

İŞLENEMEZ SUÇ

Impossible Attempts

Hakan GÜNDÜZ*

Öz


Suç, belirli aşamalardan geçerek bir süreç içinde işlenmektedir. Suçun oluşuncaya kadar geçirdiği bu sürece “suç yolu (*iter criminis*)” denilmektedir. Suç yoluna girerek işlemeye kastettiği suçun icrasına başlayan fail bazen suçun bir kısım unsurlarının eksikliği nedeniyle suçu tamamlayamaz. İşlenemez suçlarda, suçun manevi unsurunda bir eksiklik yoktur. Ancak, eksik olan suçun maddi unsurlarından; (özel faillik niteliğine sahip) fail, fiil veya konudur. Hareketin suç tipi açısından suçu tamamlamaya elverişli olmasıyla suçun konusunun yokluğu birbirinden farklıdır. Hareketin elverişsizliği somut olayda söz konusu olabilir; ancak, suçun konusunun elverişsizliği değil, yokluğundan bahsedilebilir. Suçun konusunun yokluğu ile “*elverişsiz teşebbüs*” aynı anlama gelmemekle birlikte, “*işlenemez suç*”; “*elverişsiz teşebbüs*”, “*suçun maddi konusunun yokluğu*” ve

* Dr. Öğr. Üyesi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), hakan.gunduz@hku.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2437-8329.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 19.09.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 20.12.2022.

Atıf/Citation: Gündüz, Hakan. “İşlenemez Suç.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 717-761.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

“özel faillik niteliğini taşımama” hallerini kapsayacak bir kavramdır.

Anahtar kelimeler: İşlenemez Suç, Suça Teşebbüs, Hareket, Suçun Konusunun Yokluğu, Özgü Suç.

Abstract

The offense is committed in a process by going through certain stages. This process, which the offense goes through until it occurs, is called the "criminal path (iter criminis)". The perpetrator, who starts the execution of the offense he intends to commit by entering the criminal path, sometimes cannot complete the offense due to the lack of some elements of the offense. In impossible attempts, there is no deficiency in the subjective element of the offense. However, from the objective elements of the missing typicality; The perpetrator (having the characteristic of special agency) is the act or the subject. The fact that the act is suitable for completing the offense and the absence of the subject of the offense are different from each other. Although the absence of the subject of the offense and "impossible attempts" do not have the same meaning, "impossible attempts"; It is a concept that encompasses "impossible attempts", "absence of the material subject of the offense" and "not have a special perpetrator qualification".

Keywords: Impossible Attempts, Attempts to Offense, Act, Absence of the Subject, Specific Offense.

GİRİŞ

Suç, belirli aşamalardan geçerek bir süreç içinde işlenmektedir. Suçun oluşuncaya kadar geçirdiği bu sürece "suç

yolu (iter criminis)” denilmektedir.¹ Suç yolu doktrinde birbirine benzer tasnifler yapılarak incelenmektedir.² Ayrıntılı bir tasnif olması nedeniyle suç yolu; düşünce, karar, hazırlık, icra, tamamlanma ve son bulma aşamaları şeklinde incelenebilir. Düşünce aşaması, failin iç dünyası ile ilgili bir aşamadır; henüz dış dünyaya yansıyan bir suç işleme kararı mevcut değildir. Karar aşamasında kişinin davranışı, henüz ceza kanunlarının koruma altına aldığı bir hukuki değeri ihlal eden iradi insan davranışına dönüşmediğinden, “*filsiz suç olmaz*” ilkesi gereğince, suç işleme kararına ceza hukuku yaptırımlarının uygulanması söz konusu değildir.³ Suç işlemeye karar veren failin bu yöndeki iradesinin dış dünyaya yansıdığı ilk aşama, hazırlık aşamasıdır. Kural olarak hazırlık hareketleri, başlı başına bir suç tipini ihlal etmediği sürece, ceza hukukunun müdahale alanına girmez ve dolayısıyla cezalandırılmaz. İcra

¹ Veli Özer Özbek ve ark., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 485; İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 454; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2005), 182; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 516.

² Suç yolunu; düşünce, icra, tamamlanma ve sona bulma aşamaları şeklinde tasnif eden yazarlar olduğu gibi (Toroslu, *Ceza Hukuku*, 182; Önder Tozman, “Suça Teşebbüs,” Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2008, 8; Hakeri, *Genel Hükümler*, 516); suç fikrinin ortaya çıkması, hazırlık hareketleri, icra hareketleri, suçun tamamlanması şeklinde (Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 485.); suç projesinin yazılı veya sözlü açıklanması, hazırlık hareketleri, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi ve suçun tamamlanması aşaması şeklinde (Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım I* (İstanbul: Beta Yayınevi, 1997), 413); hazırlık hareketleri, teşebbüs, suçun tamamlanması ve suçun sona ermesi şeklinde (Kayıhan İçel ve ark., *Suç Teorisi* (İstanbul: Sebat Yayıncılık, 1999), 299) tasnif edildiği görülmektedir.

³ Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009), 21.

aşaması, kural olarak ceza hukukunun müdahalesinin başladığı aşamadır. Suç işleme kararı veren ve işlemeye kastettiği suçun hazırlık aşamasını tamamlayan failin, soyut nitelikteki suç işleme kararını tipe yani suçun kanuni tanımına uygun icrai veya ihmali davranış biçiminde somutlaştırarak icraya koyması bu aşamada söz konusu olur.⁴ Suç tipinde gösterilen hareketin doğrudan doğruya icrası ile başlayan söz konusu aşama suçun tamamlanması anına kadar devam edecektir ve suça teşebbüs de ancak bu aşamada söz konusu olacaktır; hazırlık aşamasından farklı olarak failin dış dünyaya yansıyan hareketleri suçla korunan hukuki değeri ihlal etme tehlikesi yaratmış ve failin suç kastı şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya çıkmıştır.⁵ İcra aşamasından sonra suçun tamamlanma aşaması gelir. Suçun tamamlanmasını, failin hukuka aykırı fiili ile suçun kanuni tanımında gösterilen tüm objektif ve sübjektif unsurları gerçekleştirmesi olarak anlamak gerekir.⁶ Suçun tamamlanması, suçun gerçekleştiği anı ifade etmekle birlikte, suçun son bulma aşaması suç yolunun kapandığı anı göstermektedir.⁷ Suçun tamamlanma anı ile sona erme anının birbirinden farklı zamanlar olmasının suça teşebbüs hükümlerinin uygulanması

⁴ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 182.

⁵ Zafer İçer, "Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması Meselesi," Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, 22-23.

⁶ Kural olarak ceza kanunlarında suçlar, tüm unsurları tamamlanmış suç tipleri şeklinde kurgulanmıştır. Ancak, bazı suç tipleri ile korunan hukuki değerlere atfedilen öneme binaen teşebbüs aşamasında kalan suçların tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığını görmekteyiz. Bu suçlara, "teşebbüs suçu" veya "kalkışma suçu" adı verilmektedir. Anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs (TCK m. 309), Cumhurbaşkanı suikaste teşebbüs (TCK m. 310/1), rüşvet suçu açısından, rüşvet konusunda anlaşmaya varılması (TCK m. 252/3), uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin satışı arzı (TCK m. 188/3) bu suçlara örnek olarak gösterilebilir.

⁷ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 183.

açısından bir önemi yoktur. Zira, teşebbüs hükümlerinin uygulanması suçun tamamlanma anına kadar mümkündür; bu aşamadan sonra suçun icrası bir süre devam etse dahi teşebbüs hükümleri uygulanamayacak ve fail tamamlanmış suçtan cezalandırılacaktır.

Suç teorisinin önemli konu başlıklarının başında gelen “suça teşebbüse” ilişkin hükümler asıl ceza normunu tamamlayan yardımcı norm niteliğindedir.⁸ Teşebbüse ilişkin hükümler kanunda mevcut olmasaydı, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak, icrasına başlanmış ve fakat failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış suçlardan dolayı failin cezalandırılması mümkün olamazdı. Ceza kanunlarının genel hükümleri arasında yer alan teşebbüse ilişkin düzenlemeler, kanuni tipte gösterilen suç tamamlanamasa dahi icrasına başlanması nedeniyle haksızlık boyutuna ulaşmış fiilin cezalandırılmasını mümkün kılmaktadır. Bu yönüyle teşebbüse ilişkin hükümler, cezalandırılabilirliğin alanını genişleten hükümlerdir⁹ ve böyle durumlarda, tamamlanmış suça ilişkin ceza normu ile teşebbüse ilişkin normun bir araya gelmesiyle uygulanması mümkün olan suçun özel görünüş şekli söz konusudur.¹⁰

⁸ İçel ve ark., *Suç Teorisi*, 304; M. Emin Artuk ve ark., *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 622-623; Özgüç, *Genel Hükümler*, 545; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 415; Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu* (Ankara: Kazancı Yayınevi, 1994), 52; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 33-34.

⁹ Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 414; Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, 52; Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs* (İstanbul: Kazancı Yayınevi, 1994), 46; Artuk ve ark., *Genel Hükümler*, 622; Özgüç, *Genel Hükümler*, 544; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 414-415; Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 486; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 447.

¹⁰ Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 46-47.

