim ki, tehlike konusunda, matematik ve istatistik bir ihtimal kavramı da reddolunmaktadır. Siniscalco'ya göre, tabiat olayları, sayı ile değerlendirmeye elverişli olmadıkları gibi, matematik-istatistik bir ihtimaliyet anlayışı, ceza hukukunun önleme fonksiyonunu tamamen etkisiz bırakacak sonuçlara götürebilir. Zira, bu takdirde, hareketin başarıya ulaşmaması ihtimallerinin, ulaşması ihtimallerinden bir fazla olduğu her olayda, hukuken önem taşımayan bir durumun varlığını kabul etmek gerekecektir. Oysa, suç sayılan hareketlerin önemli bir kısmı, olumlu bir sonuca ulaşma ihtimalinin, mümkün neticelerin sayısından az olduğu hallerde icra edilirler (20). Şu hâlde, hukuken korunan menfaatin ihlâlüne ilişkin önemli sayılabilecek bir ihtimalin varlığı halinde tehlikenin mevcut olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Ancak, bu tehlikenin mevcut olup olmadığı neye göre tesbit edilecek, ne zaman tehlike vardır, ne zaman yoktur denilebilecektir? Bu soruya verilecek cevap, hareketin, hukuken korunan hak veya menfaati ihlâl, yani, suç sayılan neticeyi meydana getirme iktidarı olduğunu söylediğimiz elverişlilik problemini de çözümleyecektir. Konunun önemi aşikârdır: hareketin, tehlikeli, dolayısıyla, elverişli olduğu tesbit edildiği takdirde fail cürme teşebbüsten so-

---

(18) SINISCALCO. op. cit. s. 137 - ANTOLISEI. id. Tehlikeyi «imkân» kavramıyla izah edenler arasında bk. ROCCO, A. L'oggetto del Reato e della Tutela Giuridica Penale, Torino, 1913, s. 306. - FIORE. op. cit. s. 90.

(19) ANTOLISEI. op. cit. s. 162.

(20) SINISCALCO. op. cit. s. 137-8. - Keza: NEPPI-MODONA, op. cit. s. 156-7.

rumlu tutulup cezalandırılacak, aksi takdirde, benimsenmiş bulunan sisteme göre, ya cezasız kalacak, ya yalnız emniyet tedbirlerine tabi tutulacak yahut, hakkında hafifletilmiş bir ceza tayini yoluna gidilecektir.

Burada, tehlikeyi, fâilin kişiliğinin arzettiği korkunçluğa bağlayan ve cezalandırılabilir bir teşebbüs fiilinin varlığı için, suç işleme iradesini haricileştiren herhangi bir davranışı, hareketi kâfi gören sübjektif anlayış üzerinde tekrar duracak değiliz. Esasen, hatırlanacağı gibi, sübjektivistlere göre, elverişlilik problemi hiç bir güçlük taşımaz. Çünkü, fail tarafından elverişli sanılan her harekette bu niteliğin bulunduğu kabûl edilir (21).

#### 49. Klâsik Nazariye (Objektif Nazariye) :

İtalyan, Alman ve Fransız ceza hukukçuları tarafından ortaya atılıp (22) artık terkedilmiş bulunan bu nazariyenin savunucularına göre, elverişliliğin mevcut olup olmadığını tesbit edebilmek için, gerek vasıtaları gerek mevzuları birbirinden ayırmak ve bunları da kendi aralarında mutlak (veya mücerret) ve nisbî surette elverişsiz ve elverişli diye ikinci bir ayrıma tabi tutmak lâzımdır (23). Failin, kullandığı vasıtalarla, hedefine ulaşmasına hiç bir veçhile imkân yok ise, yani, vasitanın içkin nitelikleri sebebiyle illî bir etkenliği mevcut değilse, vasıtada «mutlak» veya «kesin» bir elverişsizlik söz konusudur Öldürülmek istenen mağdura, arsenik sanarak şekerli bir madde verilmesi, büyücülük yaparak bir kimseyi öldürmeğe çalışmak gibi olaylarda vasıtadaki elverişsizlik mutlak ve bu takdirde cezalandırılabilir bir teşebbüs değil, işlenemez bir suç vardır. Buna karşılık vasıtalar, aslında kanunun suç saydığı neticeyi meydana getirme iktidarına sahip buldukları hâlde, olaya has bazı nitelik ve şartlar yüzünden bu iktidarlarını yitirmişlerse, vasıtaların nisbî surette elverişsiz olduklarından bahsedilir. Zehirin öldürücü dozda kullanılmaması, demir zırh giymiş bir kimseyi bıçakla öldürmeğe kalkışmak gibi olaylardaki elverişsizlik nisbidir ve failleri teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılır.

(21) Bk. Yuk. n. 31.

(22) Ezcümle, ROMAGNOSI, CARMIGNANI, MITTERMAIER, ROSSI. Bk. yuk. d. n. 46.

(23) Klâsik-objektif Nazariyeye genel bir bakış için bk. : SCARANO. op. cit. s. 145 ve mü. - MEZGER. op. cit. s. 410-11. - FLORIAN. op. cit. s. 472-3. - FERRI, Principil... s. 545. Münferit görüşler için bk. PELUSO-CASSASE. op. cit. s. 23, n. 14 ve mü.

Bu görüşlerden çıkacak sonuç şöyle özetlenebilir : Failin kullandığı vasıta ile hiç bir zaman ve hiç bir şart altında neticenin meydana gelmesine imkân yoksa, elverişsiz bir vasıta ve işlenemez bir suç vardır. Buna karşılık, vasıta, kullanılış tarzı, mevzu veya suçun pasif süjesinden gelen sebepler yüzünden neticeye götürememişse nisbi surette elverişli bir vasıta ve cezalandırılabilir bir teşebbüs söz konusu olur.

Bu durum karşısında, meselâ, mağduru, kürdan veya boş mermiyle doldurulmuş bir tüfekle öldürmeğe kalkışan bir kimse vasıtaadaki mutlak elverişsizlikten ötürü işlenemez bir suç irtikâp etmiş sayılmalı; dolu bir tüfekle, tüfeğin menziline daha uzakta bulunan bir kimseye ateş eden yahut bir maymuncukla çok sağlam bir kilidi açmağa çaba gösteren fail ise, kullandığı vasıta genellikle elverişli olduğu, fakat, o olayın özel şartları yüzünden elverişsiz hale geldiği için teşebbüs sebebiyle cezalandırılmalıdır (24), (25).

#### 50. Nazariyenin Tenkidi :

Klâsik nazariye, elverişlik problemini çözümlenmek amacıyla ortaya atılan nazariyelerin belki en çok tenkid edilenidir. Nazariyeye karşı ileri sürülen en önemli tenkit şudur : elverişlilik soyut olarak mutlak ve nisbî diye bir ayrıma tabi tutulamaz. Başka bir deyişle imkânsızlık derecelendirilemez. Eğer bir vasıta, somut bir olayda etkisiz kalmışsa, bu keyfiyet, onun o olay ve şartlar bakımından mutlak surette elverişsiz olduğunu gösterir. Zira, böyle bir hareketin aynı şekilde ve aynı şartlar altında ne kadar tekrarlanırsa tekrarlanırsa, hedef ittihaz edilen neticeyi meydana getirmesine imkân yoktur (26). Hareket (veya vasıta) soyut olarak mütalea edildiğinde «elverişlidir» veya «elverişsizdir» denilemez. Hareket, somut olayda gayesine göre değerlendirileceğinden, soyut açıdan elverişli görünen bir hareketin, somut olayda elverişsiz hale gelmesi veya bunun aksinin vukuu mümkündür (27). Meselâ, oyuncak ta-

(24) Misâller FIORE'nindir. op. cit. s. 96-97.

(25) Klâsik Nazariye'nin, suçun mevzuunda da nisbi-mutlak elverişsizlik ayrımını yaptığını belirtmiştik. Nazariye taraftarlarının bu husus hakkındaki fikirleri, bu bölümün üçüncü başlığında «Mevzuun Yokluğu» konusu incelenirken ele alınacaktır.

(26) FERRI, op. cit. s. 531-2.

(27) MANZINI, op. cit. II, s. 456. - FIORE, op. cit. s. 97. - VANNINI, Reato... s. 191, - SCARANO, op. cit. s. 148-9.

banca ve kalomel soyut olarak mütalea edildiklerinde içkin nitelikleri itibarile adam öldürmeğe elverişli değillerdir. Ancak, oyuncak tabanca, ağır sapının vurucu bir silâh şeklinde kullanılması halinde ve kalomel de, bir miktar tuzla birlikte verildiği takdirde öldürücü etki husule getirebilirler. Öte yandan, elverişlilik ve elverişsizliğin soyut olarak tayininde hukuk şuurunun kabul edemeyeceği sonuçlara varmak gerekecektir. Gerçekten bu takdirde meselâ, şeker hastası olduğunu bildiği bir kimseye, onu öldürmek kasdıyla şeker veren bir faili, teşebbüsten ötürü sorumlu tutmağa imkân olamaz. Çünkü, şeker soyut olarak zararsız bir maddedir (28). Kısacası elverişliliğin ve elverişsizliğin, mutlak-nisbî diye ikiye ayrılmağa tahammülü yoktur. Elverişlilik ya mevcuttur yahut değildir (29).

Bundan başka, nazariye, elverişsizliğin mutlak veya nisbî olmasına göre, teşebbüsün cezalandırılması veya cezalandırılmamasının sebebini de izahtan aciz kalmaktadır (30). Kaldı ki, vasıtada mutlak elverişsizlik, hiç bir olayda, hiç bir şart altında ve hiç bir istisna kabul etmeksizin vasıtanın neticeyi meydana getirmeğe muktedir olmaması şeklinde anlaşıldığı takdirde, işlenemez suçun alanının aşırı bir şekilde sınırlandırılmasına karşılık, cezalandırılabilir teşebbüsün alanı, cezalandırmada güdülen amaçlarla çatışacak derecede genişler. Çünkü, pratikte başarı ihtimalinin peşinen bertaraf edilebildiği haller pek cüz'î bir seviyede kalırlar (31).

Klâsik nazariye bir de şu gerekçeyle tenkit edilmiştir : Bu tenkidi ileri süren ve elverişlilik konusunda kendine has bir sistemi olan Scarano'ya göre, Klâsik Nazariye, vasıtaların gayeye ulaşmağa elverişliliği ile hareketin zararlı veya tehlikeli bir netice doğurmağa salih (adeguato) olup olmamasını bir tek meseleymiş gibi mütalea etmekle hâtaya düşmüştür. Yazar, bu hâtanın, bütün doktrin bakımından ortak olduğuna inanır (32). Mumaileyhe göre, doktrinin

(28) SCARANO. op. cit. s. 149.

(29) VALSECHHI. op. cit. s. 4.

(30) SCARANO, op. cit. s. 148-9.

(31) SINISCALCO. op. cit. s. 146, 137. Aynı mahiyette : SCARANO. op. cit. s. 149-50. Yazara göre, nisbî elverişsizlik halinde teşebbüsün mevcudiyeti kabul edildiği için, hareketten bir tehlike doğup doğmayacağına peşinen bilinebilmesine rağmen, meselâ, uzak mesafedeki bir kimseye kısa namlulu bir silâhla vaki atışın ceza görmesi doğru değildir

(32) SCARANO. op. cit. s. 148, 202.

hatâsı, meselâ hasmını su içirerek zehirlemek isteyen kimsenin hareketiyle, bir ölüyü bıçaklayan kimsenin davranışını «hareketin elverişsizliği» gibi ortak bir başlık altında birleştirmesidir. Oysa, burada, biribirinden tümünden ayrı ve farklı değerlendirmelere tabi tutulmaları gereken iki vetire söz konusudur. Birinci misâlde vasıta elverişsiz olduğu hâlde, ikincisinde elverişli bir vasıta kullanılmıştır; ancak hareket ölüm neticesini doğurmağa salih değildir (33). Bir hareketin cezalandırılabilmesi için somut bir tehlike veya zarar doğurması gerektiğini belirtmek başka bir şey, bir vasıtanın, fâilin hedef ittihaz ettiği amaca ulaşmağa ne zaman elverişli sayılacağını tesbit etmeğe çalışmak başka bir şeydir. Her şeyden önce, cürme yönelen vasıtanın elverişli olup olmadığını tayin etmek, failin, kullandığı vasıtalarla gayesine ulaşabilip ulaşamayacağını tesbit eylemek, ondan sonra da, hareketin somut şartlar karşısında tehlikeli veya zararlı neticeyi husule getirmeğe elverişli olup olmadığını araştırmak lâzımdır. Bu araştırmalardan birincisi, ikincisinin ön şartıdır; fakat, bunlar aynı şeyler değildir (34). Yani vasıtanın elverişliliği ve hareketin uygunluğu (salih oluşu) ayrı usûl-lere göre ve biribirini takiben yapılacak mantık işlemleri sonunda tesbit edilebileceklerdir. Bu sebeptendir ki, vasıtanın elverişsizliğinin tesbiti halinde, artık hareketin uygunluğunu araştırmaya lüzum olmamasına rağmen, vasıtanın elverişli olduğu anlaşılmış olsa bile, bunun akabinde, hareketin tehlikeli veya zararlı neticeyi meydana getirmeğe salih olup olmadığı araştırılacaktır (35). Binaenaleyh, vasıtaların elverişli olmasına rağmen, hareketlerin uygun olmaması mümkündür.

### 51. Manzini'nin Yetersizlik (= insufficienza) Nazariyesi :

Vasıtada nisbî-mutlak elverişsizlik esasının, elverişlilik, dolayısıyla, cezalandırılabilir teşebbüsün varlığı konularının doyurucu bir çözüm tarzına bağlanmasını sağlamadığını gören Manzini, yanlış anlamalara ve karışıklıklara yer vermeyecek yeni bir ölçünün aranması gerektiğini ve bu ölçüsünü, elverişlilik ile yetersizliğin

---

(33) SCARANO. op. cit. s. 164.

(34) SCARANO. op. cit. s. 164.

(35) SCARANO. op. cit. s. 171.

(= insufficienza) biribirinden ayrılmasında bulunabileceğini ileri sürmüştür (36).

Manzini'ye göre, bir cürme iltibasa yer vermeyecek şekilde yönelmiş olmasına rağmen, somut olayda, cürmî hedefe ulaşırması imkânsız olduğu gibi, failin suç işleme iradesinin gerçekleşmesi bakımından tabii ve zorunlu engel teşkil eden vasıta elverişsizdir. Başka bir deyişle, failin, etkili bir tarzda faaliyet göstermek iradesine rağmen, kullandığı vasıta dolayısıyla neticenin vukuunu bizzat önlediği her olayda, elverişsiz bir vasıta ve işlenemez suç (yazar elverişsiz teşebbüs diyor) söz konusu olur (37). Elverişsizlik, olay sırasında karşılaşılan veya sonradan husûle gelen tesadüfi veya iradî engellere göre veya amacın gerçekleştirilememiş olmasına bakılarak değil, bilâkis, failin, hareketi vücûda getiriş tarzına bakılarak tayin edilmek gerekir. Fail, fizik illiyet kanunlarında yanılmış yahut tesadüfün sevkiyle, yanlış bir vasıta seçmiş ise, vasıtanın elverişsiz olduğu kabul edilecek, buna mukabil, vasıtanın kullanış şekline ilişkin yanılmalar, onun elverişliliğine etkide bulunmayacaktır.

Değerlendirme bu esaslardan hareketle yapılacağı cihetle, hasmını büyü yaparak veya batıl inançların yardımıyla bertaraf etmek isteyen, zararsız bir maddeyle zehirlemeye kalkışan, bir kadına, çocuğunu düşürmek maksadile zararı olmayan bir takım nebatî sular içiren veya bir miktar unu, mağdura zehir zannıyla veren, dolu zannıyla boş bir tüfeği, karşısındakine tevcih eden kimsenin kullandığı vasıtanın elverişsiz olduğu sonucuna varılacaktır (38). Yalnız, suç işlerken aynı anda birden fazla vasıta kullanıldığı takdirde, bunların birinin elverişsiz olmasının, ötekilerinin elverişliliğine, prensip itibariyle bir etkisi yoktur. Meğer ki, bunların tamamını bertaraf edecek güçte olsun. Ancak, hareket, başlangıçta elverişli ise, sonradan etkide bulunan bir sebep, neticenin vukuunu önlese bile, failin teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir (39). Bu sebeple, bir kimseye tehdit mektubu göndererek para sızdırmak isteyen

(36) MANZINI. Trattato., II, s. 456 ve mü. - VALSECHHI (op. cit. s. 106 ve mü.) - ve SALT-TELLI - ROMANO. (op. cit. I, P. 1, s. 291). Manzini'nin görüşünü paylaşmaktadırlar. Valsechhi'ye göre, bu ayrım ilk kez CRIVELLARI (II Codice Penale Interpretato, IV, 59) tarafından yapılmıştır. Bk. op. cit. s. 106.

(37) MANZINI. Trattato., II, s. 456.

(38) MANZINI. Trattato., II, s. 456-7.

(39) MANZINI. Trattato., II, s. 458-9.

fail, polis durumdan haberdar edildiği ve torbaya para yerine paçavra kâğıt konulduğu için, emeline erişmeden yakalansa, cezalandırılacaktır.

Manzini'nin, elverişsizlikten, vasitanın, illî iktidardan tamamen yoksun olmasını kastedtiği böylece anlaşılmıştır. Yazara göre, vasitanın yetersizliği, somut olayda, hedefe ulaşmağa yetecek gücün yokluğunu ifade etmesiyle elverişsizlikten ayrılır. Vasitanın yetersizliği, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmasına mani değildir. Çünkü, hareketin, zararlı veya tehlikeli bir sonuca götürme- siin kayıtsız şartsız bertaraf etmeyip, suçun tamamlanması bakımından geniş bir ihtimâle yer verir (40).

Vasitanın yetersizliği, nitelik, nicelik veya kullanım tarzına ilişkin sebeplerden doğar. Nitelik veya nicelikten doğan yetersizlik, barutun kalitesinin kötü oluşu, zehirin koku veya lezzetinin özelliği yahut dozunun azlığı, neticeye varılabilmesi için başka vasıtaların da kullanılması zorunluluğu gibi o b j e k t i f; dolandırıcılıkta pek kaba, aşikâr bir sania, belli bir kişi karşısında etkisiz kalacak derecede isabetsiz seçilmiş bir tehdit vasıtası gibi s ü b j e k t i f sebeplere dayanabilir. Kullanmayla ilgili yetersizlik ise, kısacası ehliyetsizlik anlamını taşır. Bu çeşit yetersizlik, kullanılması uzman olmağı gerektirecek kadar karışık olmadıkça, elverişsizlik sonucunu doğurmaz (41). Bu misâllere bakarak, y e t e r s i z l i k kavramının, n i s b î elverişsizlik kavramıyla eş anlamlı olarak kullanıldığı zannedilmemelidir. Zaten, mutlak elverişsizlik değil, yalnız elverişsizliği kabûl eden Manzini, yetersizliğin, nisbî elverişsizlik demek olmadığını açıkça ifade etmiş bulunmaktadır (42).

(40) İTMK. 19 Şubat 1957, Gius. Pen. 1957, II, 758 (Zikreden : MANZINI. Trattato., II, s. 461, d. n. 23).

(41) MANZINI. Trattato., II, s. 461-2. - VALSECHHI. op. cit. s. 110-11. - SABATINI. (op. cit. s. 462)'nin yetersizlik hakkındaki anlayışı Manzini'ninkinden farklıdır. Sabatini'ye göre, yetersizlikten maksat, meselâ, öldürmek için kullanılan zehirin dozundaki azlık ise failin cezalandırılması doğru olmaz. Çünkü, bu takdirde, somut şartlar bakımından neticenin vukuu mutlak surette imkânsızdır. Eğer, söz konusu kavramla kasdolunan husus, meselâ, barutun kalitesinin kötü olması yahut zehirli maddenin, lezzet veya kokusundan farkedilmesi ise, olayların birincisinde, barutun kalitesinin infilâk imkânını tümünden kaldıracak nitelikte mi, yoksa, az da olsa başarı ihtimaline yer verici nitelikte mi olduğu araştırılmalı, ikinci hâlde ise başarısızlık kadar başarının da muhtemel olduğu, yani, mağdurun, lezzet ve kokudan endişeye kapılmaksızın zehirli içmesinin mümkün olduğu düşünülmalıdır. Manzini'nin düşüncesini destekleyici mahiyetteki İTMK için bk : Trattato., s. 461-2, d. n. 23-25.

(42) MANZINI. op. cit. s. 461.

## 52. Nazariyenin Tenkidi :

Manzini'nin yetersizlik nazariyesi de elverişlilik problemini tatmin edici bir çözüm tarzına bağlayamamıştır. Her şeyden önce şunu söylemek icap eder : mademki vasıtanın elverişli olup olmadığı hakkındaki hüküm soyut olarak değil, somut fiili verilere göre tayin edilecektir, Manzini'nin, elverişsiz olduğunu kabul ettiği vasıtalar kadar, yetersiz dediği vasıtaların da elverişsiz olacakları sonucuna varmak gerekir. Unlu maddeyle, cüz'î dozda verilen zehir arasında, somut olayda ölüm neticesini doğurmağa elverişsizlikleri bakımından hiç bir fark yoktur (43). Fiore'ye göre, hasmın öldürülmesi için yapılan bu hareketlerin her ikisinde de, iradenin yönü, seçilen yol (zehirleme), vasıtanın seçimindeki yanılma ve zararlı neticenin vukuu imkânsızlığı aynı olduğu cihetle, elverişsizlik -yetersizlik arasındaki farkı gösterebilecek bir ölçü mevcut değildir (44). Belki böyle bir ölçü, elverişlilik konusunda soyut bir genellemeye başvurulduğu takdirde bulunabilir. Ancak böyle yapılacak olursa, elverişsiz vasıta-yetersiz vasıta ayrımı, mutlak-nisbî elverişsiz vasıta ayrımıyla eşanlamlı olacak ve aynı tenkitlere cevap vermek zorunda kalacaktır (45).

Kaldı ki, Manzini tarafından yetersiz, dolayısıyla, cezalandırılabilir olduğu kabul edilen hareketlerin aslında elverişsiz hareketler arasında yer aldıklarını söylemek de mümkündür. Bir tüfeğin, çok uzak bir mesafedeki kimseye karşı kullanılması halinde keyfiyet bu merkezdedir (46). Bunun aksi de varit, yani, ilk nazarda elverişsiz sanılabilen bir vasıtanın, cezalandırılabilir bir teşebbüse vücüt vermesi mümkündür. Meselâ, bir bebeği, bingıldaktan sokulacak bir kürdan ile öldürmek imkân dahilinde olabilir (47).

Manzini'nin getirmek istediği sistemin, bir başka sebeple, cezalandırılabilir teşebbüsün alanını haksız yere genişletebileceği de ileri sürülmüştür. Böyle düşünenlere göre, elverişsizlik -yetersizlik ayrımı esas alındığı takdirde suçun maddî mevzuunun veya pasif süje-

---

(43) SCARANO. op. cit. s. 154. - FIORE. op. cit. s. 101.

(44) FIORE. op. cit. loc. cit.

(45) SCARANO. op. cit. loc. cit. Keza : VANNINI. Problema... s. 73.

(46) ANTOLISEL. op. cit. s. 345. - SCARANO. id.

(47) Misâl PANNAIN'indir. op. cit. s. 419-20.

sinin bir zarara mâruz kalmasının imkânsız olduğu olaylarda bile, teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Çünkü, mumai-leyh, vasitanın yapısı bakımından elverişli olduğu anlaşıldığı takdirde, suçun pasif süjesinin muhtemel bir elverişsizliğinin önemsiz olduğu kanısındadır. Oysa, Manzini, normal olarak elverişsiz sayılan bir vasitanın, somut olayda istisnâî bir şekilde kasdolunan sonucu meydana getirmesi (mes., şeker hastası olduğunu bilmediği bir kimseye, öldürmek niyetiyle ve zararlı bir madde olduğu kanısıyla şeker verilmesi ve mağdurun ölümü) halinde sorumluluğu kabûl etmektedir. Ancak, sisteminin temelinde yatan mantığı sonuna kadar götürseydi, somut olayda etkisiz kalan elverişli bir vasıta (bağışıklığı olan bir kimseye zehir vermek) nın, cezalandırma sonucunu tevlihd edeceğini kabûl ettiği gibi, bunun aksi ihtimâlde de, yani, normal olarak elverişsiz vasitanın somut olayda istisnâî bir etkenlik göstermesi halinde cezasızlığı kabûl etmesi gerekirdi (48).

Kanaatımızca, Manzini'nin sisteminin, kabulü imkânsız olan sonuçlara götürmesinin en önemli sebebi, bir kül olarak hareketi değil de, suç vasıtalarını, elverişlilik hakkındaki hükme mesned ittihaz etmesidir. Bu yüzden, mutlak-nisbî elverişsizlik ayırımına dayanan görüşlere yeni hiç bir şey katamamış ve kurmak istediği sistem, şiddetle eleştirdiği eski görüşlerde terminolojik bir değişiklik yapmaktan öteye gidememiştir (49), (50).

### 53. Somut Tehlike Nazariyesi (51) :

Bu âna kadar nakledegeldiğimiz mülâhazalar, olayların somut bir şekilde değerlendirilmesine dayanmayan görüşlerin, elverişlilik problemini çözmeğe muktedir olmayacağını göstermişlerdir. Dokt-

---

(48) FIORE. op. cit. s. 99-100. Yalnız şu hususu istidraten belirtelim ki, biz, Fiore gibi düşünmüyor, meselâ, bağışıklığı olan bir kimseye zehir veren bir kimsenin adam öldürmeğe teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiğini sanıyoruz. Bk. 3. Bölüm. 3. Başlık.

(49) Bk. SINISCALCO. op. cit. s. 146.

(50) Manzini'nin fikirlerinin tenkidi konusunda bk. keza : CONCI. s. 166.

(51) Bk. ANTOLISEI. op. cit. s. 346 ve mü. - VANNINI, Problema... s. 53 ve mü. ID. Reato Impossibile. s. 190 ve mü. - SINISCALCO. op. cit. s. 156 ve mü. - BETTIOL. op. cit. s. 408 ve mü. - FIORE. op. cit. s. 95 ve mü. - SABATINI. op. cit. II. s. 39 ve mü. - L'INNOCENTE. op. cit. s. 1090 ve mü. - MASSARI. op. cit. s. 178 - PANNAIN. op. cit. s. 457 - 8. - V. LISZT. op. cit. s. 312 ve mü. - NEPPI MODONA. op. cit. 4. Bölüm, n. 10. Bunlardan başka FIORE. op. cit. s. 95, d. n. 29'da zikredilen diğer yazarlara bk.

rinin, nisbî, mutlak elverişsizlik, yetersizlik gibi ölçüleri bir tarafa bırakarak, vasitanın değil, failin yaptığı hareketin tümünün, belli bir olayda tehlike arz edip arzetmediğinin aranması gerektiği fikrine yönelmesinin de sebebi budur (52).

Menşesini büyük ceza hukukçusu Carrara'nın ortaya attığı «*pericolo corso - gerçek tehlike*» esasında bulan nazariyenin (53) savunucularına göre, bir hareketin elverişli, dolayısıyla, tehlikeli olup olmadığını anlayabilmek için olayla ilgili bütün somut şartların gözönünde bulundurulması gerekir.

Ancak bu gerçek tehlikeyi iki şekilde anlamak mümkündür : ya o olayda bilfiil gerçekleşmiş durumlar esas alınır ve bunların hukuken korunan hak veya menfaat bakımından bir tehlike arzetmediği araştırılır yahut hareketin başladığı anda mevcut somut bütün şartlar nazara alındıktan sonra, bu şartlar altında icra edilen hareketten zararlı veya tehlikeli bir neticenin meydana gelebilip gelemeyeceği, başka bir deyişle, hareketin bir tehlike potansiyeli taşıyıp taşımadığına bakılır.

Bu anlayışlardan birincisine göre, tehlikelilik hareket işlendikten sonra gerçekleşmiş durumlara bakılarak, yani, *ex post* tayin edilecektir. Ancak, bu şekilde hareket edildiği takdirde, hiç bir zaman, hareketin tehlike arz etmiş olduğu sonucuna varılamaz. Çünkü, teşebbüs müessesesinin tabiatında, zararın yokluğu içkin bir unsur olarak mevcuttur. Tabii illiyet kurallarına bağlı kalındığı takdirde, zarar vermemiş olan bir hareketin başlangıçtan itibaren tehlikesiz olduğunu kabûl etmek gerekir. Bir yazarın dediği gibi, bir durumun hem zarar tehdidi taşıması hem de aynı zamanda tehlikesiz olması kabili tasavvur değildir (54).

Demek ki teşebbüste tehlikeliliğin mevcut olup olmadığını araştırmak için, olayda bilfiil gerçekleşmiş olan durumlar nazara alındığı takdirde, hareketlerin elverişsiz oldukları sonucuna varmak gerekecektir. Zira, elverişli, dolayısıyla tehlikeli olsalardı, netice meydana gelirdi (55). Şu hâlde, teşebbüste ve işlenemez suçta, elveriş-

(52) Aksi fikir için bk. VALSECCHI. op. cit. s. 94 - L'INNOCENTE. op. cit. s. 1096.

(53) CARRARA, Grado della Forza Fisica nel Delitto, Opuscoli, I, IX, § 8, s. 356 ve mü. Bk. keza : aşağıda, d. n. 59.

(54) FIORE. op. cit. s. 94.

(55) ANTOLISEL op. cit. s. 345. - FIORE. op. cit. loc. cit.

lilik yahut elverişsizliğin tayin ve tesbiti bakımından araştırılacak somut tehlike, bu anlamda bir somutlukla ilgili değildir (56). Ancak, bununla elverişliliğin, hareketin yapıldığı andan önceki bir anda uygun illiyet kurallarına göre soyut ve genel bir şekilde tesbit edileceği, yani, hareketin, genel olarak, neticeyi doğurma iktidarına sahip bulunup bulunmadığının araştırılacağı ve elde edilecek sonucun olumlu veya olumsuz olmasına göre bir hüküm verileceği zanedilmemelidir (57). Böyle bir hareket tarzıyla, yukarıda reddolunan nazariyelerden farklı bir sonuca varılamazdı (58).

Nazariye taraftarlarının kastedtiği somut tehlike, yukarıda işaret olunanların ikincisidir (59). Yani, hareketin yapıldığı âna gidilerek, o zaman mevcut somut bütün şartlara göre tehlikenin mevcut olup olmadığı araştırılacaktır. Tabii, bu zihni ameliye yapılırken, her türlü soyutlaştırmadan mümkün mertebe kaçınmak, araştırmayı somut şartlardan uzaklaştırmamak lâzımdır. Başka bir deyişle, elverişlilik konusunda bir hükme varabilmek için, kabili tahmin ve bilinebilir olmaları kaydıyla, aralarında gaî açıdan ve siyak ve sibak itibarıyla bağlantı bulunan bütün hareketlerle bunlardan önce veya sonra meydana gelen yahut bunlarla hem zaman olan bütün şartlar gözönünde tutulacaktır.

Bu nazariyenin gerekçesi, elverişliliği, soyut bir takım esaslara göre tayin etmeğe çalışan görüşlerin reddi sadedinde ileri sürülen mülahazalarda (60). bulunabilir : «Eğer teşebbüs, hukuken korunan hak ve menfaatin tehlikeye maruz bırakılması ve teşebbüs-teki netice, belli bir ânda bilfiil mevcut olmuş, gerçek bir tehlike ise, bu tehlikenin varlığı, vasıtaların soyut elverişliliğinin değerlendirilmesiyle değil, fakat, somut bir beşerî davranışın ve onu çevreleyen şartların değerlendirilmesiyle tesbit olunabilir» (61).

Böyle bir değerlendirme nasıl yapılacaktır ? Şunu hemen belirtelim ki, nazariye taraftarlarının, gerek bu değerlendirmeyi ya-

(56) ANTONISEI. op. cit. s. 345 - 6 - SINISCALCO. op. cit. s. 156, 144.

(57) BETTIOL. op. cit. s. 408.

(58) SINISCALCO. op. cit. s. 145 - 6 - FIORE. op. cit. s. 95.

(59) CARRARA da, bu görüşte olduğunu açıkça belirtmiştir. Le Reminisceuze di Cattadra e Foro, 1883, s. 313 ve mü. (Zikreden : FIORE. op. cit. s. 94, d. n. 28).

(60) Bk. Yuk. n. 49 ve mü.

(61) VANNINI. Problema., s. 54.

parken gerekse bundan çıkardıkları sonuçlar bakımından aynı esaslara bağlı kaldıkları söylenemez. Hepsinin birleştikleri temel nokta, elverişlilik hükmünün, *ex ante*, yani, hareketin yapılmasından sonraki durum ve şartlara göre değil, harekete geçildiği anda kabili tahmin ve bilinebilen şartlara göre verilmesi zorunluluğudur. (*prognosi postuma*).

54. Vannini'ye göre (62) bu temelden hareketle, hareketin elverişliliğinin tayini ameliyesinde şöyle bir yol ve muhakeme tarzı izlenecektir : Vannini, hukuken korunan hak veya menfaate yönelmiş bir hareketin, tehlikeliliği konusunda evrensel olarak geçerli, kesin ve uygun bir hükme varabilmek için önce, belli bir hareketi veya hareketler serisini ve bunun içinde cereyan ettiği şartların araştırılıp tesbit edilmesi, bu hareket veya hareketlerin belli bir sonucu doğurmak iktidarına sahip olduklarının objektif tecrübelerden elde edilen bilgilerle anlaşılması ve somut olayda, söz konusu neticenin meydana gelmesini kesinlikle önleyici şart ve sebeplerin mevcut bulunmaması veya mevcut olmalarına rağmen bu hususun *a priori* bilinmesinin imkânsız olması gerekir. Ancak, böyle bir şartın varlığının, bir tek kişi tarafından dahi bilinmesinin, öğrenilmesinin mümkün olduğu hâllerde, hareketin elverişli olmadığı kabûl edilmelidir. Buna karşılık, hareketin başladığı anda böyle olumsuz bir şartın varlığı bilinemiyorsa, meselâ, mağdura verilen zehir, pasif süjenin fevkalâda dayanıklılığı yüzünden etkisiz kalmışsa, zararlı neticenin doğmamış olmasına rağmen, hareket elverişli sayılacaktır.

Yazar, devamla, tecrübelerimizin, elverişlilik hakkında verilecek hükme nasıl etkide bulunacaklarının izahına geçmekte ve demektedir ki : Tecrübelerimiz, meselâ, arsenik'in belli bir ( $x$ ) dozunun, kuvvet verici bir etkide bulunduğunu bize öğretmiştir. Bunun yanında, aynı zehirin ( $x + y$ ) nisbetindeki bir dozunun ölümlü tevlid edeceğini de biliriz. Bu durum karşısında, eğer fail, arseniğin ( $x$ ) dozunu, öldürme kasdıyla bir üçüncü kişiye verecek olursa, bu hareketinin, onun suç işleme kapasitesini göstermekten başka bir rolü olamaz. Yani bu takdirde, tehlikeli bir hareketin yapılmış olduğu söylenemez. Zararsız bir maddeyi, zehirlenmek kasdıyla bir başkasına veren kimsenin hareketinin de bundan farkı yoktur. Hatta, mutasavver mağdur, olaydan sonra durumu öğrenip heyecan-

(62) *ID.* s. 64 ve mü.

lanarak endişeye kapılmış olsa, yani, bir tehlike duygusunun etkisi altında kalsa bile, netice değişmez. Çünkü, hareket, başkaları üzerinde, husûle getirdiği etki sebebiyle değil, tecrübemizin, belli şartlar ve sebeplerin birleşmesi halinde hareketin zararlı sonuca bağlanabileceğini göstermesinden ötürü tehlikelidir. Binaenaleyh, dolu olduğuna inandığı bir silâhlı, öldürmek kasdıyla hasmına çeviren ve tetiğine basan kimsenin de, ufak saçmalarla doldurulmuş bir silâhlı, menzil dışındaki bir kimseye doğrultup ateşleyen kimsenin de elverişli hareketlerde bulunmuş olmadıkları kabul edilmelidir. Çünkü, birinci olayda, silâh gerektiği gibi doldurulmamış, ikincisinde mesafe çok uzak olduğu ve bu iki hususun hareketten önce bilinmesi, öğrenilmesi mümkün olduğu için somut bir tehlikenin meydana geldiği söylenemez. Eğer mermi, meselâ, (rüzgâr sebebiyle) inhiraf yüzünden isabet etmemiş olsaydı durum değişirdi. Çünkü, böyle bir engelin önceden araştırılıp soruşturulmasına imkân yoktur. Öte yandan, tehlikenin mevcudiyeti bir kez tesbit olunduktan sonra, bunun derecesinin, verilecek hükme etkisi olmaz. Hafif bir tehlike bile, teşebbüsün varlığı için kâfidir. Yeter ki, zararlı neticenin husûle gelmesi, yalnız mümkün değil aynı zamanda muhtemel de olsun.

Yazar, bu araştırmanın bazı esaslara bağlı kalınarak yapılması gerektiği fikrini savunmuştur (63): Bir kere tehlikeli olup olmadığı araştırılacak hareket bir icra hareketi olmalıdır. İcra hareketleri tehlikesiz iseler, hazırlık hareketlerinin tehlike arzemiş olmalarının önemi yoktur. Bu sebeple, fail tarafından bir öldürme fiilinde kullanılmak üzere hazırlanmış ve doldurulmuş olan bir tüfek, ona haber verilmeksizin boşaltılsa bu tüfekin kullanılmasını adam öldürmeğe elverişli bir hareket saymamak gerekir. Tehlike, icra hareketine ilişkin olmalıdır (64).

Bundan başka, vasita veya hareketin, illî etkisinin failin tahmin ettiği şekilde belirmesi şart değildir. Yani, fail tarafından kullanılan vasita veya yapılan hareketin somut illî etkenliğindeki bir yanılma yüzünden somut olayda etkili olması halinde sorumluluğu cihetine gidilir. Bu sebeple, meselâ; bir kimse, zararsız bir sıvıyı, bir kadının karnına, çocuğunu düşürmek için oğarak bir çok kez sürse

---

(63) VANNINI. Problema., s. 67 ve mü.

(64) VANNINI. op. cit. 67 - 8.

ve devamlı masaj yüzünden çocuk düşse, failin cezalandırılması gerekecektir. (65).

Vannini, daha sonra, hareketteki tehlikeliliğin, icra faaliyetinin tümü zarfında devam etmesinin şart olmadığını, teşebbüsün varlığına hükmedebilmek için, hareketin, gelişmesi sırasındaki her hangi bir ânda tehlikelilik taşımasının yeterli olduğunu ve «icra faaliyetinin gelişmesi» deyiminin, hareketin şeklen sona ermesinden sonra ortaya çıkan ve ona içkin olan illî ihtimâller de içine aldığını belirtmektedir (66). Buna göre, kendisine katil kasdiyle kalomel verilen bir kimse, bu madde daha vücûdundan atılmadan önce, kalomelle birleşerek zehirli bir madde yaratabilecek bir şeyler yese ve bu yüzden ölse, failin elverişli bir harekette bulunmuş olduğu sonucuna varmak gerekecektir. Yazara göre, başlangıçta tehlikeli olan bir hareketin, sonradan bu niteliğini yitirmesi takdirinde de elverişlilik kaybolmuş sayılmıyacak ve meselâ; duyduğu gürültülerden evine bir hırsızın girdiğini anlayarak kıymetli eşyasını saklayan ev sahibinin aleyhine hırsızlık suçunun işlenememesi halinde de, failin teşebbüsten ötürü sorumluluğu söz konusu olacaktır (67).

Vannini'nin, münferiden vasıtaya değil de, somut olaydaki hareketin tümüne değer verişinin bir başka sonucu, iştirâk halinde işlenen suçlarda, ortaklardan bir veya birkaçının kullanmış olduğu vasıtalarının elverişsiz olmasına rağmen, cürmü tümü bakımından elverişlilik arzettiği takdirde tamamının sorumlu tutulacaklarını kabul etmesidir (68).

Yazarın bu fikirlerini özetlemek gerekirse, denilebilir ki, hareketin elverişli olup olmadığını tayin edebilmek için, hareketin yapıldığı ânda mevcut bütün şartlar tesbit edilecek, tecrübe kanunlarından yararlanılmak suretiyle, bu şartların, kastedilen neticeye götürebilip götüremeyecekleri araştırılacak, olumlu bir sonuç alındığı takdirde, neticenin vukuunu kesinlikle önleyecek sebeplerin mevcut olup olmadıklarına bakılacak, eğer bu kabil sebepler mevcutsa ve bunların mevcudiyetini bir kişinin dahi bilmesi veya öğ-

(65) VANNINI. op. cit. 68 - 9.

(66) VANNINI. op. cit. s. 69.

(67) VANNINI. op. cit. s. 69 - 70.

(68) VANNINI. op. cit. s. 74 - 5. Yazar, İ.T.M. nin böyle bir kararından da söz açmaktadır : İ.T.M.K. 1. Sez. 11 Mayıs 1932. Bk. Annali di Dir. Pen. 1933, s. 192.

renmesi mümkün ise, hareketin elverişsiz, aksi takdirde, elverişli olduğu söylenecektir.

55. Elverişliliği somut şartlara göre tayin etmek istemesine rağmen, Vannini'nin şayanı kabul bir sistem kurmuş olduğu söylenemez. Fikirlerine karşı ileri sürülebilecek en önemli tenkit, cezalandırılabilir teşebbüsün sınırlarını oldukça dar tutmuş olması ve suçlulukla mücadele gereklerine cevap veremeyişidir. İleride, mevzuda yokluk konusu incelenirken de görüleceği gibi, yazar, hak veya menfaatin ihlâl edilmezliği, gerçek bir tehlikenin yokluğu gerekçesiyle, meselâ, elini boş bir cebe sokan yankesici, amacına, polis önceden tedbir alması yüzünden veya tahrikçi ajanın müdahalesi sebebiyle ulaşmayan fail ceza görmeyecek; ancak, hareketin başlamasından sonra elverişsiz hale gelen bir mevzu söz konusu olduğunda ceza vermek mümkün olabilecektir (69).

Öte yandan, vasıtanın, failin bilgisi dışında elverişsiz hâle getirildiği olaylarda, Vannini'nin iddiası hilâfına, tehlikeliliğin ortadan kalktığı, failden habersizce boşaltılmış bir tüfeğin, elverişsiz bir hâle geldiği söylenemez. Zira, bizzat Vannini'nin de kabul ettiği veçhile, elverişlilik hakkındaki hüküm, tecrübe kurallarının izlenmesi sayesinde verilecektir ve tecrübelerimiz, boşaltıldığı fail tarafından bilinmeyen bir tüfeğin kullanılması vakiasıyla tasarlanan zararlı netice arasında bir bağ kurmamızı mümkün kılar (70).

56. Üzerinde durduğumuz nazariye savunucularının bir kısmı, evvelce de işaret edilmiş bulunan temelden hareketle farklı sonuçlara varmışlardır. Meselâ, Liszt de, tehlikenin *ex ante* bir araştırma ile tesbit edileceğini açıkça belirttikten sonra, evvelce doldurulmuş bir silâhın, failin bilgisi dışında boşaltılması veya kasdolunan mesafeye kadar atış yapamayan bir tüfeğin kullanılması olaylarında cezalandırılabilir birer teşebbüs mevcut olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre, bunun sebebi gerek silâhın boşaltılmış, gerekse, istenen mesafeye atış yapmak iktidarından yoksun olduğu hususlarının ancak olayın inkişafı sırasında ortaya çıkmalarıdır (71).

57. Aynı akıma dahil olan Fiore'nin görüşleri ise, iddiası hilâfına cezalandırılabilir teşebbüsün sınırlarını oldukça dar çizmekte

(69) Aynı mahiyette : SCARANO. op. cit. s. 159 - 60.

(70) ID. s. 156.

(71) v. LISZT. op. cit. s. 314.

dir. Fiore şöyle düşünür : Teşebbüsün cezalandırılması söz konusu olduğunda iki yoldan birini seçmek mümkündür : ya illî bakımdan etkenlik taşıyıp taşımadıkları hususuna önem verilmeksizin, cürmî bir iradenin dış dünyadaki belirtileri niteliğindeki bütün hareketler, cezalandırılabilir teşebbüsün kapsamı içinde mütalea edilirler ve bu takdirde, elverişlilik yahut uygunluk gibi problemleri tartışmağa hacet kalmaz; ya da, ceza hukukunun çizeceği bir çizginin altında kalan bütün hareketler, cezalandırılmayan faaliyetler arasında, üstünde kalanlar ise, toplumsal ve hukukî uygarlık ile çatışma halinde bulduklarından cezalandırılabilir fiiller meyanında yer alırlar (72). Bunlardan ikinci yön seçildiği takdirde hareketlerin, somut açıdan zarar verme potansiyeline sahip bulunup bulunmadıklarına göre, ceza tayini düşünülebilecektir. Bunun için de, tipik hareketin başladığı sıradaki somut bütün şartlar nazara alınmalı ve şartların, zararlı veya tehlikeli neticenin vukuunu mümkün gösterip göstermediğine bakılmalıdır (73). Hâl böyle olunca teşebbüste tehlikelilik, ne vasıtaların içkin tabiatına ne hareketin genel uygunluğuna değil, başladığı ve devam ettiği sırada mevcut şartlara bakılarak tayin edilecek ve hareketin başlamasından önce mevcut olup mevcudiyetinin *ex ante* tesbiti mümkün olan bir sebep, hareketi tümünden faydasız, yani elverişsiz hâle getiriyorsa, kullanılan vasıtanın elverişli olsa bile işlenemez bir suç söz konusu olacaktır. Çünkü, elverişsiz hareket tipik değildir ve tipik olmayan hareketlerle tipe uygun bir fiilin icrasına bile başlanamaz (4).

Mumaileyhe göre, somut tehlikeyi esas alan bu temel görüşten hareket edildiği takdirde, cezalandırılabilir teşebbüsün alanı daraltılmış ve hukuk ve toplum şúurları ile çatışma halinde olabilecek sonuçlara varılmayacaktır. Hatta, bunun tam zıddı varittir. Çünkü, faile ceza verilmesi için, söz konusu usûl ile tesbit edilen tehlikenin muhtemel olması şart değildir; zarar husûlünün mümkün olması yeterlidir ve imkân ile imkânsızlığın derecelendirilmesi düşünülemez (75):

58. Görüldüğü gibi, Fiore de, düşünüş tarzı bakımından diğerlerine çok yakındır. Görüşlerinin ağırlık noktası, *ex ante* yapılacak

(72) FIORE. op. cit. s. 104.

(73) FIORE. op. cit. loc. cit.

(74) FIORE. op. cit. s. 109 ve mü.

(75) FIORE. op. cit. s. 112.

bir araştırmaya göre tehlikenin, yani bir zararın doğmasının mümkün olması halinde, cezalandırılabilir teşebbüsün varlığını kabûl etmiş olmasıdır. Aslında, böyle bir anlayışa uyulduğu takdirde teşebbüsün alanı çok genişler. Ancak, yazarın somut olaylarda vardığı sonuçlar bu temel iddiası ile uygunluk taşımamaktadır. Gerçekten, Fiore'ye göre, hareketin somut bir şekilde değerlendirilmesi bir kere kabûl edildikten sonra, şartlarla tesadüfî şartlara birbirinden ayırıp, ikincileri bir kenara itmek doğru olmaz. Tesadüf, gerçi, teşebbüsün karakteristik bir şartıdır; fakat, sözü edilen tesadüf, sonradan vuku bulan tesadüftür. Bu sebeple, panzehir almış bir kimseye karşı kullanılan zehirle, çelik zırh giymiş bir kimseye karşı savrulan bıçağın, tecrübelerimize göre, neticeyi meydana getirebilme iktidarına sahip oldukları söylenemez. İstisnaî bir nitelik taşıyabilirler bile, mağdurun zırh giymiş veya zehire karşı bağışıklık kazanmış olması gibi *ex ante* mevcut ve bilinebilmesi, öğrenilebilmesi mümkün zararın vukuunu kesinlikle önleyici şartlardan elverişlilik sonucuna varılamaz (76).

Öte yandan, yazar, tahrikçi ajan bahsinin ele alındığı sırada da işaret edeceğimiz gibi, tahrikçi ajanın müdahalesi ile veya durumdan haberdar olan polis aldığı tedbirlerden sonra işlenen fiillerde, tahrikçinin veya polis kuvvetlerinin müdahalesinin neticenin vukuunu imkânsız kaldığı hallerde de faille ceza verilmemesi, zira hareketin elverişsiz olduğu kanısındadır (77). Oysa, tehlike «imkân» şeklinde anlaşıldığı takdirde, bütün bu hâllerde de teşebbüsün unsurlarının varlığının kabûlü gerekir (78).

59. Tehlikelilik ve dolayısıyla elverişliliğin varlığının veya yokluğunun hareketin yapıldığı andaki şartlara bakılarak tayini gerektiği fikrinde olanlar içinde fikirleri en açık olan ve vardığı sonuçlar itibarile, ceza siyaseti gereklerini en çok karşılayan Antolisei'dir. Antolisei, nisbî - mutlak elverişsizlik esasına dayanan klâsik doktrini reddettikten sonra, yukarıda fikirlerini naklettiğimiz öteki yazarlar gibi, elverişliliğin somut bir olaydaki bütün şartların nazara

(76) FIORE. op. cit. s. 105.