Failin fiilinin suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirmeye elverişli olmaması şeklinde kısaca tarif edilebileceğimiz “*elverişsiz teşebbüs*” ile “*işlenemez suç*” kavramları ve bunların kapsamaları üzerinde geçmişten günümüze hukuki tartışmalar sürmektedir. Bununla birlikte, suçun maddi unsurlarından biri olan “*konu*”nun yokluğu hali doktrinde genel olarak “*işlenemez suç*” kapsamında kabul edilmekle birlikte, aşağıda ayrıntısına yer verildiği üzere, bazı yazarlarca bu durumun “*elverişsiz teşebbüs*” kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Ayrıca, doktrinde ağırlıklı olarak hareketin suçu tamamlamaya elverişli olmamasını ve suçun maddi konusunun bulunmamasını birlikte ifade etmek üzere “*işlenemez suç*” kavramı kullanılmakla birlikte, genel olarak “*işlenemez suç*” başlığı altında incelenmeyen, ancak Yargıtay’ın son zamanlarda verdiği kararlarına yansıyan “*özel faillik niteliğini taşımama*” halinin de “*işlenemez suç*”un üçüncü görünüm şekli olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşünde olduğumuzdan, “*işlenemez suç*” konusundaki hukuki tartışmalara değinerek, görüşlerimizi ifade etmenin yerinde olacağı düşüncesiyle, çalışmamızı kaleme aldık.

Çalışmamızda öncelikle işlenemez suçun genel esaslarını inceleyeceğiz, bu kapsamda işlenemez suç kavramına ve işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması gerektiği yönündeki görüşlere değineceğiz. Müteakiben işlenemez suçun görünüm şekillerini ele alacağız.

I. İŞLENEMEZ SUÇUN GENEL ESASLARI

A. İşlenemez Suç Kavramı

Türk ceza hukuku doktrininde, icrasına başlanan hareketin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmamasını ve suçun konusunun bulunmamasını birlikte ifade etmek üzere “*işlenemez*

suç" kavramını kullanan yazarlar¹¹ olduğu gibi, aynı hususları "elverişsiz teşebbüs" başlığı altında inceleyen yazarlar¹² olduğunu; bununla birlikte ikili bir ayrıma giderek hareketin suçta tamamlanmaya elverişli olmamasını ifade etmek üzere "elverişsiz teşebbüs" ve suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle işlenememesi durumunda ise "işlenemez suç" kavramını kullanan yazarlar¹³ olduğunu görmekteyiz.

Hareketin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmamasını ve suçun konusunun bulunmamasını "elverişsiz teşebbüs" kapsamında inceleyen yazarlar; tipik neticeyi meydana getirmeye uygun nitelikteki hareketin yanı sıra suçun konusunun yokluğunun da fiilin elverişliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, konunun teşebbüs kurumu ile yakın ilişki içinde olduğu, bu iki kurumun birbirinden ayrı düşünülmemeyeceğinin Alman Ceza Kanunu'nun

¹¹ Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler I* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993), 501; Uğur Alacakaptan, *İşlenemez Suç* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 223, tarihsiz), 1; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 195; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 473; Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 499; Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 134; Gürkan Özocak, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 133; Aykut Ersan, "İşlenemez suç," *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, sayı 4 (2017): 50; Murat Aydın, "İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sayı 1 (2013): 80; Devrim Aydın, "Suça Teşebbüs," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, sayı 1 (2006): 100; Sevi Bakım, "İşlenemez Suç," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sayı 1 (2021): 292; Büşra Erdem, "İşlenemez Suç," Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, 9-10; Nurullah Kantarcı, *İşlenemez Suç*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 27; Abdülbaki Giyik, "İşlenemez Suç," *Ceza Hukuku Dergisi* 8, sayı 21 (2013): 182.

¹² Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 191-192; Gözde Kazaker, "Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs," Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, 7-8.

¹³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 560-561; Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, 429-430.

düzenlemelerinden¹⁴ de anlaşıldığı, neticeyi meydana getirmek için yapılan hareketin elverişsizliğini esas alan “*elverişsiz teşebbüs*” teriminin konuyu en iyi şekilde açıkladığı gerekçeleriyle, bu terimin tercih edildiğini beyan etmektedir.¹⁵

Hareketin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmamasını ve suçun konusunun bulunmamasını birlikte ifade etmek üzere “*işlenemez suç*” kavramını kullanan yazarlar ise; suçun işlenemez olduğunu belirtmesi, teşebbüs kurumu karşısında bağımsızlık kazanması, bu kavramın hareketin elverişsizliğiyle birlikte konunun bulunmamasını da kapsayacak içeriğe sahip olması nedeniyle, “*işlenemez suç*” kavramının tercih edildiğini ifade etmektedir.¹⁶

Hareketin suçu tamamlamaya elverişli olmamasını ifade etmek üzere “*elverişsiz teşebbüs*” ve suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle işlenememesi durumunda ise “*işlenemez suç*” kavramını kullanan yazarlara göre; fiilin suç tipi açısından elverişli olmasıyla suçun konusunun yokluğu birbirinden farklıdır. Hareketin elverişsizliği söz konusu olabilir; ancak, suçun konusunun elverişsizliği değil, yokluğundan bahsedilebilir. Bu da “*işlenemez suç*” olarak adlandırılan kurumu ortaya çıkartır.¹⁷

Kanaatimizce; hareketin elverişli veya elverişsiz olması suça teşebbüse vücut verecek nitelikte icra hareketlerinin bulunup bulunmadığının tespitiyle ilgilidir; ancak, suçun maddi

¹⁴ Alman Ceza Kanunu m. 23/3: “*Fail ağır bilgi ve anlama hatası nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı taddiren indirebilir.*”, Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 20-21.

¹⁵ Sözüer, *Suç Teşebbüsü*, 191-192; Kazaker, *Elverişsiz Teşebbüs*, 7-8.

¹⁶ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 1; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 473.

¹⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 560-561; Koca ve Üzülmmez, *Genel Hükümler*, 429-430.

konusunun yokluğunun, hareketin teşebbüse elverişliliği ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Örneğin, daha önce ölmüş bir kişiye bunun farkında olmadan öldürme kastı ile silahla ateş eden failin hareketi kasten öldürme suçunu işlemeye elverişli harekettir; ancak, icra hareketinin gerçekleştiği sırada suçun maddi unsurlarından “konunun” yokluğu nedeniyle, işlenemez suç söz konusudur. Ancak, elverişsiz hareketin söz konusu olduğu durumlarda da suçun maddi unsurlarından “fail” unsurunun yokluğu nedeniyle “işlenemez suç” söz konusudur. Her iki durumda da suçun maddi unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle, tipiklik gerçekleşmeyecek ve fail maddi unsurları yönünden oluşmayan suçtan cezalandırılmayacaktır. Örneğin; mekanizmasının arızalı olması sebebiyle ateş etme imkân ve kabiliyetine sahip olmayan bir tabancayla öldürme kastıyla mağdura ateş etmeye çalışan failin hareketi ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişsizdir. Bu durumda, kasten öldürme suçunun icra hareketi niteliğinde tipik fiilin mevcut olduğundan bahsetmek mümkün olmadığından, suçun maddi unsurlarından tipe uygun “fail”in mevcut olmaması nedeniyle “işlenemez suç” söz konusudur. Kısacası, “suçun konusunun yokluğu” ile “elverişsiz teşebbüsün” aynı anlama gelmediğini, ancak, “işlenemez suç”un, “elverişsiz teşebbüsü” ve “suçun maddi konusunun yokluğunu” içine alacak şekilde üst kavram olduğunu değerlendiriyoruz.

Bununla birlikte, doktrinde genel olarak “işlenemez suç” başlığı altında incelenmeyen, ancak Yargıtay’ın son zamanlarda verdiği kararlarına yansıyan ve kanaatimizce işlenemez suçun bir görünüm şekli olan “özel faillik niteliğini taşımama” halini de konumuz kapsamında incelemenin yerinde olacağını değerlendiriyoruz.

Suçun objektif/maddi unsurlarından olan “fail”, tipe uygun fiili işleyen gerçek kişidir. Ceza kanunlarında tanımlanan suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilir; ancak, bazı suçlar

açısından failin belirli hukuki veya fiili durumda bulunması¹⁸, belli niteliklere sahip olması veya özel bir yükümlülük altında bulunması¹⁹ aranmakta ise bu suçlara “özgü suçlar” denilmektedir.²⁰ Özgü suçlar da kendi içerisinde; sadece özel faillik niteliğini taşıyanların işleyebileceği “gerçek özgü suçlar” ve temel şekli herkes tarafından işlenebilen bir suçun nitelikli halinin özel faillik niteliğini taşıyanlar tarafından işlenebileceği “görünüşte özgü suçlar” şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır.²¹ Sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen zimmet, rüşvet, işkence, görevi kötüye kullanma gibi görev suçları “gerçek özgü suçlara”; herkes tarafından işlenebilen kasten öldürme suçunu altsoy veya üstsoydan birine karşı işlemesi nedeniyle bu suçun nitelikli halinden dolayı daha ağır ceza ile cezalandırılan fail açısından bu suç “görünüşte özgü suçlara” örnek olarak verilebilir.

Özgü suçlardan; sadece özel faillik niteliğine sahip olan kişilerin işleyebileceği “gerçek özgü suçlar”ın, “özel faillik niteliğini taşımayan” kişiler açısından “işlenemez suç” kapsamında olduğunu değerlendiriyoruz. Zira, “gerçek özgü suçlar” açısından fiili işleyen kişinin kanunun aradığı özel faillik niteliğine sahip olmaması durumunda, tipikliğin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün değildir. Bu konunun ayrıntısını “İşlenemez suçun görünüm şekilleri” başlığı altında işleyeceğiz.

¹⁸ Toroslu, *Genel Hükümler*, 64.

¹⁹ Artuk ve ark., *Genel Hükümler*, 300.

²⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 211-212; Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, 115.

²¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 212.

B. İşlenemez Suçun Cezalandırılıp Cezalandırılmaması Meselesi

1. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Gerektiğini İleri Süren Teoriler

İşlenemez suçun cezalandırılması gerektiğini savunan görüşlerden, Alman hukukçular Tittman, Grolmann ve Von Buri tarafından savunulması nedeniyle “*Alman Teorisi/Okulu*” olarak kabul edilen ve “*objektif teori*”ye karşı ortaya atılan “*sübjektif teori*”ye göre; suça teşebbüsten dolayı failin cezalandırılabilmesi için objektif bir tehlikenin varlığı gerekli değildir ve yapılan hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan failin suç işleme iradesinin ortaya çıkmasıdır. Failin iradesinin suç tipini ihlale yöneldiğinin dış dünyaya yansıyan hareketlerle anlaşılması teşebbüsten cezalandırılması için yeterlidir.²²

İşlenemez suçun cezalandırılması gerektiğini savunan teorilerden bir diğeri olan ve ilk olarak pozitivist İtalyan hukukçu Garofalo tarafından ileri sürülüp sonrasında birçok pozitivist yazar tarafından benimsenmesi nedeniyle “*pozitivist görüş*” de denilen “*sübjektif tehlike teorisi*”ne göre; teşebbüsten dolayı failin cezalandırılması için önemli olan suç tipi ile korunan hukuki menfaatin objektif bir tehlikeye maruz kalması değildir. Önemli olan failin suç işlemeye yönelmiş iradesidir. Sübjektif tehlike teorisinin bu noktadan sonra sübjektif teori ile görüşleri ayrılmaktadır. Sübjektif tehlike teorisi, suç işleme iradesini ortaya koyan failin aynı zamanda ahlaki kötülüğünün belirlenmesi gerekir. Fail tarafından suç işlemek için seçilmiş

²² Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 462; Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 32-34; Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 500; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 97-98; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 138; İlhan Akbulut, “İşlenemez Suç,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 53, sayı 1-4 (1990), 140.

araçlar onun suç işleme enerjisinin yetersizliğini veya budalalığını ortaya koymuşsa toplum açısından tehlikeli olmayan failin cezalandırılmaması gerekir.²³ Örneğin, tuz ile mağdurdu öldürebileceğini düşünüp harekete geçen fail suç kastını ortaya koymuş olmakla birlikte dış dünyaya yansıyan fiili ile toplum açısından tehlikeli olmadığını ortaya koyduğu için cezalandırılmamalıdır. Ancak tam tersine mağdurun yemeğine zehirli bir madde olan arsenik katarak öldürmek isterken koyacağı maddeyi karıştırıp mağdurun yemeğine tuz koyan fail ahlaki kötülüğünü ve toplum açısından tehlikeliliğini ortaya koyduğundan kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmalıdır.²⁴

2. İşlenemez Suçun Cezalandırılmaması Gerektiğini İleri Süren Teoriler

İşlenemez suçun cezalandırılmaması gerektiğini savunan teorilerden ilki İtalya'da Romagnosi ve Almanya'da Feuerbach tarafından ortaya atılan, en büyük savunucuları Rossi ve Carrara olan objektif teoridir.²⁵ Bu teoriye göre, hukuki konuların çözümünde ahlaki endişelere yer verilemez. Failin fiilinin suçla korunan hukuki menfaati ihlal etmesi veya tehlikeye düşürmesi gerekir. Hareketin elverişsizliği veya konunun yokluğu nedeniyle zarar verme iktidarından yoksun olan ve bu nedenle toplum açısından zararsız olan fiilleri cezalandırmak haksızlık olur. Bu nedenle, işlenemez suç cezalandırılmaz.²⁶ Objektif teori; gerek suçun konusu ve gerekse hareket açısından mutlak veya nispi elverişsizlik şeklinde bir ayrıma gitmekte, elverişsizlik mutlak ise faile ceza verilmeyeceğini, elverişsizlik nispi ise failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiğini

²³ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 40-41; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 463.

²⁴ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 41.

²⁵ Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 460; Akbulut, "İşlenemez Suç," 141.

²⁶ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 44; Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 500.

ileri sürmektedir. Hareket veya suçun konusu tipik neticenin meydana gelmesine mutlak olarak elverişli değilse, işlenemez suç söz konusudur ve fail cezalandırılmamalıdır. Örneğin, gebe olmayan kadının üzerinde çocuk düşürücü hareketlerin yapılması konunun mutlak yokluğu nedeniyle işlenemez suçtur; ancak gebe kadının çocuğunun düşürülmesine yönelik ilacın yetersiz dozda verilmesinde elverişsizlik nispidir ve fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır.²⁷

İşlenemez suçun cezalandırılmaması gerektiğini savunan teorilerden bir diğeri “*yeni objektif teori*” olarak da adlandırılan “*somut tehlike teorisi*”dir. Objektif teori hareketin veya konunun mutlak-nispi elverişliliğini ex-post yani değerlendirmenin yapıldığı güne göre yaptığı halde, somut tehlike teorisi bu değerlendirmeyi ex-ante yani hareketin yapıldığı andaki koşullara göre ve mutlak-nispi elverişlilik şeklinde bir ayrıma gitmeden yapar. Somut tehlike teorisine göre, hareket suçun konusu üzerinde objektif olarak bir tehlike yaratmamış veya önemsiz bir tehlike yaratmış ise fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz.²⁸

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin yakın tarihli bir kararında²⁹ “*somut tehlike teorisi*”nin benimsediği ifade edilerek, bu teoriye göre; “...*hâkim, psişik ve fizyolojik gelişmesi normal olan insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini nazara almak ve belli istatistik kanunları ile id quod plerumque accidit (ortak hayat tecrübelerine göre, belli insan davranışlarının nedensellik bağlamında netice verdiği makul bir olasılık derecesini ifade eden ortak tecrübe ilkesi) ilkesini ve faili o olay bakımından mevcut özel bilgilerini de göz önünde bulundurmak*

²⁷ Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 460-461; Önder, *Ceza Hukuku*, 407-408.

²⁸ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 408-409; Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 500; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 477; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 101.

²⁹ Yar. 16. CD, E. 2018/7103, K. 2019/1953, 22.03.2019; erişim tarihi Eylül 7, 2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

suretiyle hareketin yapıldığı anda hareketin mevzuunun mevcudiyetinin muhtemel olup olmadığını araştırarak...muhtemel olması durumunda eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı sonucuna ulaşacaktır. Yani hâkim, somut olayda *ex post* değil *ex ante* bir değerlendirme ile normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini, günlük hayat tecrübelerini, failin olay ile ilgili özel bilgilerinin nazara alarak hareketin yapıldığı anda suçun konusunun varlığının muhtemel olup olmadığını araştıracaktır. Konunun varlığı muhtemel ise -ve esasen mutlak yokluk durumu da yoksa- eylemin teşebbüs kapsamında kaldığı kabul edilerek..." cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

Bu başlık altında değineceğimiz son teori Almanya'da ortaya atılan "*hukuki imkansızlık teorisi*"dir. Bu teoriye göre; tipe uygunluk suçun mevcudiyetinin temel şartı olduğundan, fiil tipe uygun değilse cezalandırılmaz. Tipik fiilin unsurlarının eksik olması suçun oluşumunu nasıl engelliyorsa bu durum suça teşebbüsü de önleyecektir. Örneğin, kasten öldürme suçunun konusu fiilin icrası sırasında yaşayan kişinin hayatı olduğuna göre, cesedin öldürülmesi nasıl mümkün değilse, öldürmeye teşebbüs de imkansızdır. Yine kendi malını başkasının malı zannederek alan kişinin de tipik olmayan bu fiilden dolayı hırsızlık suçunun icrasına başladığı söylenemez.³⁰

3. Görüşümüz

İşlenemez suçlarda tipikliğin manevi unsurunda bir eksiklik yoktur. Başka bir deyişle fail belirli bir suçu işleme kastıyla hareket etmektedir. Ancak, eksik olan tipikliğin maddi unsurlarından; (özel faillik niteliğine sahip) fail, fiil veya maddi konudur. Bu noktada fiilin elverişsizliğinden bahsedebiliriz; ancak, maddi konunun elverişsizliğinden değil yokluğundan, failin de özel faillik niteliğine sahip olmamasından

³⁰ Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 461; M. Tahir Taner, *Ceza Hukuk Umumi Kısım* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 532, 1953), 285-286; Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 49-52.

bahsedebiliriz. Öldürme kastıyla cesede ateş etme, gebe olmayan kadının sözde çocuğunu düşürtmeye çalışma, başkasının zannederek kendi malını alma örneklerinde olduğu gibi suçun maddi konusu bulunmadığından tipiklikteki bu eksiklikten dolayı suç oluşmayacaktır. Bununla birlikte, suçu tamamlamaya elverişli hareketlerin yapılması halinde tipik fiilden bahsedebiliriz. Örneğin, kasten öldürme suçunda mekanizması arızalı olduğu için ateş etme kabiliyetine sahip olmayan tabancayı mağdura doğrultup öldürme kastıyla tetiğe basma hareketinin kasten öldürme suçu açısından elverişsiz hareket olduğu ve fiilin tipik olmadığı açıktır. Ayrıca, gerçek özgü suçlardan birini, örneğin sadece asker kişi sıfatına sahip olanlar tarafından işlenebilen sırf askeri suçlardan³¹ birini, ancak bu özel faillik niteliğine sahip olanlar işleyebilecek bu niteliğe sahip olmayanlar açısından tipikliğin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Tipikliğin maddi unsurlarının oluşmaması nedeniyle hukuken bir suçun varlığından söz etmek mümkün olmadığına göre, Anayasa'nın 38. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun³² (TCK) 2. maddesinde düzenlenen ve ceza hukukuna hakim olan temel ilkelerden olan "*kanunilik ilkesi*" gereğince, işlenemez suçtan failin cezalandırılması mümkün değildir. Zira, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme gibi³³ bazı ülkelerin kanunlarında işlenemez suçun cezalandırılmasına ilişkin hükümler mevcut olmasına rağmen, hukukumuzda işlenemez suçun cezalandırılmasına imkân tanıyan bir düzenleme mevcut

³¹ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun Ek 11. maddesinin 2. fıkrasına göre: "*Bu Kanunda düzenlenen ve asker kişiler tarafından işlenen 60 ncı, 62 nci, 65 inci, 66 ncı, 67 nci, 68 inci, 70 inci, 79 uncu, 81 inci, 82 nci, 85 inci, 87 nci, 88 inci, 89 uncu, 90 mcı, 91 inci, 97 nci, 98 inci, 100 üncü, 101 inci, 102 nci ve 136 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar, sırf askerî suçtur.*"

³² RG. 12.10.2004, S. 25611.