(77) FIORE. op. cit. s. 117 ve mü.

(78) Yazar, eserin bir yerinde, elverişliliğin kabulü için en ufak bir imkân yüzdesinin yeteceğini söylemiştir (s. 115). Oysa, imkân ya mevcuttur ya da değildir. Bir derecelendirmeye tâbi olamaz. Nitekim, bu husus, başka bir yerde (s. 112) kendisi tarafından da belirtilmiştir.

alınması suretiyle tayini fikrinde olduğunu belirtir. Mumaileyhe göre, tabii illiyet kanunu, tabiat olayları arasında devamlı bir teselsül teakup münasebetini gerektirir. Bu itibarla, eğer dış dünyada bir olay vuku bulmuşsa «vuku zorunlu» demek, vuku bulmamışsa «bu şartlar altında vuku bulmazdı» demek lâzımdır. Neticenin husule gelmemiş olması o olay bakımından vücudu zorunlu şartların tamam olmadığını gösterir. Tabii illiyet kanunlarının bu tartışılmaz sonuçları teşebbüs konusuna da uygulanacak olursa, hiç bir olayda elverişli teşebbüsün şartlarının gerçekleştiği neticesine varılamaz. Şu hâlde, hareketin elverişli olup olmadığı hakkındaki hüküm, bilfiil gerçekleşmiş durumlara bakılarak, yani *ex post* değil, *ex ante* yapılacak bir tesbit ameliyesi sonunda verilmelidir (79).

Bu tesbit ameliyesi şu şekilde cereyan edecektir : dāvaya bakmakta olan hâkim, zihnen, hareketin yapıldığı âna gidecek ve o ânda bilinmesi mümkün olan bütün şartları göz önünde bulundurmak suretiyle hükmünü verecektir. Eğer hâkim, bu yoldan elde ettiği verilere göre hareketin, gerçekleştirilmesi istenen netice bakımından uygun olduğu sonucuna varacak olursa, elverişli de olduğunu ilân edecektir. Bu anlamda bir elverişlilik, hareketin tehlikeli olmasından başka bir şey değildir. Tehlikelilik de muhtemel oluşu tazammun ettiğine göre, failin plânının bir başarı ihtimali taşıdığı her olayda cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığına hükmolunacaktır. Hâkim, failin davranışının tehlikeli olup olmadığını tayin edebilmek için, vasat bir insan tarafından bilinebilecek bütün şartları hesaba katacak, ancak, bunun yanında, failin, tesbit edilebilen özel bilgilerini de göz önünde bulunduracaktır. Buna karşılık, bu açıdan bakıldığında bilinmesi, öğrenilebilmesi mümkün olmayan ve yalnız failin gelişme seyri içinde belirecek durum ve şartların, elverişlilik konusunda verilecek hükme etkisi olmayacaktır. Antolisei'ye göre, bu yoldan gidilerek verilecek bir hüküm, toplumun hükmü sayılabilir, zira, insanların failin yerinde olsalardı verecekleri hüküm dile getirmektedir (80).

Antolisei'nin, bu ilkeleri, somut olaylara uygunladığında vardığı sonuçlar şöyledir : bıçaklanmak istenen kimsenin, zırh giymiş veya zehirlenecek kimsenin, kendisine bağışiklık kazandıran bir ilâç

(79) ANTOLISEI. op. cit. s. 345 - 6.

(80) ANTOLISEI. op. cit. s. 161 - 2 ve 346.

içmiş olması halinde de fail, kasdettiği cürme teşebbüsten sorumlu tutulacak, buna karşılık, failin, kullandığı vasitanın elverişliliğine, batıl inançları veya aşırı cehaleti yüzünden inandığı ve teşebbüsün ciddiyetten yoksun bulunduğu bütün hâllerde hareketin elverişsiz olduğu kabul edilecektir (81).

60. Naklettiğimiz bu görüş tarzının, özellikle modern italyan ceza hukuku doktrininde hâkim bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Fakat, buna rağmen tenkitler de eksik olmamıştır. Bir fikre göre, ne kadar elverişliliğin tayininde, failin içinde bulunduğu durum, konuyla olan bağlantısı ve suç vasıtalarının nitelikleri göz önünde bulundurulacaksa da, bu, olaydan önce fail tarafından bilinen şartların temel ittihaz edileceği anlamına gelmez. Çünkü, «icraya başlarken, her suçlu icra hareketlerini bitireceğine ve neticeyi tahakkuk ettireceğine inanır. Şayet fail tarafından *ex ante*, yani icraya başlamazdan önce bilinen şartlara göre onun suçu işleyebileceğine inandığı ve kani bulunduğu hâllerde teşebbüs vardır, inanmadığı ve kani olmadığı hâllerde ise işlenemez suç mevzubahistir denilecek olursa, failin, akıl hastası olması hâllerinin dışında, bilcümle işlenemez suçlardan dolayı cezalandırılması durumu hasıl olur, zira esasen fail neticeyi gerçekleştirebileceğine önceden inanmış olmasa, icraya başlamazdı. Şu hâlde, fail tarafından bilinen şartları değil, failin hareketleri hakkında dıştan verilecek değer hükmünü üstün tutmak, yani, *ex post*, fail icra hareketlerine başladıktan sonra, onun yaptığı işi gerisin geriye mütalea etmek lâzımdır» (82).

61. Bu fikir, somut tehlike nazariyesinin en geniş tenkidini yapmış olan Scarano'dan mülhemdir. Ona göre, doktrin, daima, suç işlemekte kullanılan vasitanın elverişliliği problemi ile, hareketin zararlı veya tehlikeli bir netice doğurmağa uygunluğu problemini birbirine karıştırmıştır. Bu sebeple, bir teşebbüs olayının cezalandırılması probleminin ayrı ve birbirini tamamlayan iki vechesi vardır. Tamamlanmış suçlarda vasitanın maksada elverişli olup olmadığı araştırılmaz. Teşebbüste ise, tamamlanmış suçlardan farklı olarak, vasitanın normal bir öngörü hükmüne göre hedefe ulaşmağa elverişli olup olmadığının araştırılması gerekir. Bunu, hukukî nitelikte ikinci bir araştırma izleyecek ve ceza hukuku tarafından yasaklan-

(81) ANTOLISEI. op. cit. s. 346 - 7.

(82) DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. I. s. 490, n. 603.

miş bir zarar veya tehlikeyi, failin yaptığı harekete bağlamanın mümkün olup olmadığı tesbit edilecektir. Çünkü, hareket, dış alemde belirmesiyle tükenmiş olmaz. Hareket, gerçekler dünyasında bir çok yenilikler, değişiklikler meydana getirir. Bunlar da failin eseri olduklarından ona bağlanabilmelidirler. Başka bir deyişle, teşebbüste de, meydana gelmeyen ve fakat kastedilen zararlı veya tehlikeli neticenin ne zaman ve ne şekilde hareketin neticesi sayılabileceğinin tesbiti gerekir (83).

Elverişlilik, belli fiilî şartlar altında hedefe ulaşabilme potansiyelidir ve dolayısıyla hareketin meydana geliş vetiresine içkindir. Elverişsiz bir vasıtanın kullanılması, belki bir suç işleme iradesini ortaya çıkarır; fakat, cezalandırılabilir bir harekete vücut vermez. Düşmanını büyü ile öldürmeğe çalışan kimse ceza hukukunun önem verdiği bir davranışta bulunmuş değildir. Vasıtanın elverişsizliği bir kere tesbit edildikten sonra ikinci bir araştırmaya lüzüm yoktur. Buna karşılık, vasıtanın elverişli olduğu anlaşılabiliriyorsa, hareket ceza hukuk açısından önem kazanır ve bu takdirde hareketin, neticeyi doğurmağa uygun olup olmadığının araştırılması problemi ortaya çıkar. Bu problemlerden birincisi, hareketin ceza hukuku vatandaşlığına hak kazanış olmadığı, ikincisi, hukuka aykırılığı ve bunun sınırı konusuyula ilgilidir (84).

Problemler aynı konuya ilişkin oldukları intibainı yaratmalarına rağmen farklıdır. Teşebbüs safhasında kalmış olan bir hareketin cezalandırılabilmesi için, bir cürmü işlemeğe elverişli bir hareketin yapılmış olması kâfi gelmeyip, suçun mevzuunun mevcut olması, hareketin zarar veya tehlike husûle getirmeğe uygun bulunması da lâzımdır. Bu unsurlardan bir olayda bazan birinin, bazan öbürünün tek başına bulunması vakiası dahi, elverişlilik ve uygunluk problemlerinin birbirinden ayrı problemler olduklarını gösterecek bir delildir (85).

Acaba bu elverişlilik ve uygunluk problemleri ne şekilde çözümlenebileceklerdir? Scarano, ayrıntılı ve uzun açıklamalar yaparak bu sorunun cevabını vermeğe çalışmıştır :

---

(83) SCARANO. op. cit. s. 164, 202.

(84) SCARANO. op. cit. s. 171.

(85) SCARANO. op. cit. s. 205.

Scarano şöyle düşünür : bir şeyi isteyen kimse, ona ulaştırılacak vasıtaları da istemek durumundadır. Bu sebeple, suçta kullanılacak vasıta, failin hedefine içkindir. Teşebbüse hayatîyetini veren şey, güdülen hedeftir. Failin hedefidir ki, harekete veçhesini verir. Mese-lâ, adam öldürmeğe elverişli olan bir vasıtanın kullanılmış olması-na rağmen, hareketlerin iltibasa yer vermeyecek şekilde adam öldür-me hedefine yönelmiş oldukları tesbit edilememiş, buna mukabil, müessir fiil kasdının varlığı anlaşılırsa, fail adam öldürmeğe te-şebbüsten sorumlu tutulmayacaktır. Demek ki, vasıtanın elveriş-liğini ancak belli bir hedefle olan ilişkisine göre değerlendirmek mümkün olabilmektedir (86). Suç adını alan olayın iki taraflı oldu-ğu ve suçlunun karşısında, mağdur, ve Devletin olduğu, suçun ihlâl ve tehdit ettiği bir hak veya menfaatin mevcut olduğunun unutul-maması, bu bakımdan, elverişliliğin, yalnız suçun aktif süjesine, ya-ni failine, bakarak değil, pasif süjeye nisbetle de tayini gerektiği yo-lundaki mütalealarda isabet yoktur. Vasıtaların elverişliliği, yalnız failin iradesine bakılarak tayin edilebilir. Suçun maddî mevzuu ve pasif süjesi, hareketin uygun olup olmadığının, zarar veya tehlikeyi yaratmağa salih bulunup bulunmadığı araştırılırken göz önünde tu-tulacaklardır (87).

Vasıtanın elverişliliği bir yandan, normal olarak tahkiki kabil verilere, bir yandan da fiilî duruma ve kullanım tarzına bağlanabi-len, neticeyi husûle getirebilme iktidarına göre tayin edilir. Bunun-la, elverişliliğin nisbî bir kavram olduğu belirtilmek istenir. Bu yüzdendir ki, elverişlilik hakkındaki hüküm, tarihen tahkiki müm-kün fiilî verilerden hareket eder ve belli şartların vücûdu halinde ve belli vasıtalar kullanıldığı takdirde, belli sonuçlara ulaşılabil-eceğini gösteren bir hükme müncer olur ve bundan tecrübenin öğret-tiği kurallar mesnet ittihaz edilirler. Ancak, bu hüküm, olayı bütün oluş vetiresi ile kavramasına imkân bulunmayan mağdur tarafından *ex post* verilebilecek bir hüküm olmayıp, vasat bir insanın, zaman içersinde gerisin geri gidip olayı bizzat yaşayarak, kendi gerçekle-ştirmişcesine vereceği hükümdür. Başka bir deyişle, elverişlilik hak-kındaki hüküm hareketin yapıldığı âna göre — *eo tempore* — veri-

(86) SCARANO. op. cit. s. 164 - 5.

(87) SCARANO. op. cit. s. 165. Aksi fikir için bk. CECCHI. Un Curioso caso di Tentato Estersione, Riv. Pen. 1949, s. 533 - ESCOBEDO. Inidoneità assoluta e Relativa degli Atti in Tema di Tentativo, Gius. Pen. 1941, s. 73. Zikreden : SCARANO. op. cit. loc. cit.

lecektir. Elverişlilik, gelecekteki bir vakıya ve gayeye nisbetle tesbit edilebileceğine göre, hükmün *ex post* verilmemesi gerekir. Böyle bir hüküm, ancak, failinden sıyrılıp vakıalar alemine intikal etmiş bulunan hareketler hakkında verilebilir (88).

Elverişlilik bu yoldan gidilerek tesbit edildikten sonra, kasdedilen neticenin niçin husûle gelmemiş olduğu problemi ile karşılaşılır. Bu hüküm, vasitanın elverişliliği hakkında verilecek hükmün aksine *ex post* verilecek bir hükümdür ve failin dışında yer alan vakıalar aleminde, zarar veya tehlikenin nasıl olup da meydana gelmediğini ortaya koyar. Oysa, vasıtaların elverişliliğine mütedair olan hüküm o anda ve o şartlar altında kasdedilen hedefe ulaşmanın mümkün olup olmadığını araştırmak ve tesbit etmekle yetinir. Vasıtaların kullanılmasından sonra husûle gelen veya gelmesi mümkün olan olaylar hareketin varlığına, failin iradesine yabancı, onların dışındadırlar. Bu sebeple, biri, hareketin varlığı, hayatı ve ona vücut veren iradeyle ilgili, öbürü, vakıalar alemine ait, illiyet problemine ilişkin iki konuyla karşılaşırız. Bu yüzdendir ki, belli bir hedef itibariyle vasitanın elverişliliğinden söz edilebilmesine rağmen, tehlike veya zarar bakımından elverişliliğin gerçekleşmemiş olması mümkündür. Harekete vasıta vücut verir. Oysa zararlı veya tehlikeli netice, eşyanın tabîî düzenine göre ancak bir harekete bağlanabilir. Birinci hâlde, fiilî durum, failin hâkimiyetinden sıyrılmış değildir. İkinci hâlde ise, failden kopmuş olan hareket, vakıalar alemine geçer ve insan kudretinin dışında ve ona yabancı kanunlar tarafından sevk ve idare edilir. «Vasitanın elverişliliği ile zarar veya tehlikenin husûle gelmesi arasında, vâkıalar dünyası, kendine has kanunlarıyla bir diyaf-ram gibi yer alır» (89).

Neticenin husûle gelebilmesi için, hedefin ve ona götürecektir olan vasıtaların irade edilmesi yetmeyip, bu iradeyle olaylar dünyasının kanunlarının mutabakat, arzetmeleri de gerekir. Binaenaleyh, vasitanın gayeye göre elverişli olması başka, hareketin bir zarar veya tehlike husûle getirmeğe uygun olması başka şeydir. Atış menzili dışındaki bir kimseye tüfekle ateş eden fail gerçi elverişli bir vasıta kullanmaktadır; fakat, hareketinin, ölüm neticesini doğurmağa uygun bir şekilde gerçekleştiği, zırhlı bir arabanın içindeki düşmanına

(88) SCARANO. op. cit. s. 166.

(89) SCARANO. op. cit. s. 167.

tabanca ile ateş eden kimsenin uygun bir harekette bulunduğu söylenemez. Aynı şey, yanıcı bir madde sürdüğü bir evin kapısından uzakta ve rüzgârsız bir havada kâğıt yakan kimsenin hareketi, hazırladığı zehir yerine yanlışlıkla zararsız bir maddeyi mağdura içiren failin hareketi için de doğrudur (90).

Scarano'ya göre, zararlı veya tehlikeli netice bazen, tabiat olaylarını düzenleyen kanunlar yüzünden değil de hukukî sebepler yüzünden meydana gelememiş olabilir. İkinci kez, fakat dinî nikâhla evlenen kimsenin durumuyla, iftiranın konusu olan olayın suç teşkil etmemesi hali bu anlamda bir engelin müdahale ettiği olaylara misâldirler.

Hareketin, neticeyi doğurmağa uygun olup olmadığı tecrübenin verdiği bilgilere göre tayin edilmelidir. Yani, ortak tecrübelerimize göre, tehlike veya zararın, failin yaptığı hareketten doğması normal, tipik sayılabiliyorsa, hareketin neticeyi doğurmağa uygun söylenecektir. Böyle bir değerlendirmenin dayanacağı temel kriter «*Id quod plerumque accidit*» ilkesi olacaktır. Bu durumda, mağdurun çelik bir zırh giymiş olması yüzünden boşa giden bıçak darbesi, önceden panzehir almış olan bir kişiye verildiği için etkisiz kalan zehir, polisin müdahalesi yüzünden tamamlanamayan cürmî hareket, neticeyi doğurmak bakımından uygun sayılacaklardır. Çünkü, bütün bu olaylarda, hareketlerin, kasedilmiş bulunan neticeleri husule getirmeleri tipik ve normaldir. Netice, buna rağmen husule gelmemişse, bunun sebebi tesadüfi sebeplerin müdahale ederek hareketle netice arasındaki illiyet bağına kesmiş olmalarıdır. Tecrübelerimizden edindiğimiz müşterek bilgilere göre, tehlikeli veya zararlı neticenin vukuuna her zaman için mani olan şeylerdir ki hukuka aykırılığın mevcudiyetini bertaraf eder. Buna karşılık, tesadüf, kaza ve tecrübelerimize göre sabit ve devamlı olandan inhihaf halleri, cezalandırılabilir teşebbüsün karakteristik nitelikleridir (91).

Görülüyor ki, Scarano, problemi, uygun sebebiyet ilkesine göre çözmekte ve bu kriteri öngörülebilme esasına göre (92) değil, ortak tecrübelerine göre değerlendirmektedir. Scarano'ya göre, uygun-

(90) Yazarın, İtalyan mahkemeler tatbikatından verdiği öteki örnekler için bk. op. cit. s. 169.

(91) SCARANO. op. cit. 177 - 8.

(92) Bu kanaatte olan yazarlar için bk. SCARANO. op. cit. s. 180, d. n. 19, 20.

luk hükmü, öngörülebilme kriterinden istihraç edilemez ve hareketin yapıldığı âna girmeğe lüzum yoktur. Çünkü, tecrübelerimiz bize belli şartların gerçekleşmesi halinde belli bir neticenin tipik ve sabit bir şekilde meydana geleceğini gösterir. Öngörülebilme kriteri, gerçi bizi uygunluk kriterine götüren psikolojik vetiredir, ama uygunluk kriterinin kendisi değildir. Önceki bir safhada, vasitanın hedefe ulaşmağa elverişli olup olmadığını tayin edebilmek için öngörülebilme kriterine başvurulacaktır. Ancak, neticenin belli bir harekete bağlanması söz konusu olduğunda yalnız uygunluk kriterinden yararlanmak mümkündür (93) (94).

62. Scarano'nun ihtimamla işlemiş olduğu bu görüş tarzı, öyle sanıyoruz ki, bütün iddiasına rağmen, hareketin elverişliliğinin, hareketin yapıldığı ânda mevcut ve vasat bir insan tarafından bilinebilecek bütün şartlar nazara alındıktan, sonra, failin plânının başarı ihtimali taşıyıp taşıyamamasına göre verileceğini belirten yazarlarınkine bir şeyler katabilmiş veya onların düşüncelerini çürütmüş değildir.

Bir kere, iddia edildiği gibi bu görüş, sübjektif nazariye ile aynı sonuçlara ulaşmamakta ve «şayet fail tarafından icraya başlanmazdan önce bilinen şartlara göre, onun suç işleyebileceğine inandığı ve kani olduğu hâllerde teşebbüs vardır, inanmadığı ve kani olmadığı hallerde ise işlenemez suç söz konusu olabilir» (95) şek-

(93) SCARANO. op. cit. s. 179 ve mü.

(94) Memleketimizde DÖNMEZER - ERMAN bu görüşe katılmaktadırlar : «... Fâil tarafından bilinen şartları değil, fâilin hareketleri hakkında dıştan verilecek değer hükmünü üstün tutmak, yani ex post, fâil icra hareketlerine başladıktan sonra, onun yaptığı işi gerisin geriye mütalâa etmek lâzımdır. Fakat, bu ameliyeyi yaparken fâilin sübjektif durumundan ziyade, objektif şartlara nazaran ve özellikle uygun sebep nazariyesinin esaslarına sâdik kalarak hareket etmek icap eder : şayet günlük hayat tecrübesi, fâilin yaptığı hareketin muayyen bir neticeyi meydana getirmeğe uygun ve salih olduğunu, o hareketten bu neticenin doğmasının büyük bir ihtimâl dahilinde bulunduğunu, id quod plerumque accidit, yani çoğunlukla vuku bulanın bu merkezde olduğunu gösterecek mahiyette ise, işlenemez suç yoktur, fâil cezalandırılacaktır; buna mukabil, günlük hayat tecrübelerine göre, failin hareketinin neticesiz kalmasının büyük bir ihtimal dairesinde olduğu kabul edilebiliyorsa, ortada elverişli bir hareket yoktur, fâil cezasız kalacaktır... Meselâ, bir şahsa tehdit mektubu gönderip de muayyen bir yere para koymasını bildiren bir şahıs bu yere gittiğinde, içinde gazete kâğıdı bulunan bir paketi alırken zabıta tarafından yakalanırsa, mevzu bulunmadığı cihetle, işlenemez suçun mevcudiyeti ileri sürülemeyecektir, zira, günlük hayat tecrübelerine dayanarak, fâilin neticeyi elde etmeğe uygun bir şekilde hareket ettiğini, tehdit mektubundan korkabilen bir şahsın sözü geçen yere gazete kâğıdı yerine para koymasının mümkün bulunduğunu kabul edebiliriz...» Bk. op. cit. s. 490 - 1.

(95) Bk. Yuk. n. 60.

linde bir iddia ortaya atmamaktadır. Antolisei'nin açıkça ifade ettiği gibi, zihnen, hareketin yapıldığı âna gidecek olan *hâkim*, *fail tarafından değil, vasat bir insan tarafından bilinebilecek şartları nazara alacak*, ancak failin olay hakkındaki özel bilgilerini göz önünde bulunduracaktır. Bütün bunlardan, hareketin elverişliliğinin, failin, olay hakkındaki sübjektif kanaatına bakılmak suretiyle tayin edileceği sonucunu çıkarmağa imkân yoktur.

Öte yandan, Scarano'nun, vasitanın elverişliliği ile hareketin uygunluğu arasında yaptığı ayırım bir zorlamadan, keyfi bir teşebbüsten öteye gidememiştir. Madem ki, yazarın da dediği gibi, bir şeyi isteyen kimse, ona ulaştıracak vasıtaları da istemek durumundadır ve madem ki teşebbüse hayatîyet kazandıran unsur, güdülen hedeftir ve bu hedef harekete vechesini verir, nasıl olur da elverişlilik hakkında verilecek hükümden, hareketin, suçun pasif süjesi, maddî mevzuu hâriç tutulabilir? Failin güttüğü hedefin, yalnız vasıtayla ilgili olduğu nasıl söylenebilir? Zaten, Scarano da, büyük bir isabetle, elverişlilik hakkında verilecek hükmün nisbî olduğunu ve bu hükmün, zaman, mekân şartlarından tecerrüt ederek veya vasitanın ulaşılmak istenen hedefe uygun bir şekilde kullanılmış olup olmadığına bakılmaksızın verilemeyeceğini söylemiştir (96). Şimdi, vasitanın elverişliliği bu şekilde anlaşılacaksa, elverişlilik ile hareketin uygunluğunu iki ayrı problem halinde mütalea etmekte ne gibi bir zorunluluk vardır? (97).

Zaten yazar da, eserinin bir yerinde ezcümle «... Bununla beraber, bunların — yani elverişlilik ile uygunluğun — birbirinden sarıh bir şekilde ayırdıklarını düşünmek de yanlış olur. Failin hedefinin ne olduğu peşinen tesbit edilmedikçe, vasitanın elverişli olup olmayacağı tesbit edilemeyeceği gibi, hareketin zarar veya tehlike doğurmağa uygun olup olmadığının anlaşılmasına da imkân yoktur. Adam öldürmeğe elverişsiz bir hareketin, failin hedefi araştırılıp tesbit edildiği takdirde, meselâ, müessir fiil veya tehdit suçuna elverişli olduğu anlaşılabilir...» demek ihtiyacını duymuş, hatta bir de temyiz mahkemesi kararı nakletmiştir (Bk. s. 181).

Scarano'nun, elverişsiz bir vasıtayla yapılmış olan hareketin ceza hukuku bakımından önem taşımadığı ve vasitanın elverişsizliği

(96) Bk. Yuk. n. 61 ve SCARANO. op. cit. s. 166.