³³ Bkz. 14. dipnot.

değildir. Bunun bir eksiklik olduğunu değerlendirmiyoruz. Zira, işleme kastettiği suçla korunan hukuki değeri ihlal tehlikesi veya suçun maddi konusu üzerinde herhangi bir zarar doğurma tehlike doğurmayan failin toplum açısından tehlikeliliği gerekçe gösterilerek cezalandırılması veya -güvenlik tedbiri uygulanabilmesinin zemininde de işlenmiş bir suçun bulunması gerektiği de göz önünde bulundurulduğunda- güvenlik tedbiri uygulanması yönünde düzenleme yapılması, bizi sübjektif teorinin benimsenmesi ve ceza sorumluluğunun alanını belirsiz kılıp katlanılmaz hale getirmek sonucunu doğuracak olan “failin niyetini cezalandırmak” noktasına götürecektir.

Bu çerçevede yukarıda belirttiğimiz görüşlerden “hukuki imkansızlık teorisi”ni benimsediğimizi ifade edebiliriz. Ancak, hareketin elverişliliğini belirlerken hareketin suçun konusu üzerinde somut bir tehlike meydana getirmeye elverişli olup olmadığını değerlendirmek suretiyle bir sonuca varmak gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, 30 metre etkili menzili olan av tüfeği ile 300 metre mesafedeki mağdura öldürme kastı ile ateş eden failin elindeki araç objektif olarak değerlendirildiğinde ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişlidir. Ancak, kullanıldığı mesafe itibarı ile suçun maddi konusu üzerinde herhangi bir tehlike meydana getirme ihtimali bulunmamaktadır. Bu noktada hareketin suçun konusu üzerinde herhangi bir tehlike oluşturmadığı durumlarda, elverişli hareketin mevcut olmaması nedeniyle “işlenemez suç” bulunduğu sonucuna varmak gerektiğini değerlendiriyoruz.

II. İŞLENEMEZ SUÇUN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

İşlenemez suçun görünüm şekillerinin “elverişsiz teşebbüs”, “suçun maddi konusunun yokluğu” ve “özel faillik niteliğini taşımama” olduğunu yukarıda belirtmiştik. Şimdi sırasıyla bu konuları ele alalım.

A. Elverişsiz Teşebbüs

Elverişsiz teşebbüsü açıklamaya başlamadan önce, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, suça teşebbüsün şartlarını belirtip bu şartlardan biri olan *“failin gerçekleştirdiği fiilin suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirmeye elverişli olması”* şartını inceleyelim.

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinin 1. fıkrasındaki³⁴ düzenlemeden hareketle, teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için; failin kasten işlenebilen bir suçu işleme kastı ile hareket etmesi, icra hareketi niteliğindeki fiilin fail tarafından gerçekleştirilmesi, failin gerçekleştirdiği fiilin suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirmeye elverişli olması ve failin elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya (neticeli suçlar açısından) icra hareketleri tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

765 sayılı mülga TCK'nın teşebbüsü düzenleyen 61. maddesinde *“vesaiti mahsusa”* yani *“elverişli araç”* ifadesi kullanılmış olmasına rağmen 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde *“elverişli araç”* kavramını da içine alan daha kapsamlı bir ifade olan *“elverişli hareket”* kavramının kullanılması daha yerinde olmuştur. Nitekim bu husus 35. madde gerekçesinde³⁵; *“Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil,*

³⁴ *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”*

³⁵ Erişim tarihi Haziran 30, 2022, <https://legalbank.net/belge/madde-35/2677348>.

suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Elverişlilik nisbi bir kavramdır ve suçta kullanılan aracın kime karşı, hangi şartlar altında, nasıl, ne şekilde ve hangi amaçla kullanıldığından mücerret olarak, tek başına “*aracın elverişli*” olup olmamasından bahsetmek doğru değildir.³⁶ Hareket; suçla korunan hukuki menfaati ihlal edebilme iktidarına sahip olduğu takdirde “*elverişli hareket*” olarak kabul edilir.³⁷

Somut olayda fail tarafından kullanılan araç da dahil olmak üzere icrasına başlanılan fiilin, suçu tamamlamaya (sırf hareket suçları açısından suçun kanuni tanımında gösterilen unsurları gerçekleştirmeye, neticeli suçlar açısından neticeyi gerçekleştirmeye) elverişli olup olmamasına göre, değerlendirme yapıp bir sonuca varmak gerekir. Örneğin, şeker somut olaydan bağımsız ele alındığında ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli bir araç olarak değerlendirmezken, şeker hastasına verildiğinde ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli bir hareket olarak değerlendirilir; boş veya arızalı bir tüfek atış yapma kabiliyetine sahip olmadığı için bu yönüyle ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli olmamakla birlikte, bu silah somut olayda yakın mesafeden mağdurun başına sertçe vurmak suretiyle kullanıldığında ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli hareket olarak kabul edilir.³⁸

Yargıtay da bir kararında³⁹; sanık tarafından mağdurun adresine kargo ile gönderilen bombanın mağdurun adresinin

³⁶ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 62; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 493; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 194; Aydın, “İşlenemez Suç,” 81; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 71.

³⁷ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 17.

³⁸ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 62.

³⁹ Yar. 1. CD, E. 2016/3543, K. 2017/5248, 20.12.2017, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

eksik olması nedeniyle ulaşmadan geri döndüğü olayda, sanığın hareketinin objektif olarak neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmaması nedeniyle işlenemez suç niteliğinde olacağı sonucuna vararak sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken kasten öldürme suçuna teşebbüsten ceza verilmesini nedeniyle ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur.

Failin hareketinin suçu tamamlamaya “*elverişli*” olup olmadığının kim tarafından, neye göre belirleneceğini, değerlendirme yapılırken kriterlerimizin ne olacağını tespit etmek gerekir. “*Elverişli – elverişsiz hareketin*” tespitine ve hangi durumda “*elverişsiz teşebbüs*”ün söz konusu olduğuna ilişkin çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerden öncelikle objektif teorileri, sonrasında sübjektif teoriyi ana hatları ile inceleyelim.

18. ve 19. klasik ceza hukukçuları tarafından ortaya atılan (eski) objektif teori; hareketin elverişli olup olmadığı noktasında mutlak-nispi elverişlilik şeklinde bir ayrıma gider; failin suçta kullandığı araçlarla neticeyi gerçekleştirmesi hiçbir şekilde mümkün değilse hareketin mutlak elverişsizliği söz konusudur. Örneğin, büyü yaparak mağduru öldürmeye çalışan failin hareketi mutlak olarak elverişsizdir ve bu durumda işlenemez suç söz konusudur. Ancak, aracın miktarından veya kullanım tarzı gibi geçici/arazi olarak ortaya çıkan nedenlerden dolayı hareket neticeyi gerçekleştiriyorsa elverişsizlik nispidir. Örneğin, mağduru öldürme kastıyla yemeğine katılan zehrin öldürücü dozda kullanılmaması, zırh giymiş olan mağdurun göğsüne failin bıçak saplayarak öldürmeye çalışması, az önce yatağından çıkmış olan mağduru yatağında zannederek failin karanlıkta boş olduğunu bilmediği yatağa bıçak saplaması örneklerinde hareketin elverişsizliği nispidir ve failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir.⁴⁰ Bu teori tarafından

⁴⁰ Erem, *Genel Hükümler I*, 501; Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 67; Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 186; Taner, *Ceza Hukuku*, 284-285; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 106; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 152.

mutlak-nispi elverişsizlik şeklinde yapılan bu ayırım, her somut olayda hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığı ex ante yani olay anındaki şart ve koşullara göre yapılması gerektiği, bu şekilde bir ayırımın doğru olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.⁴¹

Hareketin mutlak – nispi elverişsizliği ayırımına iştirak etmeyen İtalyan hukukçu Manzini tarafından “*yetersizlik teorisi*” ileri sürülmüştür. Bu teoriye göre; hareketin elverişliliği ve yetersizliği şeklinde bir ayırma gitmek, hareketin neticeye neden olmasının imkânsız olduğu haller için hareketin elverişsizliğinden ve elverişsiz teşebbüsten bahsetmek gerekir. Bununla birlikte, failin suçta kullandığı aracın nitelik veya nicelik yönünden yetersiz olması yahut failin aracı kullanım tarzından kaynaklanan yetersizlik hallerinde suç tamamlanamamış olsa dahi fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır.⁴² Örneğin, mağduru öldürmek için yemeğine şeker konulması halinde elverişsiz hareketten dolayı “*elverişsiz teşebbüs*” nedeniyle fail cezalandırılmayacaktır; ancak aynı mağdurun yemeğine zehir konulsa ve konulan zehrin miktarı ölüm neticesini doğurabilecek kadar yeterli değilse, fail hareketin yetersizliği nedeniyle teşebbüs aşamasında kalan suçtan cezalandırılacaktır. Manzini’nin ileri sürdüğü bu teori, objektif teorinin mutlak-nispi elverişsizlik ayırımına terminolojik bir yenilik getirmekten öteye gidemediği, elverişlilik problemini tatmin edici bir çözüme kavuşturmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.⁴³

Elverişsiz hareketi açıklamak için ortaya atılan mutlak-nispi elverişsizlik şeklinde yapılan ayırım ile hareketin elverişsizliği-yetersizliği şeklindeki ayırma getirilen eleştiriler üzerine, ilk

⁴¹ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 68.

⁴² Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 72; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 135

⁴³ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 73-74.

olarak İtalyan ceza hukukçusu Carrara tarafından ortaya atılan ve “yeni objektif teori”⁴⁴ olarak da adlandırılan “somut tehlike teorisi”ne göre; sadece failin suçta kullandığı aracın elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi doğru değildir; hareketin yapıldığı andaki (ex ante) somut şartlara göre bir bütün olarak suçla korunan menfaat üzerinde zararlı veya tehlikeli bir netice meydana getirme potansiyeline sahip olup olmadığının tespit edilmesi, bu şekilde somut tehlike oluşturmeyen hareketlerin elverişsiz hareket olarak değerlendirilmesi gerekir. Hâkim bu değerlendirmeyi yaparken ortalama bir insanı ve failin özel bilgisini de göz önünde bulundurarak sonuca varacaktır.⁴⁵

Failin ortaya koyduğu suç işleme kastının toplum açısından tehlikeliliğini esas alan subjektif teori⁴⁶; açısından hareketin neticeyi meydana getirmeye kesin olarak elverişsiz olması önem arz etmemektedir. Önemli olan suç işleme iradesini ortaya koyan failin suç tipiyle korunan hukuki değer üzerinde tehlike yaratmasıdır. Bu nedenle elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılması gerektiğini kabul etmektedir.⁴⁷

5237 sayılı TCK’nın 35. maddesi metni ve gerekçesinden⁴⁸, kanun koyucunun teşebbüsten dolayı failin cezalandırılabilmesi

⁴⁴ Önder, *Ceza Hukuku*, 408; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 477; Artuk ve ark., *Genel Hükümler*, 661.

⁴⁵ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 74-77; Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, 99-100; Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 187; Erdem, *İşlenemez Suç*, 104ff., 119; Kantarcı, *İşlenemez Suç*, 251ff.; Bakım, “İşlenemez Suç,” 302-303; Giyik, “İşlenemez Suç,” 187-188; Ayşen Alan, “İşlenemez Suç,” *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sayı 16 (2020): 455-456, 475.

⁴⁶ İçel ve ark., *Suç Teorisi*, 310; Önder, *Ceza Hukuku*, 395-396; Artuk ve ark., *Genel Hükümler*, 621.

⁴⁷ Önder, *Ceza Hukuku*, 410; Artuk ve ark., *Genel Hükümler*, 661.

⁴⁸ “...Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer

için suç işleme kararını ortaya koyan hareketlerin gerçekleştirilmesini yeterli gören sübjektif görüşe taraftar olmadığı, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamayı arayan maddi objektif teoriyi benimsediği anlaşılmaktadır. Kanunumuz elverişsiz teşebbüsü cezalandırmayı mümkün kılan bir düzenleme içermediğinden, yürürlükteki hukukumuz açısından elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildir.

Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında, mutlak – nispi elverişsizlik şeklinde bir ayırım yapmadan hareketin suçu tamamlamaya elverişli olup olmamasına göre bir sonuca gittiği görülmektedir. Yargıtay'ın “...Katılana ait ...bankası kartının çalıntı ihbarı üzerine iptal edilmesi nedeniyle kullanılmasının imkansız hale gelmesinden sonra sanık... tarafından kullanılmak isterken ATM’de karta el konulduğu anlaşılacakla, bu kartla ilgili işlenemez suç hükümlerinin...” uygulanmayarak banka kartını kötüye kullanma suçundan verilen mahkûmiyet hükmünü bozduğu⁴⁹, “olayda sanığın kullandığı tabanca ele geçirilmemiş olsa bile kuru sıkıdan bozma bilye/saçma/kurşun parçası atar tabanca kullandığı ve

failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık – icra hareketleri ayırımı konusunu bir kanıtlama sorunu hâline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir. Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki “kastı şüpheye yer bırakmayacak” ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır...” erişim tarihi Haziran 30, 2022, <https://legalbank.net/belge/madde-35/2677348>.

⁴⁹ Yar. 8. CD, E. 2018/1757, K. 2018/3390, 27.03.2018, erişim tarihi Eylül 27, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasiIstemciWeb/>.

katılanın kafasındaki yaranın niteliği, araba kaportasındaki sacın delinmemiş olması dikkate alındığında, ele geçirilemeyen ve ancak soruşturmayla niteliği belirlenen tabancanın öldürmeye teşebbüs suçunu işlemeye elverişli olmadığı ve sanık açısından öldürmeye teşebbüs suçunun işlenemez suç olduğu anlaşılmalı, TCK'nın 86/2-3(e) maddesinde düzenlenen silahla kasten yaralama suçundan cezalandırılması yerine..." kasten öldürme suçuna teşebbüsten verilen mahkûmiyet hükmünü bozduğu⁵⁰, "sanığın uyuşturucu madde almak amacıyla uyuşturucu madde ticareti isnadıyla yakalanan ...'a ait telefon numarasını aradığı ve telefonu açan polisle yaptığı görüşme üzerine yakalandığı olayda; üzerinde herhangi bir uyuşturucu ya da uyarıcı madde ele geçirilmeyen, suç tarihi ve öncesinde uyuşturucu madde kullandığı teknik yöntemlerle saptanmayan sanığın, satıcı şahıslar kolluk görevlilerinin gözetiminde iken, onlardan uyuşturucu madde satın almasının mümkün olmaması nedeniyle eylemi 'işlenemez suç' niteliğinde olduğundan suçun yasal unsurlarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin, sanığın beraati yerine..." kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmaktan suçundan verilen mahkûmiyet hükmünü bozduğu⁵¹ kararları bu uygulamaya örnek verilebilir.

Yukarıda belirtilen görüşler, Yargıtay uygulaması ve TCK'nın 35. maddesi metni ile gerekçesi çerçevesinde "*hareketin elverişliliğinin*" nasıl tespit edileceği konusunu değerlendirip kendi görüşümüzü ifade edecek olursak: Failin suç işleme iradesini ortaya koymasını ve bu kapsamda toplum açısından tehlikeliliğini esas alan, hareketin kastedilen suçu işlemeye elverişli olup olmadığını göz önünde bulundurmaman ve adeta "*failin niyetini*" cezalandırması nedeniyle cezalandırılabilirliğin alanını çok genişleten subjektif teoriye iştirak etmiyoruz. TCK'nın 35. maddesi metni ve gerekçesinden de kanun koyucu

⁵⁰ Yar. 8. CD, E. 2020/5788, K. 2021/2526, 17.02.2021, erişim tarihi Eylül 7, 2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

⁵¹ Yar. 10. CD, E. 2015/3098, K. 2018/9177, 11.12.2018, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

iradenin sübjektif teoriye taraftar olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Objektif teorilerden ise mutlaka birine bağlı kalarak sonuca varmayı da doğru bulmuyoruz. Klasik objektif teori tarafından yapılan hareketin mutlak ve nispi elverişsizliği ayırımına da katılmıyoruz. Zira, hareketin suçu tamamlamaya elverişli olup olmadığını tespitte önemli olan, hareketin suçun konusu üzerinde somut zarar doğurma tehlikesinin mevcut olup olmadığıdır; böyle bir somut tehlike olayda ya gerçekleşmiştir ya da gerçekleşmemiştir. Kullanılan araçların niteliği, miktarı, kullanılma şekli, hareketin yapıldığı yer, zaman da dahil olmak üzere somut olayın tüm gerçekleşme şartları açısından, hareketin suçun konusu üzerinde böyle bir somut tehlike doğurması imkânsız ise elverişsiz teşebbüs söz konusudur. Örneğin, mekanizması atışa kesin olarak mâni olacak şekilde arızalı (silahın tutukluk yapması şeklinde geçici arızalar değil) veya içinde mermi olmaması nedeniyle ateş etme kabiliyetini haiz olmayan silahla ateş ederek bir insana karşı kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarını işlemek imkansızdır; zira, gerçekleştirilme şekli itibarı ile yapılan hareketin suçun konusu üzerinde somut bir zarar doğurma tehlikesi kesin olarak yoktur. Bu noktada somut tehlike teorisine yakın görüşteyiz. Somut tehlike teorisinde savunulduğu gibi, hâkimin değerlendirme yaparken ortalama bir insanı ve varsa failin özel bilgisini dikkate alıp hareketin somut olayın tüm şartları açısından suçu tamamlamaya elverişli olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Ancak, bu değerlendirmeyi suçun işlendiği ana giderek (ex ante) yapmak bazı durumlarda bizi objektif teoriden tamamen uzaklaştırıp sübjektif teori ile aynı noktaya getirebilir. Örneğin, hasmını öldürmek için satın aldığı ruhsatsız silahın mekanizmanın arızalı olduğunu ve bu nedenle atış yapma kabiliyetine sahip olmadığını bilmeyen failin, mağdurun bulunduğu yere tabancanın etkili menziline olacak şekilde yaklaşıp silahının namlusuna mermiyi sürdüğünü ve ateş etmek için silahını doğrultup tetiğe bastığını, ancak arızası nedeniyle silahın ateş almadığını düşünelim. Bu olaydan sonra (ex post)