(97) Aynı mânada: FIORE. op. cit. s. 103.

bir kez tesbit edildikten sonra, hareketin illi bir uygunluk taşıyıp taşımadığını araştırmağa hacet kalmayacağı yolundaki fikri tartışılabilir. Gerçi, vasitanın elverişsizliği anlaşılmissa, çoğu zaman yalnız bu veri, işlenemez bir suçla karşı karşıya bulunduğumuzu göstermeğe yetecektir; fakat, elverişsiz bir vasitanın özellikle mevzu ve süjeyle birlikte mütalea edildiği takdirde elverişli bir hale dönüşmesi imkânsız değildir. Burada, Vannini'nin vermiş olduğu bir misali (98) hatırlatmakla yetineceğiz : fail, çocuk düşürmeğe elverişsiz olan bir maddeyi, elverişli zannıyla, gebe olan kadının karın nahiyesine, bir çok kereler oğarak sürmüş, çocuk, bu maddenin etkisiyle değil, tevali eden masajlar yüzünden düşmüştür. Eğer Scarano'nun görüşü benimsenecek olursa, failin bu olayda beraat ettirilmesi gerekecektir (99).

Şu önemli hususu da belirtelim ki, bu görüşlerden birincisinin, elverişliliği, ikincisinin uygunluğu tayin ederken izledikleri usûl ve vardıkları sonuçlar arasında da, büyük bir fark yoktur. Gerçi, birincisinde, hareketin yapıldığı ânda mevcut ve bilinebilen şartlar göz önünde tutularak bir öngörülebilme hükmünün verilmesi, ikincisinde günlük tecrübelerle, büyük sayılar kanununa, olayların büyük çoğunluğunda meydana gelmesi mutad olan neticelere bakılarak varılacak bir hüküm verilmesi söz konusudur; fakat birbirinden farklı prosedürler şeklinde gösterilmek istenen bu zihni ameliyeler, aslında, aynı şeyin farklı terminolojiyle ifade edilmelerinden ibarettir. Elverişlilik hakkında *ex ante* verilecek hükümden evvel, o ânda mevcut ve bilinebilen şartlar tesbit edilecek ve bunlara göre, tehlikeli veya zararlı neticeye ulaşma ihtimalinin mevcut olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır. Bu sorunun cevabını, günlük ve ortak tecrübemizden edindiğimiz bilgileri, büyük sayılar kanunları, olayların büyük çoğunluğunda meydana gelmesi mutad olan ve olmayan sonuçları göz önüne almadan vermemize imkân yoktur. Öte yandan, Scarano ve onun gibi düşünenlere görüşüne uyulup ortak tecrübelerimize v.s e göre, zarar veya tehlikenin, failin yaptığı hareketten doğmasının normal ve tipik olup olmadığını söyleyebilmemiz için hareketin yapıldığı âna kadar *iter criminis*'i izlememizde zorunluluk vardır. Zira, uygun illi sebebi tayine yönelmiş nazariyelerin tarafı,

---

(98) VANNINI. Problema., s. 68.

(99) Bk. FIORE. op. cit. loc. cit.

«zihnen, hareket yapılmazdan önceki durumu gözönünde tutmayı, yani, hâdiseyi *ex ante* incelemeyi..» (100) gerektirmeleridir.

İki görüş tarzının, vardıkları neticeler bakımından da farklılık taşımadıklarını söylemiştik. Gerçekten, her iki görüş tarzına göre, meselâ, bıçaklanmak istenen kimsenin zırh giymiş, zehirlenecek kimsenin, kendisine bağışıklık veren bir maddeyi içmiş olması, hareketin, polisın aldığı tedbirler yüzünden netice husûle getirememiş bulunması gibi olaylarla faillerden birinin tahrikçi ajan olduğu hâllerde cezalandırılabilir bir teşebbüsün unsurları mevcuttur. Aynı paralellik, işlenemez suç sayılması gerekli olduğu söylenen olaylar bakımından da vardır : Meselâ, büyücülükle adam öldürmeğe kalkışmak, ufak namlulu bir silâhla çok uzaktaki bir kimseyi öldürmeğe çalışmak gibi olaylarda hareket elverişli veya uygun değildir (101).

### 63. Nazariyelerden çıkan sonuçlar :

İşlenemez suçun cezalandırılması problemini ele almış bulunduğumuz bundan önceki bölümün sonunda (Bk. Yuk. n. 43) fail tarafından, bir suçu gerçekleştirmek için yapılan bütün hareketleri, ister elverişli, ister elverişsiz olsunlar, isterse, mevcut bulunmayan bir mevzuya karşı işlenmiş bulunsunlar, teşebbüsün sınırları içinde mütalea ettiğimizi, ancak, elverişsizlik veya mevzuda yokluk halinde, faile, daha hafif bir ceza verilmesine veya bir emniyet tedbirinin uygulanmasına yahut, yerine göre, gerekirse, her iki müeyyidenin birlikte hüküm altına alınmasına taraftar olduğumuzu söylemiştik. Hareket veya vasitanın elverişliliği, mevzuun varlığı gibi konuları, sadece, failin cürmî iradesine önem verdiği için, halli gerekli hukukî problemler şeklinde telâkki etmeyen Sübjektif Nazariye savunucularının aksine, elverişlilik probleminin üzerine eğilmiş olmamızın sebebi budur.

Bu konuda ileri sürülmüş en önemli fikirleri ayrı ayrı inceledikten sonra hareketin elverişliliği konusunda tatmin edici bir sonuca varabilmenin, hareketin yapıldığı âna gidilerek o ânda bilinebilen ve fail tarafından bilinmiş olan bütün durum ve şartların nazara alınması sayesinde mümkün olabileceğine inanmış bulunuyo-

(100) Bk. DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. I. s. 527 ve mü. Keza : s. 547 ve mü.

(101) Scarano'nun benimsediği ve İ.T.M.'nin vermiş olduğu kararlarla ilgili çeşitli misâller için bk. op. cit. s. 208 ve mü., s. 219 ve mü.

ruz. Yani, biz de, sonradan *a posteriori* ortaya çıkan ve ancak hareketin gelişmesi sırasında veya sona ermesinden sonra bilinecek olan sebep ve âmillerin, hareketin tehlikeliliği, dolayısıyla elverişliliği konusunda verilecek hükmü etkilememeleri gerektiği kanaatindeyiz. Başka bir deyişle, bir tehlikenin maddî vakıalar dünyasında bilfiil gerçekleşmesi şartını aramaksızın, hareketin yapıldığı anda somut bir tehlikelilik taşımalarını yeterli bulmaktayız. Farklı görüşlerin tenkileri önceki paragraflarda yapılmış olduğundan, onları neden benimsememiş olduğumuzun izahına geçecek değiliz. Burada, tehlike dolayısıyla elverişliliğin *ex ante* tesbiti sırasında riayet olunacak ilkeler ve bunlardan çıkarılabilecek sonuçlar üzerinde durmakla, gerekeni yapmış olacağımızı sanıyoruz :

Bu vesileyle, özellikle şu iki sorunun cevabını bulmak gerekmektedir : Tehlike ve elverişlilik hakkındaki *ex ante* hüküm, hangi açıdan, yani, nasıl bir görüş açısından tesbit edilebilir ? Ayrıca, tehlikenin, dolayısıyla elverişliliğin derecesi ne olursa olsun, teşebbüs halinde kalmış bir suçun varlığından söz edilebilecek midir ? (102).

64. Yukarıda, *ex ante* elverişlilik hükmünün prosedürü hakkında bilgiler verilmiş, ancak, hareket ânında bilinebilecek şartların tesbiti sırasında kimin bilgisinin temel ittihaz edileceği konusu üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmamıştır. Uygun illi sebep nazariyesini savunanların öteden beri yapmakta oldukları tartışma, bu konuya da atlamış olması tabiidir. Bilindiği gibi, ileri sürülen fikirlerden bir kısmı, faili, bir kısmı, vasat adamı esas alarak, uygun sebebin, bunlar tarafından bilinebilecek şartlara göre tayin edileceğini belirtmişlerdir. Doktrinde tecrübeli insan ölçüsü ve nihayet, dâvaya bakmakta olan hâkim, jüri veya bilirkişi ölçüsü de ortaya atılmıştır. Öyle sanıyoruz ki, toplumla ve insanla yakından teması bulunan hâkim, normal bir gelişme gösteren insandaki nitelikleri ve onun bilgilerini de nazara almak suretiyle ve şüphesiz, hayatın insana verebileceği tecrübeden edinilen bilgileri, belli istatistik kanunlarını, olayların büyük bir çoğunluğundaki neticeleri göz önünde bulundurarak, hareketin kasdolanın zararlı veya tehlikeli neticeyi husûle getirmeğe elverişli olup olmadığını tesbit edebilir ve varacağı hüküm gerçeklere ve ceza adaletinin gereklerine aykırı düşmez. Bundan başka, bu ölçülere göre elverişli sayılmayacak bir hareketin, failin somut olaydaki özel bilgisi dolayısıyla elverişli hale dönüşebilir. Binae-

(102) Bk. NEPPI MODONA. op. cit. s. 187.

naleyh, hâkimin böyle bir ihtimali daima göz önünde bulundurması gerekir. Buna göre,

Meselâ, az önce kalomel almış olan hasmına, durumu bilerek tuzlu maddeler yedirmeğe çalışan bir kimseyi, adam öldürmeğe teşebbüsten sorumlu tutmak gerekecektir. Çünkü, tek başına alındığında zararsız olan kalomel, vücuttan atılmadan tuzla birleştiği takdirde, kimyasal reaksiyon sebebiyle öldürücü bir zehir haline dönüşür.

Böylece, elverişliliğin, hareketten önce, kime göre bilinebilen şartlar esas alınmak suretiyle tesbit edileceğini belirtmiş bulunuyoruz. Şimdi öteki problem üzerine eğilebiliriz.

65. Tehlikenin derecesi ne olmalıdır ki, hareket elverişli sayılıp, fail teşebbüsten ötürü cezalandırılsın? Bir fikre göre, ki en kuvvetli savunucusu ünlü Rocco'dur, hareketin tehlikeli ve elverişli sayılması için, derecesi ne olursa olsun, zararlı veya tehlikeli sonucu husûle getirmesinin mümkün olması kâfidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, imkân kavramı, imkânsız olmayan her hususu içine alabilecek genişlikte olduğu için, ceza hukukunda uygulanması halinde cezalandırılabilir hareketlerin alanı pek genişleyebilir (103). İkinci bir ana görüş, tehlikenin varlığını, neticenin vukuunun muhtemel olması şartına bağlamıştır. Biz evvelce, bu görüşte olduğumuzu belirtmiştik. Son zamanlarda beliren yeni bir görüş tarzı (104) gerçeğin iki aşırı uç arasında bulunabileceğine inanır. Buna göre, hareketler, hukukî neticeyi meydana gelmesi bakımından ciddi bir imkânsızlık arzetmiyorlarsa elverişli sayılmalı, kemmî bakımdan bu «makûl iktidara» erişemeyen hareketlerin ise elverişsiz oldukları kabul edilmelidir.

Kanaatımızca, iki aşırı uç arasında makûlatı temsil etmek için ortaya atılmış olmasına rağmen, bu görüş, «uç» lardan birinden bir miktar uzaklaşmakla yetinmiştir. Tehlike bu şekilde anlaşıldığı takdirde gene, tehlikeyi «imkân» kavramıyla izah eden görüş uygulanmış olacak ve onun sakıncaları avdet etmiş olacaktır. Öte yandan, ölçü olarak teklif edilen kavramlar, müstakar bir tabikati sağlayacak nitelikte değildir.

---

(103) Bk. Yuk. n. 48.

(104) NEPPI MODONA. op. cit. s. 192 - 3.

66. Elverişlilik hakkındaki hükmün, hareketin yapıldığı anda bilinebilen şartların tümü nazara alınmak suretiyle verileceğinin belirtilmesinden bazı sonuçlar çıkarılabilir. Bir kere, hareketin elverişliliği, hangi maddî mevzu üzerinde kullanılacaksa, onunla yakından ilgilidir. Hareketin elverişli olup olmadığının kararlaştırılmasından önce, teveccüh etmiş olduğu mevzuun her halde göz önüne alınması gereklidir. Mevzuun, hareketin yapıldığı anda bilinebilen bütün şartlar arasında yer aldığına şüphe yoktur.

Bundan başka, hareketin yapıldığı anda, yukarıda belirtilen ölçülere göre bilinebilmesi mümkün olmayan ve bilâhare hareketin gelişmesi sırasında veya hareket tamamlandıktan sonra mevcudiyetleri anlaşılabilir sebep ve şartların, elverişlilik konusunda verilecek hükme etkisi olmayacaktır. Bu itibarla, meselâ, bir bankanın kasa dairesine giren hırsızlar, otomatik aletlerin harekete geçmesi yüzünden bir yerde sıkıştırılsalar veya evine hırsızların girdiğini gürültülerden anlayan kimse, kıymetli eşyasını, şifreli bir kasaya kilitlese, hırsızlar tarafından yapılan hareketin elverişli olduğu kabûl edilecektir. Aksi takdirde, hırsızın, kapıyı açmak için kullandığı anahtarın, kilidin kurcalanması sırasında kırılması, tabancanın, atış sırasında tutukluk yapması gibi, cürme teşebbüsün bütün unsurlarının gerçekleştiği olaylarda da, işlenemez suç ipotezinin mevcut olduğu sonucuna varmak gerekecektir.

Bu noktada cevaplandırılmamız lâzım gelen bir başka soru da şudur : madem ki, hareketin elverişli sayılabilmesi için neticenin meydana gelmesi ihtimalinin, yani, tehlikenin, hareketin bütün safhalarında bulunması gerekmez ve hareket başladığı anda bilinmeyen veya sonradan zuhur eden sebepler, başlangıçta mevcut olduğu kabûl edilen elverişliliği ortadan kaldırmaz, hazırlık safhasında elverişli olup da, icraya geçildiği sırada elverişsiz hale gelen bir vasıta hakkında nasıl bir hükme varılmalıdır ? Meselâ, fail tarafından hasmını öldürmek maksadile doldurulan bir silâh, durumu öğrenen üçüncü bir şahıs tarafından boşaltılsa veya yerine aynı biçimde, fakat boş bir silâh konulsa, bilâhare, böyle bir silâhla hasmını öldürmeğe kalkışan faile, teşebbüs hakkındaki hükümler uygulanabilecek midir ? Kanaatımızca, bu soruya verilecek cevap, herşeyden önce, teşebbüste icra hareketi-hazırlık hareketi ayırımına taraftar olup olmamakla ilgilidir. Eğer, icra hareketlerine başlamak, teşebbüsün bir unsuru olarak kabûl edilirse, icra safhasındaki elverişli-

liğin, hareketin değerlendirilmesi bakımından önemi olmamak gerekir. Ancak, «icra başlangıcı» unsuru, «cürüm işleme kararının icrasına başlamak» (105) şeklinde anlaşılacak olursa, verilen bir cürüm işleme kararının icrası sadedinde yapılacak hareketlerde tamamlandıklarında neticeyi husule getirebilecek olanlar icra hareketi sayılacaklarından, icra hareketlerinin alanında bir genişleme meydana gelebilir. Fakat, icra hareketleri, ister, kastedilen cürmün icrasına başlamak, ister, cürüm işleme kararının icrasına başlamak şeklinde anlaşılınsın, bir kimseyi öldürmek için silâhını dolduran bir adamın bu hareketini, sırf silâhı doldurmuş olmasını, icra hareketi sayamayız.

Bununla beraber, eğer elverişlilik, bizim de katıldığımız prosedüre uygun olarak tayin ve tesbit edilecek olursa, evvelce doldurmuş olduğu, fakat, üçüncü bir şahıs tarafından boşaltılan bir tüfeği veya onun yerine konulmuş benzerini kullanan kimsenin hareketini elverişli saymak mümkün olacaktır. Çünkü, silâhın boşaltılmış veya değiştirilmiş olduğu, harekete başladıktan sonra bilinebilecek bir durumdur. Şunu hemen ilâve edelim ki, suç işleme kararının her türlü haricileşmesini, teşebbüsün varlığı için kabûl eden sübjektif bir sistemde bu kabil tartışmalara yer olmayacaktır.

67. Hareketin elverişliliği hükmünün verilebilmesi, şu problemlerin de bir çözüm tarzına bağlanmalarını gerektirmektedir: bir kere, iştirâk halinde işlenen suçlarda, ortakların tamamının hareketlerinin elverişli olması şartı aranacak mıdır? Eğer bir veya bir kaç ortak, elverişsiz, hareketlerde bulunmuşlarsa, cezalandırılacaklar mıdır? Kanaatımızca, bu konuda bir ihtilâf bulunmamak gerekir. İştirâk halinde işlenen suçlarda, hareketin elverişli olup olmadığı, ortakların hareketlerinin bir bütün halinde mütalea edilmesi sayesinde tesbit edilebilir. Eğer, ortakların hareketlerinin neticeyi husûle getirmek bakımından elverişliyseler, bazı ortaklar tarafından yapılmış olan münferit hareketler, müstakilen nazara alındıklarında elverişsizlik arzetseler bile, hareketlerin tümünün elverişliliğini ortadan kaldırmadıkları gibi, bu kabil hareketleri yapan ortaklar da diğerleri gibi ceza görürler (106).

(105) Bk. EREM. op. cit. s. 628.

(106) Aynı mahiyette: MANZINI. Trattato, II, s. 460 - VANNINI. Problema., s. 74 + 5.

Üzerinde durulmasında fayda gördüğümüz bir başka problem şudur : failin sorumlu tutulabilmesi, elverişlilik hakkında bir bilgiye sahip olmasına bağlı mıdır ? Başka bir deyişle, hareket veya vasıtanın elverişli olduğunu failin bilmesi gerekir mi ? Kanaatımızca, elverişli olan vasıta veya hareketin elverişliliğinin fail tarafından bilinmiş olup olmaması önem taşımaz. Eğer vasıta, elverişliyse failin kanaati ne olursa olsun netice değişmez. Fail elverişli vasıtayı elverişli olduğunu bilerek kullanmışsa zaten mesele yoktur. Buna mukabil, elverişli vasıtanın elverişsiz zannıyla kullanılması halinde, herşeyden önce suç kasdının varlığından şüphe etmek gerekir. Aynı mütalea, elverişsiz vasıtayı elverişsiz olduğunu bile bile kullanan kimsenin hareketi hakkında da variddir. Ancak, fail, elverişli sandığı elverişsiz bir vasıtayı, somut olayda neticeyi meydana getirecek şekilde kullanmışsa, cezalandırılabilir bir harekette bulunduğu şüphe yoktur (107).

İşlenemez suçun, yalnız icraî hareketlerle işlenen suçlar için mi söz konusu olabileceği, ihmali hareketlerle de böyle bir fiilin irtikâp edilebilir edilemeyeceği konusu tartışılmıştır (108). Kanaatımızca, ihmali hareketlere de bir illi iktidar tanımak gerektiğine göre, bu çeşit hareketlerle de bir tehlike hali yaratmanın, başka bir deyişle, bir netice husule getirmenin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla, kendisine hukuk kurallarının yüklediği bir mükellefiyeti yerine getirmemek suretiyle, bir zarar veya tehlikeye sebebiyet veren kimse, o neticeyi, icraî bir hareketle meydana getiren kimse gibi sorumlu tutulur (109). Hâl böyle olunca, failin ihmali bir hareketini de, icraî bir hareket gibi, yukarıda izah edilen usûle göre değerlendirmek ve hareket ânında bilinebilen şartlara göre, bu hareketten zararlı veya tehlikeli bir neticinin doğması muhtemel görünüyorsa, elverişli bir hareketin yapıldığını kabul etmek mümkündür. Hareketin tehlikeli olmadığı anlaşıldığı takdirde, fail, işlenemez suç hakkındaki hükümlere göre muamele görür. Meselâ, her gün belli bir saatte geçen treni yoldan çıkararak içindeki makinisti öldürmeği kararlaştıran hat bekçisi, trenin yanlış hatta gi-

---

(107) Bk. PANNAIN. op. cit. s. 458 - MANZINI. Trattato, II, s. 460 - EREM. op. cit. s. 624 - VANNINI. Problema., s. 68 - 9.

(108) Bk. VANNINI. Problema., s. 75 - 6.

(109) Bk. ALACAKAPTAN. op. cit. s. 39 ve mü.

rerek kazaya uğramasını sağlamak için, makasları değiştirmez, fakat, tren, seferin o gün iptal edilmiş olması yüzünden gelmezse, tartıştığımız ipotezin kapsamına giren bir olayla karşılaşmış oluruz.

68. Neticeten diyebiliriz ki, hareketin elverişliliğini, yalnız failin sübjektif kanaatına bakmak, veya münhasıran bilfiil gerçekleşmiş sonuçları değerlendirmek suretiyle tesbit etmeğe kalkışmakla, gerçeklere ve ceza siyaseti gereklerine uygun sonuçlar alınamaz. Birinci yol seçildiği takdirde, cürmî iradenin dış âlemdeki bütün tezahürleri klâsik anlamında teşebbüsün sınırları içine sokulmuş, ikinci yol benimsenecek olursa, teşebbüsün tipik misâllerini teşkil eden bir çok olaylar cezasız bırakılmış, hatta, bizzat teşebbüs müessesesinin varlığı şüpheli bir hale gelmiş olur.

Oysa, teklif edilen ve bizim de katıldığımız ölçü, hem sübjektivizmin hem de objektivizmin aşırılıklarını giderici niteliktedir. Buna göre, bir yandan sihir ve büyü ile adam öldürmeğe kalkan kimsenin veya küçük bir tabancayla çok uzak mesafedeki bir şahsı yaralamak isteyen failin hareketi elverişsiz sayılırken, kurşun geçirmez bir zırh giymiş mağduru öldürmeğe kalkışan veya bir polis ajanına uyuşturucu madde satmaya teşebbüs eden kimsenin elverişli hareketlerde buldukları sonucuna varılacaktır.

Eğer, belli bir hareketin elverişli olmadığı anlaşılmışsa ne olacaktır? Bilindiği gibi, biz, cürmî iradenin yöneldiği neticenin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan bütün hareketlerin teşebbüs müessesesinin sınırları içinde mütalea edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yani, hareketin elverişliliğinin, teşebbüsün bir unsuru olarak kabûl etmiyoruz. Bu sebeple, elverişsiz hareketlerle girişilen teşebbüslerin dahi ceza hukukunun konuları içinde yer aldıkları düşüncesindeyiz. Ancak, bize göre, cürmî neticeye yönelmiş olan hareketler eğer elverişli sayılmıyorsa fail gene cezaî müeyyideye çarptırılmakla beraber, bu müeyyide bir emniyet tedbiri de olabilecektir. Bundan başka, hâkim, bir cezanın tatbikini uygun gördüğü takdirde, tayin edeceği ceza elverişli hareketle girişilen teşebbüse verilen cezaya nisbetle daha hafif bir ceza olacaktır.

## İKİNCİ BAŞLIK

**Tahrıkçi ajanın müdahalesinin, polisin aldığı tedbirlerle sair korunma tedbirlerinin hareketin elverişliliğine etkisi**

69. İşlenemez suç hakkında yazılan en son eserlerde, bu konunun ayrı bir başlık altında incelendiği, daha eski tarihi taşıyan etüdlerde olduğu gibi, elverişlilik konusu incelenirken, problemlere de kısa bir iki atıfta bulunmakla yetinilmediği görülmektedir (1). Bunun sebepsiz olduğu sanılmamalıdır. Gerçi, bu hâllerin, elverişliliği etkileyip etkilememeleri söz konusu olduğuna göre, problemlerin elverişlilik problemi ele alındığı sırada ve elverişliliğin ölçüsünü tesbit vesilesile incelenmesinin mümkün olduğu düşünülebilir; fakat, bir yandan müessesenin içkin özellikleri, öte yandan, mahkemeler tatbikatını pek yakından ilgilendirmesi dolayısıyla konuya ayrı bir başlık altında temas etmekte sistematik faydalar mevcuttur (2).

### **70. Tahrıkçi Ajanın (Agente Provacatore) Müdahalesinin Elverişliliğe Etkisi :**

Problemin incelenmesine geçmeden önce, «tahrıkçi ajan» deyiminden neyin kastedildiğinin tesbiti gerekir. Kavrama tarihen verilen anlam ile, bugün verilen anlam birbirinden farklıdır. Eskiden tahrıkçi ajan denilince krağa ve yüksek mevkilerde bulunanlara yaranmak ve hizmetleri karşılığında bunlardan bir menfaat sağlamak amacıyla, bazı kimseleri, siyasal nitelikteki suçları işlemeğe sevkedip, sonra bunları ihbar edip yakalatarak ikramiye alan veya bir kimsenin suç işleyecek karakterde olduğunu göstermek ve her halde gene bir çıkar sağlamak için onu azmettiren kişiler anlaşılırdı (3). Bugün tahrıkçi ajan, sadece suçun işlenmesinden doğrudan

(1) Bk. FIORE. op. cit. s. 117 ve mü. - NEPPI MODONA. op. cit. s. 215 ve mü.