gerçekleşen duruma göre değerlendirme yaptığımızda, suçun konusu olan mağdurun hayatı üzerinde somut bir tehlike gerçekleşmediği için, başka bir deyişle kullanılan araç da dahil olmak üzere yapılan hareketin ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli olmaması nedeniyle, elverişsiz teşebbüs bulunduğu sonucuna varmak ve faili kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırmamak; o ana kadar gerçekleşen suçlar olan ruhsatsız ateşli silah bulundurma ve tehdit suçlarından cezalandırmak gerekir. Bu değerlendirme olayın olduğu ana gidilerek (ex ante) ve ortalama bir insan esas alınarak yapıldığında, fiilin gerçekleştirildiği anda silahtaki mekanik arıza henüz bilinmediğinden, bunu o sırada bilmeyen fail veya ortalama kişinin suçun konusu üzerinde o andaki şartlara göre muhtemel tehlike yarattığı ve failin kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerektiği sonucuna varılacaktır. Bu örnek, içinde mermi bulunmadığı fail tarafından bilinmeyerek kasten öldürme suçunu işlemek için kullanılan tabanca açısından da verilebilir. İçinde mermi bulunmayan ve o anda fail tarafından mermi konulma ihtimali de olmayan bir tabanca atışa kesin olarak elverişli değildir; ex post bir değerlendirmede böyle bir aracın kasten öldürme suçu açısından suçun konusu üzerinde somut bir tehlike meydana getirme ihtimali olmadığı sonucuna ulaşılır. Ancak, ex ante bir değerlendirme yapıldığında hareketin yapıldığı andaki şartlara göre suçun konusu üzerinde tehlike doğurma ihtimalinin mevcut olduğu ve failin kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerektiği sonucuna varılacaktır. Verilen örneklerden anlaşılacağı üzere, gerçekleşen durumda failin hareketiyle suçun konusu olan mağdurun hayatı üzerinde somut herhangi bir tehlike gerçekleşmediği halde, hareketin yapıldığı anda ortalama kişinin subjektif bilgisine veya bilgi eksikliğine dayanarak yapılan değerlendirmede muhtemel tehlikenin mevcut olduğu sonucuna varılabilecektir. Bu da bizi subjektif teori tarafından benimsendiği gibi, yaptığı hareketle toplum açısından tehlikeliliğini ortaya koyan “failin niyetini” cezalandırmak sonucuna götürecektir; halbuki gerçekleşen

durumda failin hareketi neticeyi gerçekleştirmeye objektif olarak “*elverişli*” değildir. TCK’nın 35. maddesi metni ve gerekçesinde de dile getirildiği üzere “*elverişli hareketlerle*” icrayı arayan kanun koyucunun iradesinin böyle olmadığı anlaşılmaktadır. Yargıtay’ın yukarıda örnek olarak verdiğimiz kararlarında da hareketin elverişliliğinin ex post yapıldığını görüyoruz. Zira, yukarıda da yer verdiğimiz banka kartını kötüye kullanma suçuna ilişkin kararlarda⁵² Yargıtay failin elde ettiği kartların kullanıma açık olup olmadığını tespit edilerek bir sonuca varılması gerektiğini özellikle vurgulamaktadır. Bu değerlendirme ve tespit ancak olaydan sonra hâkim tarafından yapılacak bir araştırmayla mümkün olabilir. Ex ante yani olay anına gidilerek bir değerlendirme yapılsaydı ortalama bir insanın veya failin bilgisi yeterli olacaktı ve olay anında kartın kapalı olmadığını düşünerek hareket ettiği açık olan failin hareketi elverişli olarak değerlendirilecekti. Ancak, yukarıda örnek mahiyetinde yer verdiğimiz Yargıtay kararlarında hareketin elverişliliği değerlendirmesinin ex post yapıldığı görülmektedir. Aksine bir kabul ve uygulamanın, gerçekte suçun konusu bir tehlikeye maruz kalmamış olsa ve failin hareketi suçu tamamlamaya elverişli olmasa dahi, failin veya ortalama kişinin olay anındaki tasavvuru esas alınarak elverişsiz teşebbüsten faili cezalandırmak sonucunu doğuracağı kanaatindeyiz. Biz de belirttiğimiz gerekçelerle ve özellikle TCK’nın suça teşebbüs açısından benimsediği objektif görüşten uzaklaşmamak adına, hareketin suçun konusu üzerinde somut bir tehlike oluşturup oluşturmadığının hâkim tarafından, failin gerçekleştirildiği tüm şartlar göz önünde bulundurulurken ex

⁵² Yargıtay’ın konuya ilişkin verdiği bir başka karar şu şekildedir; “*Sanığın, işyerinden çaldığı katılana ait kredi kartlarından para çekmeye çalıştığı ancak kartların kullanıma kapalı olması nedeniyle çekemediği olayda; sanığın eyleminin işlenemez suç niteliğinde olduğu gözetilerek atılı suçtan beraati yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi... bozmayı gerektirmiştir.*” Yar. 8. CD, E. 2018/1625, K. 2019/13067 04.11.2019, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

post yapılması ve sonucuna göre hareketin suçu tamamlamaya elverişli olup olmadığına karar verilmesi gerektiği görüşündeyiz.

B. Suçun Maddi Konusunun Yokluğu

Bilindiği üzere, tipikliğin maddi unsurlarından biri de suçun konusudur. Failin fiilinin yöneldiği insan veya şey, suçun konusu olarak tanımlanmaktadır.⁵³ Suçun işlenmesiyle korunan hukuki değer ihlal edilmekte; suçun konusu ise zarara uğratılmakta veya tehlikeye düşürülmektedir.⁵⁴ Suç tipiyle korunan hukuki değer, suçun hukuki konusu; suçun üzerinde işlendiği kişi veya eşya ise suçun maddi konusu olarak adlandırılmaktadır.

İşlenemez suç kavramına ilişkin genel değerlendirmeler yaptığımız başlık⁵⁵ altında da belirttiğimiz üzere, suçun maddi konusunun yokluğunun, hareketin teşebbüse elverişliliği ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. “Fiil” ve “konu” suçun/tipikliğin maddi unsurlarından olduğundan, her iki durumda da suçun maddi unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle tipiklik gerçekleşmeyecek ve “işlenemez suç” olarak adlandırdığımız bu durum nedeniyle fail maddi unsurları yönünden oluşmayan suçtan cezalandırılmayacaktır.

Sübjektif teorinin, suç kastını ortaya koyan failin neticeyi gerçekleştirmeye elverişsiz hareketi bulunmasına rağmen failin suça teşebbüsten cezalandırılması gerektiği yönündeki görüşü, bu teorinin taraftarları açısından suçun konusunun yokluğu hallerinde de aynı gerekçelerle geçerliliğini korumaktadır. Suç işleme kastını ortaya koyarak toplum açısından tehlikeliliği ve

⁵³ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 66; Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, 117.

⁵⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 220.

⁵⁵ I/A. İşlenemez Suç Kavramı

ahlaki kötülüğü belirlilik kazanan fail, birtakım tesadüflerin gerçekleşmesi nedeniyle neticenin gerçekleşmemesi durumunda cezasız kalmamalıdır. Örneğin, mağdurun elini soktuğu cebinde para bulamayan veya daha önce öldüğünü bilmediği mağdura ateş eden fail, bundan dolayı işlenemez suç olduğu gerekçesiyle cezadan kurtulmamalıdır.⁵⁶

Doktrinde objektif teori tarafından suçun maddi konusunun mutlak-nispi/arızı yokluğu şeklinde bir ayrıma gidildiğini, hareketin yapıldığı sırada konunun mevcut olmadığı durumların mutlak yokluk olarak kabul edilerek, bu hallerde işlenemez suçun söz konusu olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Failin öldürme kastıyla cesede ateş etmesi veya gebe olmayan bir kadının sözde çocuğunu düşürtmeye yönelik fiiller gerçekleştirilmesi yahut hırsızlık yapmak amacıyla failin girdiği deponun tamamen boş olması nedeniyle bir şey çalamaması örneklerinde suçun konusunun mutlak yokluğu nedeniyle işlenemez suç söz konusudur. Konunun nispi yokluğu ise esasen mevcut olan konunun hareketin yapıldığı anda geçici olarak bulunmayışını ifade eder. Mağdurun cüzdanının failin elini soktuğu cebinde değil bir başka cebinde bulunması, mağdurun az önce boşalttığı yatağa fail tarafından (bu durum bilinmeden) bıçak saplanması örneklerinde konunun o anda mevcut olmaması nispidir ve fail elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır.⁵⁷

⁵⁶ Taner, *Ceza Hukuku*, 282; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 515; Coşkun Koç, "Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 147 (2020), 64-65.

⁵⁷ Önder, *Ceza Hukuku*, 407-408; Erem, *Genel Hükümler I*, 501-502; Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 115-116; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2016), 318-319; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 478; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 109; Aydın, "İşlenemez Suç," 86; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 156; Koç, "Suçun Konusunun Yokluğu," 57, 61ff.