(2) FIORE. op. cit. s. 117.

(3) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. II, s. 540.

doğruya menfaat sağlamayı uman bir kimse olarak anlaşılmamaktadır. Bununla beraber, kavramın tam bir açıklığa kavuşmuş olduğu söylenemez (4). Kavrama genellikle verilen anlam şudur : «...tahrikçi, suçun işlenmesini istemekte, bir kimseyi suç işlemeğe sevk etmekteyse de, bunun sebebi suçtan doğacak zararlı veya tehlikeli neticeyi istemesi olmayıp, bizatihî suçun dışında kalan, suça yabancı olan diğer bazı menfaatleri istemesinden ibarettir...» (5).

Ancak, işlenemez suç konusunu ilgilendiren tahrikçi ajan, işlenecek fiilden, kendisi için ne dolaylı, ne dolaysız bir çıkarı olmayan, yalnız suçluyu meydana çıkarmak, adalete teslim etmek amacıyla, kısacası toplum savunmasını sağlamak için harekete geçen, hiç değilse, birinci plândaki amacı bu şekilde özetlenebilen tahrikçi ajandır.

**71.** Aslında, tahrikçi ajan konusu, önemli bazı ceza hukuku müesseseleri ile yakından ilgilidir. Bunlardan biri, iştirâk müessesesidir. Bu müessesenin çerçevesi içinde, tahrikçi ajanın, suçu icra eden failerin suç ortağı sayılıp sayılmayacağı, dolayısıyla ceza görüp görmeyeceği soruları cevaplandırılmağa çalışılır. Bu soruların cevapları araştırılırken, bir takım yan - problemlere sızramakta zorunluluk vardır. Bu problemlerden bir tanesi, tahrikçi ajanın, emrin icrası, kanun hükmünü icra gibi hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilmesi imkânına ilişkindir. Bunun hemen arkasından, suça katılanların sayısına cezaî neticeler tanınan hâllerde (meselâ, hırsızlığın ikiden ziyade kimse tarafından işlenmesi, TCK m. 492/2; en az beş kişinin cürüm işlemek için cemiyet kurması, TCK, m. 313) tahrikçi ajanın, sayının hesabında nazara alınıp alınmayacağı problemi akla gelmektedir (6).

**72.** Tahrikçi ajan konusunun bizi ilgilendiren ciheti işlenemez suç konusuyla olan münasebetinden ibarettir. Daha doğrusu, suça ister teşvikçi veya azmettiren gibi mânevî bir şekilde, ister, madde-ten icraî fiillerde bulunarak, fakat her hâlde, tahrik ettiği kimseleri

---

(4) Kavrama verilen çeşitli anlamlar ve tanımlar için bk. özellikle : **FIGLIORE**. op. cit. s. 117 - 118 - **NEPPI MODONA**. op. cit. s. 220 ve mü.

(5) **VITOLO**. Agente Provocatore, s.11. (Zikreden : **DÖNMEZER** - **ERMAN**). op. cit. II, s. 541.

(6) Tahrikçi ajan konusu ve doğurduğu problemlerle ilgili bibliyografya için bk. **FIGLIORE**. op. cit. s. 118 - 9, d. n. . 3 - **NEPPI MODONA**. op. cit. s.220 - 1, d. n. 5, 7.

adalete teslim etmek, suçüstü yakalamak veya suçluları ortaya çıkarmak gibi bir saikle katılmış bulunan ve genellikle zabıta kuvvetlerine mensup olan bir kimsenin, göstereceği faaliyetin, alacağı veya aldıracağı tedbirlerin, suçun varlığına ve özellikle, tahrik edilenlerin yaptıkları hareketlerin elverişliliğine etkide bulunup bulunmayacağına incelenmesi gerekir.

Bu konuda teklif edilen çözüm yolları pek çeşitlidir (7). Tahrikçi ajanın müdahalesinin, fiili, sözde suç haline getireceğinden, görünüşte suç, hareketin elverişsizliği sebebiyle işlenemez suç, mevzuun yokluğu sebebiyle işlenemez suç, kanunî tipte gösterilen unsurların eksikliği, şekli tamamlanma, teşebbüs halinde kalmış yahut tamamlanmış suça kadar çeşitli ipotezlere vücut verebileceğinden söz açılmıştır. Bir fikre göre de, müdahalenin cinsine göre, bu ihtimâllerden her hangi biri söz konusu olabilir. Peşin bir hüküm verilemez (8).

Kanaatimizce, tahrikçi ajanın faaliyetinin, işlenen fiili, sözde suç haline getirebileceği fikri kabüle şayan değildir. Eğer, gerçekten, bir sözde suç ipoteziyle karşılaşılacaksa, bu gibi hâllerde ceza hukukunun müdahalesi söz konusu olmayacaktır. Ancak, böyle bir neticenin, toplum gerçeklerine uymayacağı aşikârdır. Öte yandan, düşünüş tarzı ve vardığı hüküm, hukukî gerçeklere de aykırıdır. Bir kere, sözde suçun mevcudiyeti için, işlenen fiilin, kanun tarafından öngörülmemiş olmasına rağmen suç sanılması, yani, hukukî bir yanılmaya düşülmesi lâzımdır. Oysa, bu gibi olaylarda, kastedilen fiil, daima kanunun açıkça suç saydığı bir fiildir. Bundan başka, doktrinde, fiilî yanılma sebebiyle sözde suç denilen (9) ipotezden de bahsedilemez; çünkü, ortada suçun kurucu unsurlarından birini etkileyen bir durum yoktur. Görünüşte suç denilen hâllerin ise, işlenemez suçtan başka bir şey olmayacakları evvelce görülmüştü. Üzerinde durduğumuz olaylarda, meselâ, polisin, bir uyuşturucu madde kaçakçısı ile alış verişe girişmesinde ise, suçun hem aktif, hem pasif süjesi, hem de maddî mevzuu mevcuttur. Eksik olan husus, hareketin tamamlanamamış veya neticenin husûle gelmemiş olmasıdır. Bu son mülâhaza, tahrikçinin müdahalesinin, şekli ta-

---

(7) Çözüm yolları ve buna ilişkin genel bibliyografya için bk. NEPPI MODONA. op. cit. s. 226 ve mü.

(8) NEPPI MODONA. op. cit. s. 228 ve mü.

(9) BK. Yuk. n. 10.

mamlanma veya mevzuun yokluğu sebebiyle işlenemez suçta vücüt vereceği görüşünü de bertaraf eder. Öte yandan, suç, tahrikçinin faaliyetine rağmen, bütün unsurları ile tamamlanmış olabilir. Fakat, bu takdirde, problem bizim konumuzun dışına çıkmış olur.

Geriye, tahrikçi ajanın, mânen veya maddeten suçta katılmış olmasının, aldığı tedbirlerin, hareketi elverişsiz kıldığı veya son müdahelenin, hareketlerin tamamlanması yahut neticenin husule gelmesinden önce yapılmış olmasına göre, teşebbüs halinde kalmış bir suçta vücüt vereceği iddiaları kalmaktadır. Şimdi, bunlardan hangisinin gerçeğe uygun olduğunu tesbite çalışacağız.

**73.** Bir düşünüşe göre, tahrikçi bir ajanın müdahale ettiği olaylar, hareketin elverişsizliği sebebiyle işlenemez suçta vücüt verirler. Gerçekten, denilmektedir, meselâ, ticarete hile karıştırma suçunu tahrik edenin bir polis memuru ve alıcının, sadece suçluyu yakalamak veya yakalatmak amacıyla hareket eden bir kimse olması (10) yahut tahrikçinin, bir kimseyi polis tarafından göz altına alınan ve kuşatılan bir yerde hırsızlık yapmağa teşvik etmesi (11) gibi olaylarda, tahrik edilen failin yaptığı hareketin, zararlı veya tehlikeli neticeyi doğurmağa elverişli olmadığı; memnu silâh alım satımında, polis kendini alıcı gibi gösterdiği takdirde (*ficti emptores*), sadece şeyin el değiştirmesinin, alım satımın vukuuna delâlet etmeyeceği, taraflardan birinin satmak istemesine rağmen, diğeri almak niyetini taşııyorsa, satıcının hareketinin, satımın teşekkülüne elverişli olmayacağı, çünkü, mülkiyetin devri neticesinin meydana gelmesinin imkânsız olduğu aşikârdır (12).

**74.** Oldukça yaygın bir başka fikre göre ise, konu bir genellemeye müsait değildir. Başka bir deyişle, her olayın özellikleri göz önüne alınmadıkça, tahrikçinin müdahalesinin, her hâlde, hareketi elverişsiz kılacağı, dolayısıyla, failin cezalandırılmayacağı söyleneceği gibi, daima cezalandırılabilir bir teşebbüs ipotezine vücüt vereceği de iddia edilemez (13).

---

(10) CECHHI. II tribunale, 1934, n. 9 kronik Zikreden : CONCI. op. cit. s. 170.

(11) Bk. DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. II, s. 545.

(12) GRIECO, Antonio. Appunti Sul Reato Impossibile e Sul Reato Apparente, Gius. Pen. II. Nov. 1954, s. 914.

(13) Bk. Ezc. : MANZINI. Trattato. II, s. 458 ve mü., I, s. 577. Yazar, İtalyan Mahkemeler İçtihadından bazı örnekler de vermektedir. - VANNINI. Reato Impossibile. s. 194 ve mü. FIORE. op. cit. s. 120 ve mü.

Bu kanaatta olanlara göre, tahrikçi ajanın bir olaya çeşitli yollar-  
dan katılması mümkündür. Meselâ, tahrikçi, diğerlerini sadece suça  
teşvik edecek veya suç vesilesini yarattıktan sonra, ileride uygun bir  
zamanda müdahale etmek üzere, hareketin normal seyrini izlemesi-  
ne göz yumar, yahut icrasında, öteki suçlular gibi, bilfiil rol oynar.  
Öte yandan, tahrikçinin, suç teşkil eden hareketlerin bir kısmına ka-  
tılması veya icra hareketleri tamamlandıktan sonra, zararlı sonuç-  
larını mümkün mertebe önlemek için ve suçluları adalete teslim et-  
mek üzere müdahalede bulunması mümkündür. İşte, tahrikçinin,  
tahrik ettiği suça katılması şekillerindeki bu çeşitlilik, hareketle-  
rin elverişliliği üzerinde etkisi hakkında peşin bir hüküm verilme-  
sine mânidir (14).

Bu kanaatta olanların birleştikleri ortak nokta, tahrikçi ajanın  
müdahalesinin, sonradan husûle gelen bir elverişsizlik halinde be-  
lirmesinin teşebbüsü cezalandırılabilir olmaktan çıkarmayacağı hu-  
susudur (15). Ancak, bundan neyin anlaşılacağı hususunda birlik  
yoktur. Meselâ, Manzini şöyle düşünür (16) : bir polis memuru ta-  
rafından tahrik edilen ve genellikle suçluyu polisin ağına düşürmek  
için sahneye konulan olaylarda, eğer failin yaptığı hareket elverişli  
veya mevzu mevcut ise cezalandırılacağından şüphe edilmemelidir.  
Eğer, tahrikçi ajanın faaliyetine rağmen, fiilin, bütün unsurlarıyla  
gerçekleşmesi mümkün ise, tamamlanmış veya teşebbüs halinde  
kalmış suçlar söz konusu olacaktır. Bu itibarla, durakta durduğu  
sırada taksimetresi çalışmakta olan bir otomobile, bir polis memuru,  
şoförün kasdını tahkik için biner ve inmek istediği yerde, şoför  
fazla para almağa kalkışırsa ortada cezalandırılabilir bir hareket  
vardır. Zira, hareketin elverişsiz sayılabilmesi için, elverişsizliğin  
harekete içkin olması gerekir. Hareketin dışında kalan, ona yabancı  
bir sebeple yaratılan elverişsizlik bu anlamda bir elverişsizlik değıl-  
dir (17). Bu temelden hareket eden Manzini, İTM'nin, suç üstü ya-  
kalanabilmesini sağlamak için, muhayyel bir şahsa gönderilen bir  
zarfın içine konmuş parayı alan posta memurunu zimmete para ge-

---

(14) FIORE. op. cit. s. 120 - 1.

(15) Bk. VANNINI. op. cit. s. 195 - 6. - MANZINI. Trattato, I, II, loc. cit. FIORE. op. cit.  
s. 123 ve mü.

(16) MANZINI. Trattato, I, s. 577.

(17) Aynı mahiyette : CONCI. op. cit. s. 168 - 9.

çirmekten sorumlu tutan kararını ve aynı paraleldeki diğer bazı kararları (18) görüşünün teyidi sadedinde zikrelemektedir.

Buna mukabil, Vannini, aynı mahiyette olan ve bir esnafı, gayri-mevcut bir kabahat fiili dolayısıyla para cezası ödemeye ikna etmeğe çalışan vergi memurunu, esnafın, durumdan önceden haberdar edilmiş olmasına rağmen, irtikâptan suçlu gören İTMK'ni vermekte, bu kararın ancak, şahsın, vergi memuru tarafından icra hareketlerine başladıktan sonra, hileden haberdar edilmesi halinde doğru sayılabileceğini ileri sürmekte ve tahrikçi ajan'ın müdahalesi yüzünden, neticenin vukuunun imkânsız olduğu hallerde cezalandırılabilir bir teşebbüsün mevcut olmayacağını beyan etmektedir (19).

Elverişsizliğin yalnız harekete içkin olması halinde bir anlam taşıyabileceği, harekete yabancı bir faktörün, onun elverişliliğini etkilemeyeceği, olsa olsa irade dışında mâni bir sebep sayılabileceği yolundaki görüş, şöyle de eleştirilmiştir : elverişlilik tayin edilirken, harekete içkin ve harekete yabancı olumsuz sebepler arasında bir ayırım yapılamaz. Çünkü, hareket, onu çeviren bütün şartlarla birlikte mütalea edilmesi gereken somut bir gerçekliktir. Bu itibarla, yapılan hareketin, zararlı neticeyi meydana getirme bakımından etkisiz olduğunun anlaşıldığı her olayda - bu etkisizliğin sebebi ne olursa olsun - elverişsiz bir hareket ve işlenemez bir suç vardır (20).

Buna göre, tahrikçinin müdahalesi yüzünden zararlı her hangi bir neticenin vuku imkânı (21) peşinen bertaraf edilmiş olursa, suçlunun hareketine takaddüm eden bu imkânsızlık, hareketi elverişsiz kılacaktır. Böylelikle, bağlangıçta yahut hareketten önceki imkânsızlığı, sonradan husûle gelen imkânsızlıktan ayıran ve ancak ikinci ipotezin gerçekleşmesi halinde cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığını kabûl eden görüş vuzuh kazanmaktadır. Bu anlayış, aynı temelden hareket eden ve az önce özetlemiş bulunduğumuz birincisinden farklı sonuçlara varır ve meselâ, aldatılacağı ve aldatma sırasında kullanılacak vasıtalar kendisine polis tarafından önceden bildiril-

---

(18) Kararlar için bak. MANZINI. Trattato. I, s. 527, d. n. 16.

(19) VANNINI. op. cit. s. 195 - 6. Aynı Mahiyetle : MARMO. In Tema di Reato Impossibile, Ann. Dir. Proc. Pen. 1940, 8. (Zikreden : SCARANO. op. cit. s. 215).

(20) FIORE. op. cit. s. 121 - 2.

(21) «İhtimâl» den değil de «imkân» dan söz açılmasının sebebi, bu fikirleri ileri süren Fiore'nin, tehlike denince bir zarar imkânının mevcudiyetini anlamasıdır.

miş olan kimse aleyhine işlenen hileli hareketi, para, polis, suç delillerini ele geçirmek için müdahale edinceye kadar geçecek kısa bir süre için, faile verilmiş olsa bile, dolandırıcılık suçunu işlemeğe elverişli bir hareket saymaz. Buna sebep olarak da, bir yandan, dolandırıcılığın ayırıcı niteliği olan zarar unsurunun, fiilin görünüşteki mağdurunun, verdiğini derhal geri alacağını bilmesi dolayısıyla tekevvün etmemesini, öte yandan da böyle bir olaydaki imkânsızlığın, sonradan ortaya çıkan bir imkânsızlık, hareketin inkişafı sırasında belirip onu durduran tesadüfî bir sebep olmayıp, ihlâl edilmek istenen hakkı, başlangıçtan itibaren tehlikeden masun kılan bir imkânsızlık olmasını gösterir (22).

Fiore, aynı sebeplerle, askeriye ait bir depodan mal çalıp, bunu tarihçi ajanlardan birinin gösterdiği bir binaya götürdükten sonra, orayı göz altında bulunduran ve kuşatmış bulunan polisler tarafından yakalanan failerin hırsızlıktan mahkûmiyetine karar verilmiş olmasını da tenkit etmekte (23) ve bu olayda bir hırsızlığın değil, ancak bir komedinin mevcut olduğunu söylemektedir. Yazara göre, gerçi, şey alınmış ve mal edinilmiştir, ancak, hırsızlığın temel unsuru olan «zilyedliğin kaybı» vuku bulmamıştır. Çünkü, malın sahibi olan idare, başlangıçtan itibaren her ân, kendisinden alınanı istirdat etmek imkânına sahipti. Bu sebeple, zararlı muhtevası bulunmayan bir şekli tamamlanma söz konusu olur ve yapılan fiil, ceza hukuku açısından önem taşımaz (24).

Bu şekil düşünüşün bir başka neticesi, doktrinde zarurî iştirâk denilen hâllerde ve özellikle iki taraflı suçlarda (*reati bilaterali*) ortaklardan birinin polis memuru veya suça katılıyormuş gibi davranan bir kimse olması halinde bir suçun mevcudiyetinin kabûl edilmemesidir. Denilir ki, bu çeşit suçlarda failerin hareketlerinin aynı cürmî amaçta birleşmiş olması ve karşılıklı faaliyet gösterilmesi

---

(22) FIORE. op. cit. s. 123 - 4.

(23) FIORE. op. cit. s. 125.

(24) FIORE. op. cit. s. 126 - 7. Aynı mahiyette : GRIECO. op. cit. s. 916 - 7. Grieco'ya göre, suçun mevzuunun mutlak yokluğu ile ihlâl edilmesinin mutlak surette imkânsızlığı arasında bir fark yaratmak için sebep yoktur. Bu hâlde, icraya başlanılmasından önce mevcut sebepler dolayısıyla, hareket ile mevzu arasında bir temas kurulmasına imkân olmadığı gibi, mevzu da böyle bir hareket karşısında yok hükmündedir. Ve eğer mevzu ile hareket arasına aşılması imkânsız bir engel girmişse, bu engelin polislerden ibaret olması veya kilometrelerce uzunluktaki bir yol olması arasında hiç bir fark yoktur. Bk. op. cit. 917.

şarttır. Faillerden birinin, ortak amacın gerçekleşebilmesi için, öteki faille birleşmek şöyle dursun, mukabil faaliyet gösterip ondan ayrılması, kanundaki suç tipinin vücut bulmasına mani olur (25).

Bütün bu söylenenleri özetlemek gerekirse diyebiliriz ki, bu görüş taraftarları, tahrikçi ajanın müdahalesi ile işlenen fiillerde, hareketin elverişliliğinin ortadan kalkmayacağı veya kalkacağı yolunda peşin bir hüküm verilemeyeceği, bunun, hareketten evvel mevcut veya sonradan zuhur eden sebeplerden birinin müdahale etmiş olmasına göre tayin edilebileceği, eğer böyle bir sebep daha başlangıçta zararlı veya tehlikeli neticesinin gerçekleşmesi imkânını bertaraf etmişse, hareketin elverişli sayılamayacağı ve belli suç tiplerinde, tahrikçi ajanın müdahalesinin mutlaka elverişsizlik sonucunu yaratacağı kanısındadırlar.

75. Kanaatimizce, ne, tahrikçi ajanın müdahale ettiği olayların hepsinde, hareketin elverişsizliği sebebiyle bir işlenemez suçun mevcut olacağını ileri süren görüş (n. 73), ne de ortalama bir çözüm tarzı bulmak iddiası ile ortaya çıkan ve mani sebebin, hareketten önce veya sonra ortaya çıkmasına bakılarak olaydan olaya bir hüküm verilmesi gerektiğini beyan eden görüş (n. 74) kabûl edilemezler.

Hareketin genel olarak elverişliliğini tayin ederken uygulanan usûl ve izlenen yolun, burada da uygulanmaması için hiç bir sebep yoktur. Yani, tahrikçi bir ajanın müdahalesiyle işlenen fiillerde de, suça sevk edilen kimsenin (agente provocato) harekete başladığı anda bilinebilen şartlara göre, zararlı veya tehlikeli neticenin meydana gelmesinin muhtemel olup olmadığı sorusunun sorulması gerekir. Bu soruya verilecek cevap ise, ancak olumlu bir cevap olabilir. Başka bir deyişle, olaya tahrikçi ajanın, sadece bir teşvikçi veya azmettirici yahut maddî aslî fail olarak katılmış bulunması, diğer ortaklar tarafından yapılan hareketi elverişsiz kılmaz. Çünkü, tahrikçinin bu sıfatı ve faaliyetinin önleyici etkisi, *ex ante* değil, ancak *ex post* tesbit edilebilen hususlardır (26).

Mahkemeler içtihadına göre, bütün bu hâllerin cezalandırılabilir faaliyetler sayılmaları da, görüşümüzün doğruluğunu ve öteki

---

(25) Bu kanaati destekleyen bir İTMK kararı için bk. FIORE. op. cit. s. 130, d. n. 21. Aynı notta aksi yönde kararlara da atıflar vardır.

(26) Bk. NEPI MODONA. op. cit. s. 227, d. n. 21.

düşüncelerin gerçeklerden uzaklaşmış olduklarını gösterir. Gerçekten, aksi yöndeki çözüm tarzı, bir yandan ceza siyaseti ile çatışması yüzünden suçlulukla savaşı zayıflatabileceği gibi, en önemli görevlerin biri suçluları takip edip adalete teslim etmek olan zabıta teşkilâtını da geniş ölçüde lüzumsuz hale sokar. Kaldı ki, problemi olumlu tarzda çözümleyen görüşümüzü destekleyen başka hukuki dayanaklar da vardır.

Bir kere, karşı fikri ileri sürenler, tahrikçinin müdahalesi diye özetlenebilecek engelin, başlamış bir hareketin tamamlanmasını önleyen ve failin iradesi dışında olan bir mani sebep mahiyeti arzettiğini görmemezlikten gelmektedirler. Hareketin icrasına başlanılmıştır ve bu icra başlangıca elverişlidir (27). Aleyhinde hileli vasıtalara başvurulacağı ve dolandırılacağı kendisine önceden haber verilen kimse, belki, o olayda kanmadığı hâlde, kanmış görünecektir. Ancak, ex ante bilinebilen şartlara, olayların büyük çoğunluğunun verdiği neticelere göre, yapılan hileli hareketleri kandırıcı saymamağa imkân yoksa, hareketin elverişsizliği sonucuna varılamaz. Eğer netice meydana gelmemişse, bunun sebebi, tahrikçi ajanın müdahalesinin, olayların normal seyrinden tesadüfi ve istisnai bir sapma teşkil etmesidir (28). Aynı sebeplerle, söz konusu olaylardaki imkânsızlığın, failin fiilinden önce ve harekete içkin olduğu, tecavüze uğrayacak hakkın bir tehlikeye maruz kalması ihtimalinin peşinen bertaraf edilmiş bulunduğu ve failin hareketlerinin sadece görünüşte elverişli sayılabilecekleri yolundaki itirazların da reddi gerekmektedir (29).

Öyle sanıyoruz ki, teşebbüsün, yöneldiği mevzua göre değerlendirilebileceği, mevzu mevcut değilse veya mevcut olması imkânsız ise, cezalandırılabilir teşebbüsten bahsedilemeyeceği görüşü de, (30) incelemekte olduğumuz olaya uygulanamaz. Çünkü, tahrikçi ajanın suça sevkettiği kimselerin yaptığı hareketlerin maddî mev-

---

(27) Aynı mahiyette : **PELUSO - CASSESE**. op. cit. s. 61 ve mü. **SABATINI**. op. cit. II, s. 43. - **SCARANO**. op. cit. s. 214. **MAGGIORE**'ye göre, bir polis memurunun, bir kimseyi suçüstü yakalamak için onu suça teşvik etmesi halindeki elverişsizlik nisbi olduğundan failin cezalandırılması gerekir. op. cit. I/1, s. 415.

(28) **SCARANO**. op. cit. s. 215.

(29) **SCARANO**. op. cit. loc. cit.

(30) **SELMO**. Agente Provocatore e Reato Fittizio, Riv. Pen. 1945, (Zikreden : **SCARANO**. op. cit. s. 216).

zularının mevcut olmadığı söylenemez. Sadece, ajanın müdahalesi, bu mevzua yönelmiş bulunan hareketin, etkenliğini ortadan kaldıran, atipik ve tesadüfî bir sebep olarak belirmiştir.