Suçun konusunun mutlak-nispi yokluğu şeklinde bir ayırım yapılması; her iki halde de suçun işlenmesi netice itibarıyla aynı derecede imkânsız olduğundan, suçun konusunun mutlak bulunmayışına işlenemez suç, arızı olarak bulunmayışına ise suça teşebbüs şeklinde ayrı hukuki sonuçlar bağlanmasının yerinde olmadığı şeklindeki gerekçelerle eleştirilmiştir.⁵⁸ Zira, suçun konusunun yokluğu bakımından mutlak veya nispi yokluk şeklinde bir ayırım yapılamaz; suçun konusu ya vardır ya da yoktur. Suçun konusunun yokluğu farazi bir değerlendirmeye değil, somut olayın şartları göz önünde bulundurularak tespit edilebilir. Bu nedenle suçun konusunun bulunmadığı hallerde işlenemez suçun var olduğu kabul edilmelidir.⁵⁹

Bu eleştiriler üzerine, suçun konusunun hareketin icrasına başlamadan önce yokluğu ile hareketin icrasına başlanmasından sonra yokluğu şeklinde ikili bir ayırım yapılması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, icra hareketleri başlamadan önce suçun konusu mevcut değilse işlenemez suç söz konusudur. Cesede öldürme kastıyla ateş edilmesi veya mağdurun bulunduğu zannedilen yatağa bıçak saplanması örneklerinde olduğu gibi icra hareketleri başlamadan önce suçun konusu mevcut olmadığı için işlenemez suç söz konusudur. Ancak, kendisine tehdit mektubu gönderildiği sırada hayatta olan mağdurun mektubu okumadan önce ölmesi, kendisinin bulunduğu istikamete hasmı tarafından silahın namlusunun çevrildiğini fark eden mağdurun fail ateş etmeye fırsat bulamadan buradan uzaklaşması örneklerinde olduğu gibi icra hareketleri başladıktan sonra suçun konusu ortadan

⁵⁸ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 116-118; Ersan, "İşlenemez Suç," 61.

⁵⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 561; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 431.

kalktığından, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir.⁶⁰

Konunun mevcut olup olmamasına yönelik değerlendirme olaydan sonra (ex post) ve hareketin objektif tehlikeliliği dikkate alınmadan yapıldığından, cezalandırılabilir teşebbüsün alanını işlenemez suç lehine daralttığı gerekçesiyle bu görüş de eleştirilmiştir.⁶¹ Bu kapsamda ileri sürülen somut tehlike veya diğer adıyla yeni objektif teori ise, suçun konusunun yokluğu ile ilgili değerlendirmenin klasik/eski objektif teori tarafından ileri sürüldüğü gibi olaydan sonra (ex post) değil, olayın olduğu ana gidilerek (ex ante) yapılması gerektiği görüşündedir.⁶² Hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken fiziken ve ruhen sağlıklı ortalama bir insanı ve failin mevcutsa somut olaya ilişkin özel bilgisini de dikkate alarak, hareketin yapıldığı anda suçun konusunun muhtemel olarak mevcut olup olmadığını araştırması ve suçun konusunun mevcudiyeti muhtemelse teşebbüs hükümlerini uygulaması, değilse işlenemez suçun varlığı kabul edilerek faili cezalandırmaması gerekir.⁶³

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında⁶⁴; "...suça sürüklenen çocuğun şikayetçiye ait işyerinden yalnızca, sahte olması münasebetiyle ekonomik değeri bulunmayan 200 TL parayı çaldığı

⁶⁰ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 118-123.; Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 319; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 111; Koç, "Suçun Konusunun Yokluğu," 58; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 158; Giyik, "İşlenemez Suç," 189.

⁶¹ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 124-125.

⁶² Önder, *Ceza Hukuku*, 408; Erem, *Genel Hükümler I*, 502; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 478; Erdem, *İşlenemez Suç*, 138; Bakım, "İşlenemez Suç," 305-306.

⁶³ Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 125-126; Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 319; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 115; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 161; Koç, "Suçun Konusunun Yokluğu," 65-68.

⁶⁴ Yar. 13. CD, E. 2015/17287, K. 2017/5738, 22.5.2017, erişim tarihi Eylül 7, 2022,
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

husususu sübuta ermiş ise de, 'Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde' elverişsiz teşebbüsü cezalandırmanın mümkün olmadığı, suç konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez bir suçun söz konusu olduğu, sabit kabul edilen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmadığının anlaşılması karşısında, CMK'nın 223/2-a maddesi hükmü uyarınca suça sürüklenen çocuk ...'ın hırsızlığa teşebbüsten beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi" nedeniyle mahkûmiyet hükmünü bozduğu görülmektedir. Bu Karar'a sonuç olarak katılmakla birlikte, suçun maddi konusunun yokluğu ile elverişsiz teşebbüsü aynı anlama gelen kavramlar şeklindeki kabule iştirak etmiyoruz. Benzer bir olaya ilişkin verilen kararda Yargıtay; sanığın şikayetçinin tezgahında bulunan poşet içerisinde maddi değeri olmayan çakıl taşını çalmasının, suç konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç olduğunu kabul ederek, sanığın beraati yerine hırsızlığa teşebbüsten verilen mahkûmiyet hükmünü bozmuştur.⁶⁵ Yargıtay konuya ilişkin bir başka kararında da; derneklerce düzenlenen kimlik kartlarının hukuksal sonuç doğurma yeteneği bulunmaması, yasal hiçbir geçerliliğinin olmaması nedeniyle sahtecilik suçlarına konu oluşturmayacağı gerekçesiyle bu durumu suçun konusunun bulunmaması sebebiyle işlenemez suç kabul ederek, sahtecilik suçundan verilen mahkûmiyet hükmünü bozmuştur.⁶⁶ Yargıtay'ın bu kararlarında açıkça ifade edilmemekle birlikte, suçun konusunun mevcut olup olmadığına dair değerlendirme olayın olduğu ana gidilerek (ex ante) hareketin yapıldığı anda suçun konusunun muhtemelen olup olmadığına göre değil, olaydan sonra (ex post) gerçekleşen somut durumda konunun yokluğunun tespiti sonucuna göre yapıldığı anlaşılmaktadır.

⁶⁵ Yar. 13. CD, E. 2018/12296, K. 2018/18521, 18.12.2018, erişim tarihi Eylül 7, 2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

⁶⁶ Yar. 6. CD, E. 2002/20150, K. 2003/9400, 04.12.2003, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/6cd-2002-20150.htm>.

Yukarıda ifade edilen görüşlerden, suçun konusunun yokluğu halinde dahi toplum açısından tehlikeliliğini ortaya koyan failin cezalandırılması gerektiği yönündeki “*failin niyetini*” cezalandıran subjektif görüşe taraftar olmadığımızı öncelikle ifade edelim. Suçun konusunun mutlak – nispi yokluğu yahut hareketin icrasına başlamadan önceki yahut sonraki yokluğu şeklindeki ayrımlara katılmıyoruz. Suçun maddi konusu ya vardır ya da yoktur. Örneğin, fail mağdurun parasını/cüzdanını çalmak için montunun bir cebine elini soktuğunda, cüzdanın diğer cepte olması ve durumun mağdur tarafından fark edilip failin yakalanması halinde, mağdurun bu cebinin boş olması suçun konusunun bulunmadığı anlamına gelmemektedir; elinde olmayan nedenlerle işlemeyi kastettiği suçu tamamlayamayan failin hırsızlık suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Bununla birlikte, failin hırsızlık amacıyla tamamen boş bir depoya veya apartman dairesine girmesi durumunda bu suçun maddi konusunu oluşturan “*taşınır mal*”ın yokluğu nedeniyle, suçun konusunun varlığından herhangi bir şekilde söz edilemeyen böyle bir durumda, fail açısından işlenemez suç teşkil eden hırsızlık suçundan failin cezalandırılması mümkün değilse de bu ana kadar olan fiillerinin vücut verdiği konut dokunulmazlığının ihlali suçundan cezalandırılması mümkündür. Ancak, failin girdiği deponun birden fazla odasından birinin tamamen boş olması, fakat diğer odalarında veya deponun başka herhangi bir yerinde hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecek eşyanın bulunması durumunda, aynı şeyi söylemek mümkün değildir; depoda girdiği odanın boş olduğunu gören failin taşınır mal bulunan diğer odalara bakmadan yakalanması durumunda hırsızlık suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Somut tehlike teorisinin (yeni objektif teori), suçun konusunun yokluğu ile ilgili değerlendirmenin olayın olduğu ana gidilerek (ex ante) yapılması gerektiği yönündeki görüşüne de iştirak etmiyoruz. Zira, bu görüşe göre, hâkim suçun konusunun varlığı veya yokluğuna karar verirken, ortalama bir insanı ve failin özel

bilgisini esas alarak olayın olduğu andaki verilere göre bu değerlendirmeyi yapacaktır. Örneğin, failin bir sandalyede uyuduğunu düşündüğü ama gerçekte olaydan kısa bir süre önce kalp krizi geçirerek ölmüş olan hasmına öldürme kastıyla ateş ettiği olayda, olayın olduğu andaki verilere göre ortalama insan veya fail mağdurun yaşadığını düşünerek ateş edecektir (Aksi bir düşüncede olsa bu fiili gerçekleştirmeyeceği açıktır). Ex ante yapılacak değerlendirmedeki bu verilere göre, suçun konusunun hareketin yapıldığı anda muhtemelen var olduğu kabul edilerek failin kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Ancak, olaydan sonra (ex post) yapılacak otopsi ile mağdurun ölüm anının failin fiilinden önce olduğu ve dolayısıyla fail icra hareketlerine başlamadan önce suçun maddi unsurlarından konunun bulunmadığı anlaşılacaktır. Bu durum da suça teşebbüsle ilgili bir mesele olmayıp, tipikliğin unsurlarından birinin bulunmayışı nedeniyle, bir tipiklik problemidir. Başka bir örneği somut tehlike teorisi üzerinden açıklarsak, icra hareketlerinin başladığı sırada sürekli kullandığı yatağında olmayan mağduru yatağında zannederek öldürme kastıyla bıçağı yatağa saplayan failin, olayın olduğu ana gidilerek (ex ante) yapılacak değerlendirmeyle, o andaki verilere göre suçun konusu olan mağdurun bu yatakta bulunmasının muhtemel olması ve bu durumun da suçun konusu üzerinde muhtemel tehlike doğurması nedeniyle kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Ancak, olaydan sonra yapılacak (ex post) değerlendirmeyle, suçun konusunun fiilin icra edildiği yerde olmaması nedeniyle suçun maddi unsurlarından “konu”nun bulunmadığı ve tipikliğin gerçekleşmediğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Öte yandan, suçun konusu fiilin icra edildiği yerde bulunmuyorsa, başka bir deyişle fiil ile konu unsurlarının zamansal ve mekânsal olarak bir arada bulunması mevzu bahis değilse, işlenen fiille “konu”nun objektif ve somut bir tehlikeye maruz kaldığını söylemek de mümkün değildir. Verdiğimiz bu örnekte, mağdurun her zaman kullandığı yatakta mağdur değil bir başkası uyusa ve fail