Öte yandan, meselâ, tahrikçinin, uyuşturucu madde veya yasak silâh alım satımında alıcı gibi hareket edip, sonradan faili yakalatması olayları ve benzerlerinde, önemli olan hususun, yapılan hukukî işlemin geçerliliği olmayıp, mülkiyeti intikale elverişliliği olduğu ve satıcının amacına ulaşamamasının, yani alıcının malı mülk edinmemesinin, devir münasebetinin gerçekleşmesini engellemeyen sonraki bir vakıa olduğu da düşünülebilir (31).

#### **76. Polisin Aldığı Tedbirlerle Sair Korunma Tedbirlerinin Elverişliliğe Etkisi :**

Tatbikatta, tahrikçi ajan konusu ile polisin suçluyu ele geçirmek veya suçun tamamlanmasını önlemek için aldığı tedbirler konusu tedahül arzederler. Gerçekten, bir kimseyi suça sevkeden tahrikçi ajanın, kimseyi suç üstü yakalamak için gereken tedbirleri alması ve aldırması tabiidir (32). Hattâ çoğu zaman, tahrikçi ajan, asıl faillerin arasına bu tedbirler cümlesinden olmak üzere sokulur. Şimdi üzerinde durulacak husus, tahrikçi bir ajanın, olaya her hangi bir müdahalesi olmaksızın, suçtan haberdar olan polisin ve genellikle zabıta kuvvetlerinin alacakları tedbirlerin etkisini tesbitten ibaret olacaktır. Konu, bu yönden ele alındığı takdirde, tahrikçi ajan konusuyla arasındaki yapı farkı belirmiş olur. Gerçekten, burada, birincisinde olduğu gibi, hareketin başlamasına ve devamına doğru dan doğruya etkide bulunan bir durum söz konusu değildir. Polisin aldığı tedbirler, esas itibariyle, polisin nihaî müdahalesi gerçekleşinceye kadar, hareketin normal bir şekilde gelişmesine mâni olmazlar (33).

**77.** Polis tarafından alınan tedbirlerin hareketin elverişliliğine etkisi konusundaki fikirlere de ana hatları itibariyle iki gruba ayrılırlar. Ancak, şunu hemen söyleyelim ki, polis kuvvetlerinin, fail tarafından icraya başlandıktan, yâni ihlâl edilmek istenen hukukî

(31) İTMK. Sez. III. 29 Aralık 1953, Gius. Pen., 1954, II, col. 488. Keza : GRIECO. op. cit. 910 ve mü.

(32) NEPI MODONA. op. cit. s. 279.

(33) Kırş. FIORE. op. cit. s. 134 - NEPI MODONA. op. cit. s. 278 - 9.

menfaat bilfiil tehlikeye mâruz kaldıktan sonra, durumdan haberdar olup müdahale etmesi halinde, hareketlerin elverişliliğinin ortadan kalkmayacağı ve fâilin, bu mâni sebebin ortaya çıktığı âna göre, nakıs veya tam teşebbüsten ötürü sorumlu tutulacağı hususunda ittifak vardır. Bu sebeple, meselâ, bir kimse bir şahsa tehdit mektubu yollayıp ondan para istese, fakat tehdit edilen kimse, polise haber verip, tehdit edeni, mektupta gösterilen buluşma yerinde yakalatsa, vâki müdahale, fâilin ihtiyârı dışındaki bir mâni sebepten başka bir şey değildir ve hareketinin elverişliliği dolayısıyla, fâil, teşebbüsten sorumlu tutulur (34).

Bir fikre göre, polis tarafından alınan tedbirler, somut olayda, hukuken korunan menfaatin ihlâl edilmezliği sonucunu doğurdukları için, işlenemez bir suça vücüt verirler.

Ancak bu katı fikrin, doktrinde pek fazla taraftar bulamamış olduğunu söylemekte yanlış bir taraf yoktur. Genellikle kabûl edildiğine göre (35), polis tarafından suçluları ele geçirmek için alınan tedbir ve hazırlanan tertipler, neticenin meydana gelmesini daima imkânsız kılmazlar. Birçok hâllerde zayıf da olsa bir başarı ihtimali olabileceği ve bu tedbirlerin aşılmaz birer mânia teşkil etmedikleri unutulmamalıdır. Bir evin soyulmaması için tedbir alan polislerle, hırsızların giriştikleri mücadelede, hırsızların galip gelip maksatlarına erişmeleri imkân dahilindedir (36). Bu itibarla, söz konusu olaylarda fâillerin yaptığı hareketlerin elverişli olup olmadıklarını tâyin edebilmek için somut her ipotezin ayrı ayrı ele alınması ve hareket başladığı sırada ve gelişirken bir zarar veya tehlikeye sebebiyet verme imkânsızlığının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır (37).

Eğer tehlikeli veya zararlı neticenin husule gelmesini kesinlikle önleyici bir engelin *ex ante* mevcudiyeti gösterilebiliyorsa hareketin elverişsizliğine hükmedilmelidir. Buna karşılık, neticenin vukunun güç olmakla beraber imkânsız olmadığı her olayda, hareketin

(34) Bk. PANNAIN. op. cit. s. 463 - VANNINI. Reato Impossibile, s. 195. - SABATINI. op. cit. II, s. 43.

(35) BATTAGLINI, G. Diritto Penale, Parte Generale, s. 248 - SABATINI. op. cit. s. 42 - 3. - MAGGIORE. op. cit. s. 415. - PANNAIN. op. cit. loc. cit. Keza : FIORE. op. cit. s. 132 ve mü.

(36) BATTAGLINI. op. cit. loc. cit.

(37) Bk. özellikle FIORE. op. cit. s. 133 ve mü. Keza : NEPPI MODONA. op. cit. s. 280 ve mü.

neticeyi doğurmağa elverişli olduğu kabûl edilmek gerekir (38). Bu şekilde düşünenlerin, polisin önceden tedbir alması hâllerini omojen bir kategori olarak kabûl etmedikleri âşikârdır. Bunlara göre, meselâ, tahrikçi ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu olaylarda, tahrikçi, suça teşvik edilen fâilin hareketlerini, kişisel ve çevresel şartları peşinen tâyin ettiği gibi, suçun, önceden hazırlanan bir plâna uygun olarak başlamasını, devamını ve başarısızlıkla sonuçlanmasını da sağlamaktadır. Burada ise, zabıta kuvvetlerinin önceden tedbir almış olmaları, cürmî plânın gerçekleştirilmesini kesinlikle imkânsız kalan bir faktör sayılamaz. Olayların çoğunda, zabıta kuvvetleri, aldığı tedbirlere rağmen, hareketle netice arasında bir illiyet bağının kurulmasını önleyemez (39).

Yalnız, bu noktada, önemli bir hususun açıklığa kavuşturulması lâzımdır : fikirlerini naklettiğimiz yazarların, mahiyeti ve prosedürü evvelce izah edilmiş olan *ex ante* bir elverişlilik hükmünün verilmesine taraftar oldukları zannedilmemelidir. Değerlendirmenin *ex ante* yapılacağıının belirtilmesine rağmen, muhakeme tarzları, söz konusu ilkenin mahiyetine uymaz. Gerçekten, bunlara göre, polisin önceden tedbir aldığı olaylarda uygun illiyet kriteri uygulanamaz; çünkü, polis kuvvetleri somut bir olayda yetersiz kalsalar bile, polisin hazır bulunuşu, *id quod plerumque accidit* ilkesine göre suçun işlenmesini önleyen bir sebeptir (40).

78. Kanaatımızca, bu şekilde hareket edildiği takdirde, elverişliliğin *ex post* değerlendirilmesinden başka birşey yapılmamaktadır. Oysa, bu hâlde de, değerlendirmenin, gerçek anlamında *ex ante* yapılması için sebep ve bu esastan inhiraf edilmesine imkân yoktur. Yalnız, biz, değerlendirmenin *ex ante* olması fikrini benimseyen bazı yazarlardan farklı düşünüyoruz. Meselâ, Neppi Modona, bu anlamdaki bir değerlendirme sonunda hareketin elverişli olduğunun anlaşılması halinde, teşebbüs hükümlerinin uygulanması, buna mukabil hareket elverişsiz ise, kanunilik ilkesi gereğince fâile ceza verilmesi gerektiği kanaatındadır (41). Bize göre ise, polisin önceden tedbir aldığı olaylarda, *ex ante* yapılacak bir araştırma her hâlde olum-

---

(38) FIORE. op. cit. s. 133.

(39) ID. s. 134 - 135.

(40) FIORE. op. cit. s. 136.

(41) NEPPI MODONA. op. cit. s. 281 - 2.

lu bir şekilde sonuçlanır, başka bir deyişle, hareketin elverişliliğinin kabûlü doğru olur. Çünkü, bir kere, polisin almış olduğu tedbir ancak, hareketin gelişmesi sırasında, yâni *ex post*, tesbit edilebilir (42). Öte yandan, bizatihî polis tarafından alınmış olan bir tedbir, hareketi etkisiz bir hale getirmez. Başka bir deyişle, bu sebepler yüzünden, hareketin içkin yapısında ve gelişme seyirinde bir anomali meydana gelmez. Söz konusu tedbirler, elverişli bir şekilde gelişmekte olan bir hareketi durdurmak veya tamamlanmış bir suçtan doğan zararlı sonuçları mümkün olduğu kadar gidermek şeklinde özetlenebilecek bir fonksiyona sahiptirler (43).

Hele, polis kuvvetlerinin, suçluları suçüstü halinde yakalamak için, suçun tamamlanmasını bekleyip müdahalede bulunması halinde, cezalandırılabilir bir fiilin, bütün unsurlarıyla tamamlandığında şüphe olmamak gerekir. Bu ipotezin tipik bir misâli, bir depoyu soymak isteyenleri yakalamak için tedbir alan polisin, gayelerine ulaştıktan sonra, çaldıkları eşya ile oradan uzaklaşmak isteyen hırsızları ele geçirmesi olayında görülebilir. Gerçi, bazı yazarlar gibi, soyulacak yeri, devamlı gözaltında bulunduran ve kuşatmış olan polisin aldığı bu tedbir yüzünden, hukuken korunan menfaatin hiç bir tehlikeye mâruz kalmış olmadığı, eşya çalınmış olsa bile nasıl olsa hemen istirdat edilebileceği için sadece şekli bir tamamlanmanın söz konusu olacağı düşünülebilir (44). Ancak, bu makbûl bir görüş değildir. Çünkü, bir kere polis, buradaki müdahalesini, ihlâlin vukuunu önlemek için değil, meselâ, çalınanları sahibine geri vermek suretiyle, suçtan doğan zararlı sonuçları mümkün mertebe gidermek için yapmıştır. Kaldı ki, hareketin bir tehlike doğurmağa elverişli olup olmadığı problemi, yalnız teşebbüs halinde kalmış suçlar bakımından anlam taşır. Bu olayda, hareket, tehlikeli olmakla kalmamış, bir de zarar getirmiştir (45).

79. Sair koruma tedbirlerinin, hareketin elverişliliği üzerindeki etkisine gelince... Bunlar, nitelikleri itibariyle —meselâ, bahçeyi

---

(42) Aynı mahiyette : ANTOLISEI. op. cit. s. 347.

(43) ANTOLISEI, op. cit. loc. cit. - SCARANO. op. cit. s. 213. Yazar, bu görüşü destekleyici bazı İTMK zikretmektedir. Bk. op. cit. loc. cit.

(44) Bk Yuk. n. 74.

(45) NEPI MODONA. op. cit. s. 284 - 5.

çeviren parmaklıklara elektrik cereyanı verilmiş olması...— fâilin, cürüm kararını icraya başlamasına mâni olmuşsa mesele yoktur. Diğer hâllerde, bundan önceki paragraflarda varılan sonuçların geçerli olduklarını sanıyoruz.

## ÜÇÜNCÜ BAŞLIK

### Mevzuun Yokluğu

#### 80. Mevzu Kavramı :

Burada kastedilen mevzu, hareketin (veya suçun) maddî mevzuudur (1). Failin yaptığı hareketin, üzerinde tesirini icra ettiği kişi veya şey, onun maddî mevzuunu teşkil eder (2). Hareketin maddî mevzuu, prensip itibarile, suçun pasif süjesinden, yani, suçtan zarar gören kimseden ayrılır. Bununla beraber bazı hâllerde suçun pasif süjesi ile hareketin maddî mevzuu, mutabakat arzedebilirler. Meselâ, adam öldürme suçunda, gerek hareketin maddî mevzuu, gerek suçun pasif süjesi, yani mağduru, aynı kişi, öldürülecek kimsedir (3). Cinsî hürriyete karşı işlenen suçlar için de aynı şey söylenebilir. Bazı suçlarda ise, hareketin birden fazla konusu vardır. Meselâ, yağma suçunda, hareketin konusu, hem tehdit veya cebre marûz kalan kimse, hem de bu kimseden, zorla alınan para veya sair eşyadır. Niha yet, bazen, hareketin maddî konusu, suçun faili ile aynı kişi olabilir. Gebe olan bir kadının, çocuğunu düşürmesinde hem fail, hem maddî mevzu aynı kadındır (4).

İste, bu maddî mevzuun yokluğu halindedir ki, gerek doktrin gerek mevzuatta, hareketin elverişliliği ipotezine paralel olarak, bir

---

(1) FIORE'ye göre, hareketin maddî mevzuuna, «suçun maddî mevzuu» da denilmesi doğru değildir. Çünkü, suçun maddî mevzuu, hukuk kuralı tarafından ceza tehdidi ile korunan hak veya menfaattir (op. cit. s. 137). Biz hareketin maddî mevzuu 'erimini tercih etmekle beraber, yazarın gösterdiği gerekçeye katılmıyoruz. Zira, hukuk tarafından korunan hak veya menfaat, suçun maddî değil, hukuki konusudur. Bk. ANTOLISEI, op. cit. s. 121, n. 70.

(2) Bk ANTOLISEI, op. cit. s. 127 - MANZINI, Trattato, II, s. 464 - FIORE, op. cit. 137, - FETROCELLI, Principi, s. 231. - ROCCO, L'oggetto, s. 10 ve mü. - SINISCALCO, op. cit. s. 174.

(3) Suçun pasif süjesi ve mevzuu konusundaki tamamen farklı eski anlayış için bk CARRARA, Programma, § 40, 42 ve PELUSO - CASSESE, op. cit. s. 33 - 4 .

işlenemez suçun söz konusu olacağı kabul edilmektedir .Suçu meydana getirecek hareket ile, bunun mevzuu ayrı ayrı müesseselerdir. Bununla beraber, ikisi arasında sıkı bir bağın bulunduğu inkâr edilemez. Gerçekten, bir hareketin elverişli olup olmadığını, yönelmiş olduğu mevzuu da nazara almadan tayin etmeğe imkân yoktur. Hatta bir fikre göre, elverişsiz hareketten, somut olayda ceza kuralı tarafından korunan hak veya menfaatin bütünlüğünü tehlikeye maruz bırakmayan yahut neticeyi doğurmağa muktedir olmayan hareket anlaşılacağına göre, hareketin elverişsizliğini, maddi mevzuun elverişsizliğinden ayırmanın anlamı kalmayacaktır (4). Gece vakti, bir sütunun, duvara düşen gölgesine doğru yapılan atışın, failin hasmını öldürmeğe elverişli bir hareket olduğu iddia edilebilir mi ? Bu görüşe, biraz daha açık ve radikal bir hüviyet verilebilir : Mevzuda yokluk veya elverişsizlik denilen şey, aslında harekette elverişsizlikten başka bir şey değildir. Yanlışlıkla bir gölgeye ateş eden kimse mevzuunda elverişsizlik bulunan bir hareket değil, elverişsiz bir hareket yapmıştır. Çünkü, neticeye ulaşmak için seçilmiş olan «y o l» yanlıştır. Aynı durum, yankesicinin, elini, bir başkasının boş cebine sokması olayında da vardır (5). Bazı hâllerde ise, mevzudaki olumsuz nitelikler, hareketin elverişliliği veya elverişsizliği probleminin bile ortaya çıkmasına mani olurlar. Meselâ, hırsızlık kasdını, yanlışlıkla kendi eşyası üzerinde somutlaştıran veya yaşayan bir kişiyi vurduğu zannıyla bir cesede ateş eden kimsenin elverişsiz vasıta seçmiş olduğu söylenemez (6). Burada, fiilî unsurlardaki eksiklik sebebiyle suç teşkil etmeyen bir durum söz konusudur. Bunun neticesi olarak işlenemez suç müessesesini, yalnız vasıtanın elverişsizliği ipoteziyle sınırlı olarak ele almak gerekir (7).

Kanaatımızca, hareketin elverişli olup olmadığının tayini sırasında, mevzuun da göz önünde tutulacağını söylemekte bir yanlışlık

(4) VANNINI. Reato Impossibile. s. 191 - V. LISZT. op. cit. s. 311.

(5) V. LISZT. op. cit. loc. cit.

(6) VANNINI söyle düşünür : Eğer Ağrı dağına çıkmayı yasaklayan bir kanun hükmü olsaydı ve ben yanıma, gerekli bütün malzemeyi alıp tırmanmağa başlasam, fakat bir noktada şiddetli fırtına yüzünden vazgeçip geri dönsam, Ağrı'ya çıkmağa teşebbüs ettiğim şiddetli fırtına yüzünden delice bir bahis yüzünden dağa iki ayağımı bağlatıp tırmanmağa kalkışsam işlenemez bir suç söz konusu olacaktır. Fakat, Ağrı'ya çıktığımı zannederek Ercliyas dağının zirvesine tırmansam, Ağrı'ya tırmanmağa çalıştığım söylenebilir mi ? Ağrı'ya çıkmak başka, Ercliyas'e çıkmak başkadır (isimler tarafımızdan değiştirilmiştir). Bk. Problema. s. 74.

(7) V. LISZT. op. cit. s. 311 - 2.

yoktur. Elverişlilik kavramının nisbî oluşu, yani, elverişlilik hakkındaki hükmün her olayın somut şartları bakımından ayrı ayrı verilmesi zorunluluğu, başka şekilde düşünmeyi imkânsız kılar. Ancak, bunun neticesi, işlenemez suç, hareketin elverişsizliği ipotezine hasretmek ve mevzuun yokluğu hâline, bu müessese içinde müstakil bir varlık tanımamak olmamalıdır. Hareketin elverişliliğinin mevzua göre tesbit edileceğini söylemek başka, hareketin elverişli olmasına rağmen, mevzuun yokluğu sebebiyle işlenemez suçun söz konusu olacağını söylemek başkadır. Verilen misâllerde hareketin elverişli olduğundan şüphe edilmemelidir. Gerçekten, ateş edilen yerde, bir gölge veya ceset yerine bir insan bulunsaydı hareket kasdolunan neticeyi meydana getirebilecekti.

Öte yandan, mevzuun yokluğunun, yukarıdaki gerekçelerle işlenemez suç kategorisi dışında mütalea edilmesinin bir başka sebebi, bir kimsenin, başkasının sanarak kendi malını alması veya reşit olmadığı zannıyla reşit bir kimseyle cinsî münasebette bulunması gibi hâllerin, fiilî yanılma yüzünden sözde suç (reato putativo) sayılmalarıdır. Oysa, evvelce de izahına çalıştığımız gibi, bu hâller, sözde suç değil işlenemez suç saymak gerekmektedir (8).

#### **81. Mevzuda, mutlak - nisbî yokluk ayırımı :**

Doktrinde ve mahkemeler tatbikatında, mevzuun yokluğunun bir işlenemez suça mı, yoksa teşebbüs halinde kalmış bir suça mı vücut vereceği problemi, yokluğun mutlak oluşuna veya nisbî - ârizî bir bulunmayış şeklinde belirmesine göre çözümlenmek istenmiştir. Kabul edildiğine göre, bu ihtimâllerden birinci söz konusu ise bir işlenemez suç vardır. İkinci ihtimalin gerçekleşmesi halinde, fail, teşebbüsten dolayı cezalandırılır.

Bu şekilde düşünenlere göre mevzuda mutlak yokluk, ne zaman ve hangi şartlar altında faaliyete geçerse geçsin, failin cürmî maksadının gerçekleşmesini imkânsız kılan yokluktur (9). 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 salih

---

(8) Bk. Yuk. n. 10.

(9) MANZINI, Trattato. II, s. 466 - 7.

hiç bir şey mevcut değilse bu anlamda bir yokluktan söz açılmakta ve fail, fiillini ne şekilde işlemiş olursa olsun, kastettiği neticeye ulaşamayacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık, mevzudaki yokluğun geçicilik arzettiği ve esasen namevcut olmayıp, hareketin yapıldığı sırada, olay yerinde bulunmadığı hallerde ise mevzuda nisbî yokluk yahut tesadüfî 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. Buna benzeyen bütün olaylarda failin teşebbüsten ötürü cezalandırılması gerekir. Çünkü, fail hareketlerine devam etseydi, öldürmek istediği şahıs yatağına dönebilir, mağdurun öbür ceplerinde çalınabilecek eşya bulabilir, yahut kasaya yeniden para gelebilirdi (10).

## 82. Mutlak - Nisbî Yokluk Ayrımının Tenkidi :

Hareketin mevzuunun bu şekilde bir ayrıma tabi tutularak, mutlak yokluğun, işlenemez suça, nisbî yokluk veya tesadüfî bulunmayışın cezalandırılabilir teşebbüse vücüt vereceğinin ileri sürülmesi şiddetli tenkitlerle karşılaşmıştır. Denilmiştir ki, bir kere, mevzuun yokluğunu mutlak ve nisbî diye ikiye ayırıp bunlara farklı hukukî neticeler tanımak için elde sağlam bir ölçü yoktur. Çünkü, mutlak yokluk halinde suçun işlenmesi ne kadar imkânsız ise, nisbî yokluk denilen hallerde de aynı derecede imkânsızdır. Zaten ölmüş bir kimseyi nasıl öldüremezsek, hareketin yapıldığı ânda olay yerinde bulunmayan, meselâ, yatağından kalkıp banyoya girmiş, evini, az önce tiyatroya gitmek için terketmiş kimseyi de öldüremeyiz. Her iki hâlde de, teşebbüs dolayısıyla ceza verilmemesinin temel sebebi olan «tehlike» gerçekleşmemiştir. Öte yandan, mevzuun, olay yerinden ne kadar önce ayrılmış ve ne kadar uzaklaşmış olması halinde, nisbî bir yokluğun söz konusu olabileceğini gösteren kesin bir ölçü de verilememektedir. Mağdur, evi, beş dakika, bir saat, bir gün, bir ay önce terketmiş olabilir. Bütün bu hâllerde, nisbî yokluk var mıdır? Bundan başka, hareketten doğabilecek tehlikeye etkisi itibarile, mağdurun, banyoya, tiyatroya veya Amerika'ya gitmiş olması arasın-

---

(10) MANZINI. Trattato, II, s. 467. Söz konusu ayırım için bk. keza : CARRARA. Grado della Forza Fisica del Delitto, § 83, 85. - VALSECCHI. op. cit. s. 115 - 6. - BATAGLINI. op. cit. s. 79 - 80 - MAGGIORE. op. cit. I/1, s. 236. - SALTELLI - ROMANO. op. cit. I, s. 290 - 1. - BETTIOL. op. cit. s. 409. Keza : SEZGİN, Servet. Teşebbüste suç vasıta ve mevzundaki imkânsızlıklar üzerinde bir inceleme. Ad. Der. 1952, s. 763. ve mü.

da bir fark gözetilemez. Bunun gibi, içindekileri çalmak üzere ka-  
pağı açılan bir kasanın, bir saat, bir gün veya bir aydan beri boş ol-  
ması mümkündür.

Nisbî yokluk hallerinde, failin hareketini, sonradan, başarılı bir  
neticeye götürebilmesi imkânının varlığı da, görüşe her hangi bir  
kuvvet sağlamaktan uzaktır. Gerçi, failin bıçağını savurduğu sırada  
yatağında bulunmayan mağdur bilâhare odasına döndüğünde yahut  
hareketin yapıldığı ânda içinde para bulunmayan sadaka kutusuna  
az sonra kiliseye yeni gelenler tarafından bir miktar para atılması  
halinde, cürmî niyeti gerçekleştirmek mümkün olabilecek ve adam  
öldürme, hırsızlık suçları işlenebilecektir. Fakat, böyle bir imkânın  
mevcudiyetinin hukukî bir değeri olamaz. Çünkü, bu hareket tama-  
mile yeni bir hareket olacaktır. Evvelki hareket tükenmiş bir ha-  
rekettir ve o ânda ne ise, neyi meydana getirmeğe muktedir bulu-  
nuyorsa ona göre değerlendirilmesi lâzımdır. Böyle yapılmayıp,  
hareketin, ileride elverişli bir şekilde tekrarlanabilmesi imkânının  
mevcudiyeti, elverişliliğinin kabulü için yeterli görülecek olursa if-  
rata düşülmüş olur (11).

Mutlak - nisbî yokluk ayrımı, bu sebeplerle, teşebbüste tehlike  
kavramı bir yana itildiği takdirde başvurulabilmesi mümkün olan  
bir ayrımdır. Fakat, tehlike unsurundan vazgeçilemeyeceğine göre,  
iki çeşit yokluk arasında fark olamaz. Bir mevzu, olay ânında ve  
yerinde ya vardır yada yoktur. Varsa yok sayılamaz, yoksa, bu,  
mutlak yokluktan başka bir şey değildir. İşlenemez suçun varlığı  
veya yokluğu bakımından, «yokluk» ile «bulunmayış», tesadüfi» ve-  
ya normal», «muhtemel» veya «gayrimuhtemel», «öngörülebilir» ve-  
ya «öngörülemez», «mutlak - nisbî», «tipik - atipik» yokluk arasında  
fark gözetmeğe yer yoktur. Bu gibi ayrımlar, konuyu daha da ka-  
rışık bir duruma sokmaktan başka bir fonksiyona sahip olamaz-  
lar. Belki, «nisbî», «tesadüfi» ve benzeri sıfatlarla ifade edilen yok-

---

(11) Bu tenkit şu şekilde cevaplandırılmak istenmiştir : Tenkit hâtalıdır; zira, teşebbüsün mümkün, dolayısıyla cezalandırılabilir oluşunu, failin hedef edinmiş olduğu mevzuun tehlikeye maruz kalmış olması sebebine bağlamıştır. Oysa, bir tehlike aranacaksa, o tehlike, kamu sükûnu ve vatandaşların güvenliğini ilgilendiren sosyal tehlikedir. (Bk. VALSECHHI. op. cit. s. 113). VANNINI (Problema. s. 60), bu mülâhazanın yersiz olduğunu şu şekilde ifade etmiştir : Belki, maddî mevzudaki ârızı yokluk yüzünden başarısızlığa teşebbüsün toplum üyelerini mevzudaki mutlak yokluk sebebiyle imkânsızlaşan teşebbüsten daha fazla etkilediği ve böyle bir olayın diğerine nisbetle canlı ve somut olduğu söylenebilir. Ancak, unutulmamalıdır ki, teşebbüsü meydana getiren unsur, toplum üyelerinde yaratılan tehlike hissi değil, ceza hukuku tarafından korunan hak veya menfaatin bilfiil maruz kalmış olduğu tehlikedir.

luk, hareketin konusunun daha iyi saklanmış, zannedilenden daha uzakta veya failin eline 'geçmesinin daha zor olması gibi hâller kasdedilmiş olabilir; ancak, bu gibi hâllerde, hissî elimizi bizi, bir yokluktan bahsetmeyi değil, mevzuun mevcut olduğu kabûle zorlar.

Öte yandan, ârizî yokluk diye anılan hâllerde fiilin teşebbüs sayılmasını gerektiren sebebin, uygun illiyet kurallarına ve ortak tecrübelerden edinilen bilgilere göre, mevzuun varlığı neticesine varılması keyfiyetinin olduğu görüşü de reddolunmalıdır. Zira, uygun illiyet nazariyesi, belli bir hareketin, belli bir neticenin uygun illî sebebi (antecedent) sayılabiliş sayılmayacağını araştırır. Bu sebeple, hareketin tabi olduğu fiilî şartların itiyadî oluşuna değil, aksine, belli bir somut davranıştan doğması mümkün sonuçların normal olup olmamasına bağlanmak gerekir. Hâl böyle olunca da, ayırım taraftarlarının iddiaları hilâfına, öldürülmek istenen kimsenin boş yatağına sallanan bıçak darbesinin, *id quod plerumque accidit* ilkesine göre tipik ve normal neticesinin, adamın ölümü olduğunu söylemek mümkün değildir. Gerçi, böyle bir tenkide karşı, teşebbüsün karakteristik unsurunun, hareketin tesadüfî sebeplerle neticeye ulaşamaması olduğu, hareketle netice arasındaki illiyet bağını kesen tesadüflerin teşebbüse vücût verecekleri ve burada da böyle bir halin söz konusu olduğu söylenerek itiraz edilebilir. Yalnız, unutulmamalıdır ki, teşebbüsün söz konusu olabilmesi için, bu tesadüfün hareketin başladığı ânda veya başlamasından önce mevcut olmayıp sonradan ortaya çıkması icap eder (12).

### 83. Hareketten Önceki - Sonraki Yokluk Ayrımı :

Bu tenkitler bir sonuca doğru zorunlu bir şekilde yönelmekte ve böylelikle, objektif esaslara dayanmakla beraber, mevzuda mutlak - nisbî - ârizî - tesadüfî yokluk ayrımlarına taraftar olanların varıklarından farklı sonuçları savunan başka bir görüş ortaya çıkmaktadır. Buna göre, teşebbüsün yahut işlenemez bir suçun mevcudiyetini kabûl için, mevzuda bir ayırım yapılacaksa, hareketin mevzuunu teşkil eden şahıs veya şeyin harekete başlanmasından sonra veya başlamasıyla birlikte yok olması hali ile, suçun icra hareketle-

(12) Naklettığımız bütün bu tenkitler için bk : ANTOLISEI. op. cit. s. 348. - CONCI. op. cit. s. 141. - FIORE. op. cit. s. 144. ve mü. - DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. I, 488 - 9 - PANNAIN. op. cit. s. 465 - SABATINI. op. cit. II, s. 41 - 2. - VANNINI. Problema., s. 58 ve mü. - ID. Il Valore del Pericolo., s. 194 ve mü. - TANER. op. cit. s. 258, n. 189.

rine başlanmasından önce yok olması hali arasında yapılmalı ve sadece ikinci ipotezin söz konusu olduğu olaylarda işlenemez suça ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Çünkü, ancak, bu takdirdedir ki, hareketin başlangıcından, sonuçlanmasına kadar kanunda tanımlanmış olan suç tipinin gerçekleşmesinin, kısacası, suçun icrasının imkânsız olduğu söylenebilir (13).

Demek ki, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılabilip cezalandırılmaması mevzuun, mutlak, itiyadî veya nisbî oluşuna göre değil, hareketin başladığı anda mevcut olup olmamasına göre tayin ve tesbit edilecektir. Bu itibarla, mevzu, hareketin devam ettiği veya son bulduğu anda mevcut olmamakla beraber, başladığı anda mevcut idiye, fail ceza görecektir, aksi takdirde, yani, mevzuun yokluğu harekete takaddüm ediyor ve icra hareketinin başlamasından önce mevcut olan sebepler dolayısıyla hareketle mevzu arasında bir temas tesisine imkân bulunmuyorsa, başka bir deyişle, mevzuu hareketten, aşılması, yenilmesi imkânsız bir engel ayırıyorsa teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır (14). Hareketin yapıldığı sırada mevcut olmayan mevzua karşı bilâhare yapılacak bir hareketle neticeye ulaşma ihtimalinin mevcudiyeti halinde de durum değişmez. Çünkü, böyle bir hareketi, mevzu yok iken yapılmış olan hareketin devamı şekilde kabûl edemeyiz. Bu, birincisinden başka bir harekettir (15).

Ayırım taraftarları, naklettiğimiz bu esaslardan, somut olaylarda şu sonuçlara varmaktadırlar : kendisine tehdit mektubu gönderilmiş bulunan bir kimse, mektubu okumadan ölse; evine hırsızların girdiğini, çıkardıkları gürültüden öğrenen kimse kıymetli eşyalarını saklasa veya evden kaçarsa; tehdit edilen kimse, faille buluşacağı yere, içinde paçavra kâğıt olan bir paket bıraksa ve fail bu paketi alırken polis tarafından yakalansa; bir duvardan hırsızlık kasdıyla sökülen bir kabartma, bilâhare havayla temasa geldiği için bozularak toz haline gelse; evinin penceresinden bir tüfek namlusunun kendisine doğru uzandığını gören bir kimse, odadan kaçıp kur-

---

(13) Ayırımın bu esaslara göre yapılmasına taraftar olanlar için bk. yuk. d. n. 12. Ayrıca : EREM. op. cit. s. 634 - 5. - MASSARI. Le Dottrine... s. 177 ve mü.

(14) VANNINI. Problema,, s. 61. Yazara göre, bu engelin, bir okyanus veya geleceğinden haberdar oldukları bir hırsızı bekleyen polislerden ibaret olması arasında fark yoktur. Bu hâllerde de mevzu yok hükmündedir.

(15) PANNAIN. op. cit. s. 465. - FIORE. op. cit. s. 152.

tulsa, fail cezalandırılacaktır. Çünkü, mevzudaki yokluk, icra hareketlerine başlandıktan sonra ortaya çıkmıştır (16). Bütün bu hâller, neticenin husûlüne mâni olan failin ihtiyarı dışındaki birer mâni sebepten başka bir şey değildir. Mağdurun, kendisine yöneltilen tabanca atışından başını eğmek suretiyle kurtulmasıyla bu durumlar arasında hiç bir mahiyet farkı yoktur (17).

Buna mukabil, gebe sanılan kadının çocuğunu düşürmeğe çalışmak; yatağında bulunmayan kimseye öldürmek maksadile ateş etmek; hayatta olduğu sanılan bir insanın cesedini bıçaklamak gibi hâllerde ise, mevzu, icra hareketlerine takaddüm eden bir safhadan itibaren yok olduğu için işlenemez suçun varlığı kabul edilmelidir (18). Aynı şekilde, tamamen boş bir eve hırsızlık için giren ve çalacak hiç bir şey bulamayan failin fiilinde de, mevzu yokluğu sebebiyle işlenemez suçun unsurları mevcuttur (19) ve fail ceza verilemez. Çünkü, mevzu yoksa, vasıtaların elverişliliğinin bir önemi kalmaz.

Bu görüş taraftarlarının bir kısmına göre (20), mevzuun mevcut olmadığı hakkında bir hükme varabilmek için evveleminde, failin gayesinin ne olduğunun tesbit edilmesi lâzım gelir. Meselâ, hırsızlık yapmak için girilen evde değeri ve niteliği ne olursa olsun, hırsızlığa salih bir şeyin bulunması hırsızlık suçunun tekemmülü için yeter. Buna karşılık, bir yere, belli bir şeyi çalmak, meselâ, bir diplomatın evine önemli bir vesikayı çalmak maksadile giren kimse, aradığı vesikayı, evden başka bir yere götürüldüğü için bulamasa, o yerde çok kıymetli başka eşya bulunsa bile, hırsızlığa teşebbüsten sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü, eve, her hangi bir şeyi çalmak için değil, belli bir şeyi çalmak için girmiştir. Ancak, bu esas failin hareketlerinin, tayin edilmiş bir şeye yönelmiş olduğunun kesinlikle anlaşılması kaydıyla hüküm ifade eder. Bu sebeple, failin, tercihan, belli bir şey veya kişiye yönelmek durumunda olduğunu farz-

---

(16) Misâller için bk. **EREM.** op. cit. s. 634 - **VANNINI.** Problema., s. 61. - **MANZINI.** Trattato. II, s. 465 - 6, - **FIGORE.** op. cit. s. 149.

(17) **MASSARI.** op. cit. loc. cit.

(18) Misâller için bk. **EREM.** op. cit. loc. cit. **SABATINI.** op. cit. II, s. 40 - 1.

(19) **MANZINI,** Trattato. II, s. 464. Yazara göre, burada işlenemez suç değil, suçun husûlüne ilişkin maddî imkânlardaki yanılmaya dayanan sözde suç vardır.

(20) **FIGORE.** op. cit. s. 155 ve mü. - **MANZINI.** Trattato. II, s. 466 - 7.

etmek kifayet eylemez. Mamafih, hareketin konusu bu yoldan bir kere kesinlikle tesbit edildikten sonra, şeyin o yerde varlığının tesbit edilememiş olması sorumsuzluk sonucunu doğurmağa yetmez, yokluğunun kesinlikle anlaşılmış olması şarttır (21).

İzahını yapmakta olduğumuz görüş taraftarlarının, işlenemez suç hükümlerinin uygulanması için, hareketin mevzuunun, icraya başlandığı ânda mevcut olup olmadığının araştırılmasının zorunlu olduğunu ileri sürmelerine ve harekete takaddüm eden bir sebep yüzünden, mevzuun olay yerinde bulunmaması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağını kesinlikle belirtmiş olmalarına rağmen, meselâ, bir yankesicinin, mağdurun boş cebine elini sokması, kendisine tehdit mektubu gönderilen kimsenin, mektubu almadan önce ölmesi veya tehdit mektubuyla para isteyen kimseye, para yerine kâğıt dolu bir paketin verilmesi gibi olaylarda, cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığını kabul etmekle çelişmeye düştükleri zannedilebilir. Nazariye taraftarları çelişme gibi görünen bu hususu şu yolda izah etmektedirler :

Bir kere, yankesicinin, elini, mağdurun boş cebine sokması olayında mevzu vardır. Bu bir hırsızlık suçu olduğuna göre, mağdurun üzerinde bulunan ve hırsızlığa salih olan herhangi bir şey hakkında işlenebilir (22). Hırsız yakalanmasaydı hareketlerine devamla, mağdurun diğer ceplerini yoklayabilir ve o ceplerde bulunan eşyayı çalabilirdi. Esasen, yankesicilik suçunun icra hareketleri, elin herhangi bir cebe sokulması ile başlar. Failin, elini içinde hiç bir şey bulunmayan cebe sokmuş olması bir tesadüften ibarettir. Bu tesadüf, icraya başlanıldığı ânda, failin eli altında bir çok eşya bulunduğu için, cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığının kabulüne mâ-

---

(21) Bu kural, genellikle bütün yokluk halleri için geçerlidir. Yani, fail hakkında işlenemez suç hükmünün uygulanabilmesi için, mevzuun mevcut olmadığının kesinlikle anlaşılmış olması icap eder. Bu sebeple, İTM'nin, bombardımanda yıkılmış bir evin enkazını kazarken yakalanan şeyin mevcudiyeti anlaşılmadığı için işlenemez suçun unsurlarının bulunduğu yolundaki kararı eleştirilmiştir. (İTMK. 15.3.1946). Kararın metni için bk. FIORE. op. cit. s. 156.

(22) SABATINI'ye göre (op. cit. II. S. 42), mameleke karşı suçlarda, suçun işlenmiş sayılabilmesi için, hareketin fail tarafından hedef ittihaz edilmiş olan şey üzerinde etkisini göstermesi şart değildir. Suçun, kastedilenden başka bir şey hakkında işlenmesi halinde de sorumluluk vardır. Yeter ki, suçun işlediği yerde veya kişinin üzerinde, suçun mevzuunu teşkil edecek herhangi bir şey bulunsun. Manzini ile Fiore'nin aksi yönde bir fikir ileri sürdükleri ve hırsızlık fiilinin belli bir şeye yönelmiş olduğu olaylarda, o şeyin, fiilin işlendiği yerde bulunmadığının kesinlikle anlaşılması halinde işlenemez suç hükümlerinin uygulanacağını beyan ettikleri yukarıda görülmüştü (bk. yuk. d. n. 20, 21).

ni değildir. Meğer ki, çok uzak bir ihtimâl ile mağdurun üzerinde, hırsızlığa salih hiç bir şey bulunmasın (23). Fiore, bu fikirleri şöylece tamamlar : bu ölçünün uygulanmasıyla, hareketin, irade edilen neticeyi doğurmağa elverişliliği keyfiyet ile, aynı neticeye götürebilecek iktidardaki müstakbel hareketlerin karıştırıldığı zannedilmemelidir. Çünkü, burada bir tek hareket söz konusudur ve bu hareket, çalınacak herhangi bir şeyi aramak için failin, elini başkasının ceplerine sokmasıyla başlar ve devam eder. Elin tesadüfen boş bir cebe sokulmuş olması vakıasına inhisar ettirilemez (24). Öte yandan, bu durumla hırsızlık niyetiyle girdiği bir apartman dairesinin, bir odası yerine öteki odasında dolaşan hırsızın durumu arasında hiç bir fark mevcut değildir. Bu olayların hepsinde, çalınacak eşyanın, cürmî hareketle temasa geçmemiş olması sadece görünüştür. Gerçekte, başka bir cepte veya odada bulunan eşya, hareketin nüfuz alanı içindedirler (25).

Gönderilen tehdit mektubunun alıcısının, mektup eline geçmeden önce ölmesi olayına gelince... Burada, mektubun, ölmüş bulunan alıcısına ulaştığı ân değil, postaya verildiği ân esas alınmalıdır. Çünkü, icra hareketleri, mektubun gönderilmesi ile başlamış bulunmaktadır. Hâl böyle olunca, mevzuun, icra hareketlerinin başladığı sırada mevcut ve yokluğun, hareketten sonra zuhur ettiği anlaşılabilir olur. Bu sebeple, failin, teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmasında istisnâî bir durum söz konusu değildir (26).

Mağdurun, vaki tehdit üzerine, tehlikeden kurtulabilmesi için kararlaştırılan bir yere para bırakması gerekirken, içinde kâğıt parçaları bulunan bir paket bırakması halinde de işlenemez suç değil, cezalandırılabilir bir teşebbüs vardır. Zira, böyle bir suçta, hareketin maddî mevzuu, bizzat mağdurdur (Bk. Yuk. n. 80). Cebir ve tehdit ona karşı kullanılır. Bu itibarla, hareketin, yani cebir ve tehdidin mânevî hürriyeti ihlâl etmeğe elverişli olduğunun anlaşılması, para yerine, değersiz kâğıt veya şeyler bırakılmış olsa bile failin teşebbüsten ötürü cezalandırılabilmesi için kifayet eder (27).

(23) FIORE. op. cit. s. 157 ve m: - MANZINI. Trattato. II. s. 467 - MASSARI. op. cit. s. 177 ve mü - SABATINI. op. cit. II. s. 42.

(24) FIORE. op. cit. s. 159.

(25) MASSARI. op. cit. loc. cit.

(26) FIORE. op. cit. s. 154 - 5.

(27) Yukarıda söylenenlere bir de şu gerekçe eklenmektedir: söz konusu, suç, tamamlanması, tipik bir maddî mevzuun varlığına bağlı olan suçlardan değildir. Mevzuun

Kolaylıkla müşahede edilmiş olacağı veçhile, işlenemez suç veya teşebbüs hakkındaki hükümlerin uygulanabilmesi için, mevzuun, hareketin icrasına başlanıldığı sırada mevcut olup olmamasını mebbe ittihaz eden bu görüş bakımından, icra - ihzar hareketi ayrımının büyük önemi vardır. Çünkü, failin göst erdiği faaliyetin, henüz hazırlık safhası içinde bulunduğu kabul edilecek olursa, mevzu mevcut olsa bile, teşebbüs hükümlerinin uygulanması cihetine gidilemeyecek, buna mukabil, hazırlık hareketleri safhasında mevcut olan mevzu, icraya başlanması sırasında ortadan kalkmışsa netice gene değişmeyecektir (28). Bu sebeple, söz konusu görüşün bazı savunucuları, «müstakbel bir hareketin icrası için en iyi elverişli şartların önceden sağlanması» diye tanımladıkları (29) hazırlayıcı hareketlerle icra hareketleri arasındaki bir safhada yer aldığını söyledikleri «başlangıç hareketleri» ni de, icra hareketlerinden saymak ve bunun sınırını genişletmek ihtiyacını hissetmişlerdir. İcra hareketinin sınırının daha da ileriye götürülmesi halinde, nazariyenin benimsemiş olduğu ölçülerin daha geniş bir alanda uygulanabileceği aşikârdır. Meselâ, icra başlangıcı, «cürmî plânın» (30) veya «cürüm işleme kararı» nın (31) icrasına başlamak şeklinde anlaşılacak olursa, bu plân veya kararın icrası sadedinde girişilen ve neticeyi doğurmağa elverişli olan hareketlerin yapıldığı sırada mevzuun mevcudiyeti, işlenemez suç hükümlerinin tatbiki imkânının bertaraf edilmesi için kâfi gelecektir (32).

**84.** Kanaatımızca, mevzudaki yokluğun mutlak, nisbî, arızî veya tesadüfî olmasına göre, işlenemez suçun veya teşebbüsün varlığı

---

yokluğu sebebiyle işlenemez suçlardan tipik bir konunun varlığının şart koşulmuş olması halinde bahsedilebilir. Burada da, cebir ve tehdit neticesinde herhangi bir şeyin verilmesi yeterli olduğuna göre, o şey bulunmasa bile, onun verilmesi sonucunu doğurmağa elverişli bir hareket yapılmışsa, teşebbüsün unsurlarının tekevvün ettiği kabul edilmelidir (Bk. FIORE. op. cit. s. 152 ve mü.). Kanaatımızca bu suçta iki maddi mevzu vardır: biri cebir ve tehdide maruz kalan kimse, ikincisi temin edilmek istenen şey.. Bunlardan biri mevcutsa, mevzuun yokluğu ipotezi gerçekleşmez. Kaldı ki, bir kimsenin, parası olduğu hâlde, faili yakalatmak için bu yola başvurması mümkündür.

(28) FIORE. op. cit. s. 149 - 50.

(29) ID. op. cit s. 149.

(30) CONCI. op. cit. s. 142.

(31) EREM. op. cit. s. 628 ve mü.

(32) CONCI, bir kimseyi öldürmek için bir odaya bomba fırlatılması olayı dolayısıyla şunları söylemektedir: «Söz konusu misâlde, mağdur, failin, cürmî plânını icraya başladığı anda, yani, bombayı hazırladığı, suç yerine götürdüğü, vasıtaları temin ettiği sırada odasındaydı...» op. cit. loc. cit.

ğini tâyine kalkışmak, tatmin edici bir neticeye götürmek imkânından yoksun bir yoldur. Bu sebeple, söz konusu görüş tarzına karşı ileri sürülmüş olan bütün tenkitlere katılıyoruz.

Mahkemeler tatbikatına ve doktrine uzun zaman hâkim olduğu ve olmakta devam ettiği için geniş bir şekilde yer vermiş olduğumuz diğer nazariye, yani, mevzuun, hareketin başlamasından önce yok olması veya hareketle hem zaman yahut hareket başladıktan sonra hâdis olan bir sebeple ortadan kalkmış olmasına göre, sırasıyla işlenemez suç ve cezalandırılabilir teşebbüsün varlığını kabûl eden görüş, şüphesiz, birincisine nisbetle ve hukukî açıdan bir gelişimin ifadesidir. Hiç değilse, mutlaklık, nisbîlik, tesadüfîlik, gibi keyfî yorumlara elverişli ölçüleri bir yana itip, objektif, elle tutulabilir bir kriter getirebilmiş olması dolayısıyla diğerinden üstündür. Hattâ, dayandığı esasların bir kısmını herhâlde kabûl etmek gerekmektedir. Gerçekten, nazariye taraftarları, hareketin başlamasından sonra ve hattâ hareketle hemzaman olarak ortaya çıkan mevzuda yokluk hâllerinin, işlenemez suç ipotezlerine vücûd vermeyeceğini söylerlerken bir gerçeğe tercüman olmuşlardır. Biz de, bu gibi hâllerin, klâsik anlamında cezalandırılabilir teşebbüsün sınırları içinde kaldığını ve faillerinin genel hükümlere göre cezalandırılmaları lüzumunu kabûl ediyoruz. Zira, görüşü savunanlar tarafından da işaret edildiği gibi, söz konusu durumları, teşebbüsün temel unsurlarından biri olan failin ihtiyarı dışında mânî sebep kavramının sınırları içinde mütalâa etmemeğe imkân yoktur. Hırsızların evine girdiğini duyarak, kıymetli eşyasını ve parasını, bulunmayacak bir yere gizleyen, düşmanlarının, kendisini öldürmek üzere silâhlarıyla nişan aldıklarını görerek muhkem bir yere gizlenen kimsenin durumuyla, kanunların, tatbikatın ve doktrinin, hareketin tamamlanmasına veya neticenin husûle gelmesini önleyen, failin ihtiyarı dışındaki mânî sebep unsurunun içine soktuğu hâller arasında, hukukî sonuçları bakımından fark olamaz.

Fakat, buna rağmen, nazariyenin makbûl sonuçlara götürebileceği kanaatında değiliz. Zira, sınırlandırılmış bir nitelik arzemesine -yani, hiç değilse, hareketin başlamasından sonraki yoklukları teşebbüs hükümlerine tâbî tutmak istemesine- rağmen, hükmünü, bilfiil gerçekleşmiş durumlara, başka bir deyişle, mevzuun gerçekten mevcut olup olmamasına bakarak, yani, *ex post* verdiği için

(33), zorunlu olarak olayın sübjektif ve belirtici (*sentomatik*) yönünü hattâ objektif tehlikeliliğini ihmâl etmek zorunda kalmaktadır. Bunun neticesi, işlenemez suçun alanının, cezalandırılabilir teşebbüsün zararına genişlemesidir. Çalmak istediği belli bir şeyi almak için bir eve giren kimsenin, o şeyin evde bulunmaması halinde, harekete takaddüm eden yokluk sebebiyle cezasız kalmasını hukuk şûuru kabûl edemez. Bunun gibi, hırsızlık için girdiği evde, çalacak bir şey bulamayan kimsenin de herhâlde, cezasızlık nimeinden istifade ettirilmesini makûl karşılayamıyoruz.

Evvelce de işaret etmiş olduğumuz gibi, icra hareketlerinin başladığı âna, mevzuun varlığını, yokluğunu tâyin bakımından büyük önem veren bu nazariyenin uygulama alanını, icra hareketlerinin başlangıcını, cürmî iradenin haricileştiği âna mümkün mertebe yaklaştıracak nitelikte bir icra hareketi anlayışına bağlanmak suretiyle genişletmek imkân dahilindedir. Bu takdirde, cürüm işleme kararını icrâ sadedinde yapılan hareketlerin vuku bulduğu ân, ölçü olarak alınacaktır. Ancak, bu takdirde dahi, mevzuun mevcut olup olmadığı *a posteriori* tesbit edileceği için temelde yatan problem çözümlenmiş olmayacaktır.

Böylelikle, mevzudaki yokluk hâllerinin tesbiti konusunda da, hareketlerin elverişli olup olmadıklarının tesbitinde olduğu gibi, *ex ante* bir değerlendirmeye taraftar olduğumuz anlaşılmıştır (34). Ka-

---

(33) Nazariyenin taraftarlarından **FIGORE**'nin op. cit. s. 151 ve mü. mevzuun mevcut olup olmadığını, hareketin başladığı ânda, zararın vukuunun mümkün görülebilip görülemediğine göre, yani, prognosi postuma esasından hareketle tâyin edileceğini beyan etmiş olmasına rağmen, 83. n. lı paragrafta izahı yapılan görüşleri bununla bağdaştıramayız. Hem, mevzuun, harekete başladığı ânda, bilfiil mevcut olup olmadığına bakılacağını söylemek hem de, değerlendirmenin *ex ante* yapılacağını beyan etmek arasında mantiki bir bağ kurulabileceği kanaatında değiliz.

(34) İtalyan hukukunun özelliklerini gözönünde bulundurarak fikir yürüten **NEPPI MODONA**'ya nazaran, mevzuun varlığı, yokluğu konusunda hem *ex post*, hem de *ex ante* bir araştırma ve değerlendirme yapılmalıdır. Mevzuun *in rerum natura* yok olması halinde, değerlendirme *a posteriori* yapılmalı ve cürmî faaliyetin yöneldiği şey veya kişinin bilfiil mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır. Bittabi, böyle bir araştırma, fiilin tamamlanmasından sonra, cürmî faaliyetin devamı sırasında, mevzuun mutlak surette yok olduğunun tesbiti için yapılacak ve sübjektif nitelik taşıyan her türlü değerlendirme böyle bir araştırmanın dışında kalacaktır. Zaten ölmüş bir kimseyi öldürmeğe veya tahrip edilmiş bir şeyi çalmağa teşebbüs olaylarında belki kişinin ne zaman ölmüş yahut şeyin ne zaman tahrip edilmiş olduğunun tesbitinde güçlük çekilebilir; fakat bu güçlük atlatıldıktan sonra, tereddüt doğuracak bir husus kalmaz. Görülüyor ki, bu *ex post* bir araştırmadır. Ancak, bunda zorunluluk vardır; aksi takdirde, fail veya vasat bir adamın mevzuun mevcudiyeti hakkında ne düşündüğü düşünebileceği araştırılmış olur, fakat, gerçek fiili durumun değerlendirilmesi imkânı ortadan kalkar.

naatımızca, burada da hâkim, yukarıda elverişlilik konusunda taraftarı olduğumuzu belirttiğimiz ölçülere göre hareket etmelidir. Yani, hareket noktası, *a posteriori* ortaya çıkan, bilfiil gerçekleşmiş durumlar olmamalı, başka bir deyişle, harekete başlandığı sırada değil de, ancak hareketin gelişmesi sırasında ve son bulmasını müteakip öğrenilebilecek, bilinebilecek durumlar nazara alınmamalıdır. Buna göre, hâkim psişik ve fizyolojik gelişmesi normal olan insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini nazara almak ve belli istatistik kanunları ile *id quod plerumque accidit* ilkesini ve failin o olay bakımından mevcut özel bilgilerinin de gözönünde bulundurmak sûretiyle, hareketin yapıldığı ânda, hareketin mevzuunun mevcudiyetinin muhtemel olup olmadığını araştırarak ve elde edeceği neticenin olumlu veya olumsuz olmasına göre, teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını kararlaştıracak veya işlenemez bir suçun söz konusu olduğunu beyan edecektir (35). Bu takdirde, öteki nazariyelerin, cezalandırılacağını kabûl ettikleri ipotézler dışında kalan hallerde de teşebbüs hükümlerinin uygulanması imkân dahiline girebilecektir. Meselâ, bir ticarethanenin veya bir bankanın kasasında para ve kıymetli evrakın muhafaza edilmekte olması, hayat tecrübelerimizin bize öğretmiş olduğu bir husustur. Ve olayların büyük bir çoğunluğunda bunun böyle olması da normaldir. Bu itibarla, bir sonraki gün, başka bir binaya geçmesi kararlaştırıldığı için kasa muhteviyatı başka bir şubeye nakledilen bir banka şubesine girerek kasayı açmak üzereyken yakalanan bir hırsız hırsızlığa teşebbüsten cezalandırılabilirdir. Aynı şekilde, bir tümör sebebiyle karısının karnının büyüdüğünü görerek, gebelik testi yaptıran bir koca, testin neticesinin yanlış bildirilmesi yüzünden karısının gebe ol-

---

Bununla beraber, sadece *ex post* bir değerlendirme, bir işlenemez suç karşısında olup olmadığımızı tesbite kâfi değildir. Bu araştırma, vasıtaların elverişliliği hakkında verilecek *ex ante* bir hükümle tamamlanmalıdır. Bunda, mevzuun varlığının öngörülebilirliği üzerinde de durulacak ve *in rerum natura* bir yokluğa rağmen, hareketlerin elverişli oldukları sonucuna varıldığı takdirde faile işlenemez suç hakkındaki hüküm, yani tehlikelilik derecesine göre, emniyet tedbirleri uygulanacaktır. Buna karşılık, gene hareketin mevzuunun mutlak surette yok olduğu hâllerde, vasat bir adamın ve failin onunkini aşan bilgilerine göre verilecek *ex ante* hüküm, mevzuun varlığının öngörülemezliği neticesine varırsa işlenemez suç hakkındaki hüküm bile uygulanamaz. Meselâ, öldüğü yayın vasıtaları ile duyurulan meşhur bir kişiyi veya yabancı bir memlekete gitmiş olduğu buna benzer bir yoldan açıklanan bir kimseyi öldürmeğe teşebbüs fiilleri hakkında böyle bir sonuca varmak lazımdır. Zira bu olaylarda, *ex ante* bir hükümle dahi, mevzuun mevcut olduğu sonucuna varılamaz (op. cit. s. 355 ve mü). **SINISCALCO** da anahatlarıyla **NEPPI MODONA** gibi düşünülmektedir. op. cit. s. 175 ve mü.

(35) Aynı mahiyette : **ANTOLISEI**. op. cit. s. 348.

duğunu zannederek, ona çocuğunu düşürtücü ilâçlar verse, çocuk düşürtmeğe teşebbüsten ceza görmelidir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ve bunlardan çıkacak netice şu olacaktır : mevzuun hiç bir şekilde mevcut olmadığı durumlarda, yani, *in rerum natura* yokluk hâllerinin bazılarında bile, hareketin yapıldığı anda bilinebilen şartlara göre neticenin vukuu muhtemel görünüyorsa teşebbüs hükümler uygulanabilecek ve hareketin başlamasından sonra veya onunla hemzaman olarak ortaya çıkan yokluk hâllerinin hepsi teşebbüs müessesesinin çerçevesi içinde mütalâa edileceklerdir. Bununla beraber, *in rerum natura* yokluğun, ceza tâyininde, fail lehine nazara alınması gerektiği de düşünülebilir.

Eğer, yapılacak *ex ante* değerlendirme neticesinde, hareketin yapıldığı sırada bilinebilen şartlara ve durumlara göre, neticenin vukuu, daha doğrusu, mevzuun mevcudiyeti gayrimuhtemel görünüyorsa, meselâ, uluslararası bir toplantıya katılmak üzere New York'a gittiği, gazeteler ve radyolar tarafından ilân edilen, oradaki konuşmaları nakledilen bir siyaset adamının evine, öldürmek kasdıyla bomba atılacak olursa, failin geleneksel anlamıyla teşebbüsten ötürü sorumlu tutulması mümkün olamayacaktır. Bu takdirde, hareketin elverişsizliğinin anlaşılması halinde olduğu gibi ve bizim teşebbüs anlayışımıza uygun bir şekilde, nisbeten azaltılmış bir cezaya çarptırılması veya bir emniyet tedbirine tâbi tutulması yahut ceza ve emniyet tedbirinin birlikte uygulanmasının kararlaştırılması gerekir (36).

Böylelikle, evrensel hukuk şuuruna aykırı bir çok neticelerin vukuu önlenebileceği gibi, teşebbüs müessesesinin kamu vicdanını rahatsız eden taraflarından biri de yumuşatılmış olacaktır. Esasen, konuya, ümanist değerler açısından bakıldığında, insan kişiliği ile pek yakından ilgili bu çeşit problemlerin çözümlenmesinde, hukuk tekniğinin kuru, hayatiyetten yoksun ilkelerine bağlı kalmakla yetinmek makûl ve makbûl olamaz. Bir suç işlemeği kararlaştırmış ve bunun için her şeyi yapmış olan bir kimsenin, kendi bilgisi ve ihtiyarı, hattâ, arzusu dışındaki bazı sebepler yüzünden, namuslu ve iyi vatandaşlarla, kanunlara itaatkâr kimselerle bir tutulabileceğini sanmıyoruz (37).

---

(36) Aksî kanaat için bk. NEPPI MODONA. op. cit. s. 355 ve mü., s. 359, d. n. 108 - FIORE. op. cit. 161 ve mü. - VALSECCHI. op. cit. s. 114 - 5. - VANNINI. Problema., s. 61.

(37) Aynı mahiyette : EREM. op. cit. s. 635 - 6, 657.

85. Son olarak şunu belirtelim ki, gerek yapmış olduğu hareketlerin elverişsizliğinin, gerekse, cürmî faaliyetinin yönemiş olduğu mevzuun, işaret olunan ölçülere göre, yokluğunun anlaşılması bulunması yüzünden, hakkında işlenemez suç hükümlerinin uygulanması gereken bir kimsenin, hareketlerinin tamamlanmış kısmı, kanunlarda gösterilen başka bir suçun unsurlarını ihtiva etmekteyse ,hakkında o suçla ilgili hükümler uygulanacaktır. Bunun için, kanunlarda özel bir hüküm bulunmasına ihtiyaç yoktur (38). Ancak, bazı kanunlar (meselâ, YICK. m. 49/3) uygulanacak hükmü açıkça göstermeği faydalı görmüşlerdir.

Yukarıda, mevzuun yokluğu sebebiyle işlenemez suç için gösterdiğimiz misâli burada da ele alabiliriz : memlekette bulunmadığı bilinen bir siyaset adamının evine, onu öldürmek için bomba atan bir kimse, gerçi onu öldürmeğe teşebbüs ettiği için cezalandırılmayacaktır; fakat, hiç değilse nası ızrar suçundan ötürü tecziyesi düşünölmek gerekir. Yalnız, şu hususu hemen belirtelim ki, bizim teklif ettiğimiz sistemin özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bilindiği gibi, biz, hareketlerin elverişsiz veya mevzuun namevcut olduğunun anlaşılması halinde bile faili, ceza hukuku müeyyidesinin müdahale edebileceği sınırlar içinde mütalâa etmekteyiz. Bu itibarla, işlenemez suç olduğu kabûl edilen hâllerde bile sorumlu tutulması mümkündür. Binaenaleyh, icra edilen hareketlerin, başka bir hükmü de ihlâl etmiş olmaları halinde, fikrî içtima hükümlerinin uygulanması imkânı gözden uzak tutulmamalıdır.

---

(38) Aynı mahiyette : **ERSOY.** op. cit.

## DÖRDÜNCÜ BAŞLIK

### Türk Hukukunda İşlenemez Suç

85. Türk Ceza Kanunu, işlenemez suçlar hakkında herhangi bir hüküm ihtiva etmeyen ceza kanunları arasında yer alır (1). Kanunumuz, sadece cezalandırılabilir teşebbüsün unsurlarını belirtmekle yetinmiştir. Bu durumda, konuya ancak genel hükümler açısından bakmak zorunluluğu vardır (2).

T. C. K. nun teşebbüs hakkındaki hükümlerinin, bu konuda, tereddüde yer bırakmayacak sonuçlara götürebilecek nitelikte olduğu söylenemez (3). Kanun, teşebbüsü tanımlarken, icraya elverişli vasıtalarla başlanılmış olmasını şart koşturmuştur (4). Bu bakımdan, elverişsiz vasıtalarla girilen teşebbüslerin cezalandırılmayacakları neticesine varmak gerekir (5). Ancak, kanunumuzun hükümlerinden, hareketin ne zaman ve hangi ölçülere göre elverişli sayılabileceğini anlayabilmek mümkün değildir. Mamafih, bazı hususları tartışmasız belirtmek mümkündür : Bir kere, kanunumuzun sistematiki göz önünde tutulduğu takdirde, elverişliliğin sübjektif açıdan değerlendirilmesini savunan görüşü bir tarafa itmek gerekir. Öte yandan, elverişlilik, sadece kullanılan vasıtaya bakarak değil, yapılan hareketin tümü göz önünde tutulmak, bu arada, özellikle vasıtanın kullanılış tarzı ve kime, neye karşı kullanıldığının soruşturulması suretiyle tayin edilebilir. Mehz kanunun hazırlık çalış-

(1) Mukayeseli hukuktaki durum için bk. DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. I. s. 491 - 2 ve TANER, op. cit. s. 290, n. 195.

(2) DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. I. s. 492, n. 605.

(3) EREM. op. cit. s. 635.

(4) Gerçil 61. m. de, elverişli vasıttadan değil «vesaltı mahsus» dan bahsedilmiştir; fakat bu deyimden elverişli vasıtanın anlaşılması gerektiği hususunda ittifak vardır.

(5) T.M.I.C.D. 13.2.1958, 2262/3016 : «Öldürmeğe teşebbüs suçunun tekevvün edebilmesi için vasıtanın öldürmeğe elverişli olması icap eder» Bk. ÇAĞLAYAN, Muhtar. Türk Ceza Kanunu, I, Ankara, 1962, s. 247.

malarından, vasıtada ve mevzuda mutlak - nisbî imkânsızlık ayrı-  
mına taraftar bulunulduğu gibi bir sonuca varılmasına rağmen, esa-  
sen nisbî bir mahiyet taşıyan elverişlilik kavramının, objektif kri-  
terlere bağlı kalınsa bile soyut bir şekilde değerlendirilmesine im-  
kân olmadığını sanıyoruz. Türk doktrin ve tatbikatında da bu fikir  
hâkimdir. Dönmezer - Erman, şunları söylemektedirler : «Kanaati-  
mizce, kanunda kullanılan «vesaiti mahsus» tâbiri, ancak objektif  
bir tefsire müsaittir. Bu itibarla, silâhın fail tarafından neticeyi  
meydana getirmeğe uygun bir tarzda kullanılmasında mutlak im-  
kânsızlık bulunmadıkça, objektif olarak belirli bir neticeyi meyda-  
na getirmeğe elverişli olan vasitanın elverişli sayılması lâzımdır»  
(6). «Vasitanın objektif olarak elverişli olup olmadığı, ancak o va-  
sıta ile işlenmek istenen suç nazara alınmak suretiyle tesbit edile-  
bilir...» (7).

Temyiz Mahkememiz de, bir çok kararlarında, soyut olarak ele  
alındığında elverişli olan bir vasitanın, kullanılış şekline veya sair  
dış etkilere göre elverişsiz olarak kabulü gerektiği reyinde bulun-  
muştur. «Suçta kullanılan tüfeğin atış mesafesile raporlarda gös-  
terilen eserler nazara alınarak tüfekteki saçmaların öldürmeğe el-  
verişliliğinin tayinini...» şart koşan (8), «Maznun - maktûl arasın-  
daki mesafenin ve bu mesafeye göre suç aleti av tüfeğinin tesir de-  
recesinin tesbiti...» lüzumuna işaret eden (9) kararlarla «Tetik çe-  
kildiği hâlde patlamayan merminin bilirkişiye tetkik ettirilerek pat-  
lamama sebep tayin edildikten sonra, fiilî tavsif etmek icap eder»  
diyen karar (10), Temyiz Mahkememizin, elverişliliğin somut şart-  
lar nazara alınmak suretile tayini görüşüne taraftar olduğunu gös-  
teren delillerdir.

Mamafih, Temyiz Mahkemesi'nin, söz konusu somut değerlen-  
dirmenin *ex ante* yapılmasına taraftar olduğu sanılmamalıdır. Bir  
yandan, yukarıda zikredilen kararlar, öte yandan, «Mağdurenin ço-  
cuğunun düşürülmesi hususunda rızasının bulunmaması ve suçun  
işlenmesine mâni tedbirlere başvurulması nisbî bir imkânsız-

(6) DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. I, s. 438.

(7) DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. I, s. 439.

(8) 1. C. D. 3.12.1952, E. 2215, K. 2240. (Ad. Der. 1953, s. 325 - 6).

(9) 1. C. D. 26.3.1953, E. 1332, K. 1093. (T. K. İ. 1953/1, s. 465 - 6, n. 646.)

(10) 1. C. D. 23.12.1952, E. 1774, K. 2512 (T. İ. K. 1953/1, s. 466 - 7, n. 648).

lık olup fiilin işlenemez suç sayılmasına mesaf vermez. Zira mağdurenin muhalefetine rağmen suçu işlemek mümkündür» (11) şeklindeki kararı Temyiz Mahkememizin elverişliliği, olayda bilfiil gerçekleşmiş bir tehlikenin mevcut olup olmadığına bakmak suretile tayin etmek eğiliminde olduğunu göstermektedir (12).

Kanaatımızca, bu konuda bir sarahat ihtiva etmeyen kanunumuzun 61. maddesi, bundan önceki bölümlerde izahını ve savunmasını yaptığımız prosedürün memleketimiz hukukunda da uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Buna göre, hâkim, normal bir fizyolojik ve psikolojik gelişme göstermiş bulunan bir insanın imkânlarını ve onun, hareket ânında bilebileceği, öğrenebileceği hususları, günlük hayat tecrübelerinin verilerini, failin o olaya hâs bilgilerini ve bazı istatistik kanunlarını, olayların büyük çoğunluktan çıkarılan sonuçları nazara almak suretiyle, fail tarafından yapılan hareketin elverişli olup olmadığını tayin edebilir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, elverişsiz hareketlerle girişilen teşebbüsü, Türk Hukuku bir ceza müeyyidesine bağlamamıştır. Bu durum karşısında, hareket, ne derece tehlikeli (sübjektif ve sentomatik anlamda) olursa olsun, failin her hangi bir emniyet tedbirine tabi tutulması veya cezaya çarptırılması mümkün değildir. Buna her şeyden önce, bir Anayasa kuralı olan, kanunilik ilkesi mânidir. Bununla beraber, memleketimiz ceza hukukçularından konuya temas etmek fırsatını bulmuş olanlar, bu gibi hâllerde, faile bir ceza müeyyidesinin uygulanması lüzumunda ittifak etmektedirler (13).

Mevzuda y o k l u k haline gelince : Türk Ceza Kanunu teşebbüs hakkındaki hükümlerinde bu ipotezden söz açmamıştır. Ancak, kanunumuzun sistemi muvacehesinde, bundan, mevzudaki yok-

---

(11) 1. C. D. 16.8.1954. XXX. FUTACI, Ekrem. Teşebbüs Hakkında Bir Etüd. Seminer Vazifesi.

(12) Krşz. DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. I. s. 438. TANER (op. cit. s. 291, n. 296) problemin mutlak - nisbi elverişsizlik ölçüsüne göre çözümlenmesi gerektiği reyindedir. EREM'e böre ise (op. cit. s. 685 - 9), mahkeme tatbikatı kat'i - nisbi elverişsizlik ayırımını bir tarafa bırakarak, belki de farkında olmaksızın, somut tehlike nazariyesini benimsemiştir.

(13) DÖNMEZER - ERMAN. op. cit. I. s. 439 - EREM. op. cit. s. 636. - TANER. op. cit. s. 288.

(14) TANER. op. cit. s. 291, n. 196, B.

luk yahut imkânsızlık hallerinde faile teşebbüsten dolayı ceza verilebileceği sonucu çıkarılmamalıdır (14). Bir kere, hareketin elverişsizliği halinde, cezasızlık neticesini tanımış olan kanun koyucunun, mevzudaki yokluk veya elverişsizlik söz konusu olduğunda faili cezalandırmak isteğini kabûl etmeğe mantık kuralları engel teşkil eder. Öte yandan, mevzuun yokluğu halinde, suçun işlenmesinin mümkün olmayacağı, hatta, mevcut olmayan bir mevzu üzerinde icraya bile başlanamayacağı, dolayısıyla, kanunilik ilkesinin, bu hâlde de cezalandırmaya mani olduğu iddia edilmiştir (15).

Kanunumuz bakımından, mevzuun yokluğu halinde failin cezalandırılmayacağı hususu, isbata muhtaç bir problem değildir. Asıl problem, mevzuun ne zaman «yok» sayılacağı, mevzuun varlığının veya yokluğunun hangi ölçüye göre değerlendirileceğidir. Burada, «mevzu» kelimesini bile kullanmamış olan kanun metninden fayda beklenemez. Sistematiğe uyarak ve düzenli bir şekilde yayınlanmayan Temyiz Mahkemesi İçtihadları arasında da, ölçü verecek kararlara rastlanamamaktadır. Temyiz Mahkemesi bir içtihadında, bir kimsenin cebine, elini, hırsızlık maksadiyle soka kimsenin, para zannıyla bir izin vesikası ve askerlere mahsus ekmek karnesi almasını hırsızlığa teşebbüs saymıştır (16). İzin vesikası ile sadece asker tarafından kullanılacak bir ekmek karnesi hırsızlığa salih eşya sayılamayacaklarına ve esasen öyle olsalardı, suç tamamlanmış olacağına göre, bu karardan, Temyiz Mahkememizin, mevzuda yokluk konusunda *ex post* değil, *ex ante* değerlendirmeye taraftar olduğu ve mevzu bilfiil mevcut olması bile mevcudiyetinin muhtemel olduğu hâllerde teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı kuralını koyduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Fakat, Temyiz Mahkemesinin, fiilin teşebbüs halinde kalmış olduğu neticesine, mevzuun tamamen yok olması yüzünden değil, başka bir cepte bulunabileceği gerekçesiyle varmış olabileceği de akla gelebilir. Ancak, bu, husus kararın metninden anlaşılmamaktadır. Esasen, bir başka karar, çıkarılan bu neticelerden birincisini destekleyici niteliktedir. Yüksek mahkeme bu kararında (17), maili inhidam olması sebebiyle boşaltılmış, metrük, cam ve pencereleri alınmış binanın 492.

---

(15) EREM. op. cit. s. 635 - TANER. op. cit. loc. cit.

(16) 2. C. D. 18 1.1.1949, 355/419 (ÇAĞLAYAN. op. cit. II, s. 584 - 5, n. 71).

(17) 6. C. D. 24.10.1959, 955/889 (ÇAĞLAYAN. op. cit. II, s. 579, n. 35).

maddeye göre bina sayılamayacağını belirtmiştir. Yani, faile şiddet sebebi uygulanmamak gerekir. Başka bir deyişle, adiyen hırsızlık söz konusudur. Vasıfları tanımlanan böyle bir yerde her ne kadar meskûn bir evde bulunan eşyaların mevcudiyeti düşünülemezse, de, kapı, su borusu v. s. gibi hırsızlığa salih şeylerin mevcudiyeti muhtemeldir.

Bu iki misâle rağmen, Temyiz Mahkemesi içtihadlarının prensip getirecek açıklıkta oldukları söylenemez. Mamafih, elverişlilik hakkında teklif ettiğimiz muhakeme tarzının mevzuun varlığının tesbiti vesilesiyle de geçerli olabileceğini, kanunumuzda bunu önleyen bir kaydın mevcut olmadığını sanıyoruz.