mağdur zannederek bu şahsı öldürse, somut tehlike teorisine göre, ex ante yapılacak bir değerlendirmeyle, faili hem öldürmek isteyip de öldüremediği kişiye karşı kasten öldürme suçuna teşebbüsten hem de öldürdüğü 3. kişiye karşı kasten öldürme suçundan cezalandırmak gerekir. Failin niyetini cezalandırmak olduğu açık olan ve sübjektif teoriye yaklaşan somut tehlike teorisine belirttiğimiz gerekçelerle iştirak etmiyoruz. Yargıtay'ın yukarıda yer verdiğimiz kararlarında da suçun konusunun varlığı veya yokluğu ile ilgili değerlendirme bizim de iştirak ettiğimiz şekilde olaydan sonraki verilere göre (ex post) yapılmaktadır.

Sonuç olarak, fiilin icrası sırasında suçun konusunun muhtemel varlığı veya yokluğu ayrımı yerinde değildir; ex post yapılacak bir değerlendirmeyle suçun konusunun fiilin icrası sırasında bulunmadığı tespit edildiği takdirde, suçun maddi unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle tipikliğin gerçekleşmediği ve dolayısıyla suçun oluşmadığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, failin o ana kadar gerçekleştirdiği fiiller ayrı bir suç oluşturuyorsa, fail bundan dolayı cezalandırılmalıdır.⁶⁷

C. Özel Faillik Niteliğini Taşımama

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, sadece özel faillik niteliğine sahip olan kişilerin işleyebileceği “gerçek özgü suçlar” açısından fiili işleyen kişinin kanunun aradığı özel faillik niteliğine sahip olmaması durumunda, tipikliğin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün değildir.

Doktrinde, bu konu üzerinde mefruz/sözde suç ve elverişsiz teşebbüs kavramları kapsamında tartışmalar bulunmaktadır.

⁶⁷ Suçun konusunun yokluğuna ilişkin değerlendirmenin ex post yapılması gerektiğine yönelik benzer görüş için bkz. Kantarcı, *İşlenemez Suç*, 267ff.

Failin suç işlediğini zannetmesine rağmen, aslında böyle bir suçun mevcut olmaması şeklinde ifade edilebilecek mefruz suçun; hukuki veya fiili yanılmaya dayanan mefruz suç şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulduğunu görmekteyiz.⁶⁸ Hukuki yanılmada, failin fiili bir suça vücut vermemesine rağmen, fail fiilinin suç olduğunu zannetmektedir. Zina yapan kişinin bunun bir suç tipini ihlal ettiğini zannetmesi örneğinde olduğu gibi, böyle durumlarda tersine yasak hatası söz konusudur.⁶⁹ Fiili yanılmada ise, başkasının malı zannederek failin kendi malını alması örneğinde olduğu gibi, *-tersine unsur yanılıgısı olarak adlandırılacak böyle bir durumda-* fail normun hukuki varlığında değil maddi unsurlarında yanılmaktadır.⁷⁰ Alman hukukunda, özel faillik niteliğini taşıyan kişilerin işleyebileceği özgü suçlarda, failin fiilini gerçekleştirdiği sırada bu niteliğe sahip olmamasını, fiili yanılma olarak nitelendirip, failden kaynaklanan elverişsizlik hali olarak gören ve bu durumu *“elverişsiz teşebbüs”* kapsamında değerlendiren yazarlar olduğu gibi, böyle bir durumda suçun maddi unsurlarından *“fail”* unsurunun eksik olması nedeniyle *“sözde suç”*un varlığını kabul eden yazarlar da bulunmaktadır.⁷¹

Türk doktrininde konunun çok fazla tartışılmadığını görmekteyiz. Alacakaptan; sözde suç ile işlenemez suçu birbirinden ayırmaktaki kriterin, icra edilmesi amaçlanan fiilin kanunda suç sayılıp sayılmaması olduğunu, sözde suçun yalnız hukuki yanılmadan doğabileceğini, doktrinin fiili yanılma sebebiyle sözde suç şeklinde nitelendirdiği durumun işlenemez suç kapsamında incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷²

⁶⁸ Demirbaş, *Genel Hükümler*, 232-233.

⁶⁹ Erdem, *İşlenemez Suç*, 47.

⁷⁰ Demirbaş, *Genel Hükümler*, 233; Alan, *“İşlenemez Suç,”* 444.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kantarcı, *İşlenemez Suç*, 279ff.

⁷² Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 11.

Önder'in ise hareketin elverişsizliğini, suçun konusunun yokluğunu ve "suç tipinin ihlal edilebilmesi için failin belirli niteliklere sahip olmasını" işlenemez suç kapsamındaki üç durum olarak ifade ettiğini görmekteyiz.⁷³

İşlenemez suçu bir tipiklik problemi, başka bir deyişle tipikliğin maddi unsurlarından birinin somut olayda mevcut olmaması nedeniyle tipikliğin gerçekleşmesinin mümkün olmaması olarak kabul etmemiz nedeniyle, bu kapsamdaki "özel faillik niteliğinin bulunmaması" halinin de "işlenemez suç" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bizi bu şekilde bir tasnif yapmaya sevk eden nedenlerin başında yukarıda Türk doktrinine ilişkin yer verilen görüşler ve Yargıtay'ın gerçek özgü suçlardan sırf askeri suçlarla ilgili olarak yakın tarihlerde verdiği istikrar bulmuş kararları gelmektedir. Bu kararlardan bazılarını inceleyerek konuya açıklık getirelim.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında⁷⁴; "...Firar ve izin tecavüzü eylemleri, askerliğe elverişli kişiler tarafından işlenebilen sırf askeri suç niteliğindeki suçlardan olduğundan, sanığın suç tarihlerini kapsayacak şekilde askerliğe elverişsizlik durumunun belirlenmesi halinde eylemlerin işlenemez suç niteliğine bürüneceği kuşkusuzdur. Gülhane Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 28/07/2016 tarihli sağlık kurulu raporu ile, **suç tarihlerinde askerliğe elverişli olmadığı tespit edilen sanığın üzerine atılı firar suçunun işlenemez suç vasfına dönüştüğü** gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde ceza

⁷³ Önder, *Ceza Hukuku*, 407. Kantarcı; Alman hukukundaki görüşlere benzer bir tasnife giderek, "...fail, somut olayın maddi şartlarında bir hataya düşmüş ise bu durum tersine unsur yanlılığı olarak değerlendirilmeli ve elverişsiz teşebbüsün ortaya çıktığı kabul edilmelidir. Buna karşın fail, somut olaya ilişkin tüm şartları bilmesine rağmen, yanlış bir hukuki yorum sebebiyle kendisini fail zannediyorsa bu ihtimalde sözde suçun ortaya çıktığı kabul edilmelidir." şeklinde görüşlerini ifade etmektedir. Kantarcı, *İşlenemez Suç*, 289.

⁷⁴ Yar. 19. CD, E. 2018/8475, K. 2019/15043, 04.12.2019, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasiIstemciWeb/>.

verilmesine yer olmadığına ve güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilmesi..." nedeniyle hükmü bozmuştur. Bir başka kararda⁷⁵ da; "...sağlık kurulu ek raporu ile 19/09/2013 tarihinde itibaren askerliğe elverişli olmadığı tespit edilen **sanık açısından sırf askeri suç niteliğinde olan ve sadece asker kişiler tarafından işlenebilen firar suçu işlenemez suç haline geldiğinden sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,..." nedeniyle mahkûmiyet hükmünü bozmuştur.**

Yukarıda zikredilen kararlar ile benzeri kararlara⁷⁶ yansıyan olaylarda; fail askeri birliğinden firar ederek veya gittiği izinden dönmeyerek Askeri Ceza Kanununun (AsCK) 66. maddesinde düzenlenmiş firar veya izin tecavüzü suçunun icrasına başlamakta, kesintisiz suçlardan olan bu suçların icrasının bittiği tarihten sonra, suç tarihlerinde askerliğe elverişli olup olmadığına dair şüphe bulunan failin Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nde⁷⁷ düzenlemiş olan "*askerliğe elverişlilik*" sağlık kriterlerini taşıyıp taşımadığına dair sağlık kurulu raporu aldırılmaktadır. Sırf askeri suçlardan olması nedeniyle sadece fiili işlediği tarihlerde "*asker*" olma "*özel faillik niteliğini*" taşıyanların işleyebileceği firar veya izin tecavüzü suçları, suç tarihlerini kapsayacak şekilde (geçmişe dönük olarak) hakkında "*askerliğe elverişli değildir.*" kararlı sağlık kurulu raporu verilen fail açısından, "*işlenemez suç*" niteliğinde olmakta ve tipikliğin gerçekleşmemesi nedeniyle fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekmektedir.

⁷⁵ Yar. 19. CD, E. 2019/27927, K. 2019/14701, 27.11.2019, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

⁷⁶ Yar. 19. CD, E. 2019/29933, K. 2019/14699, 27.11.2019; Yar. 19. CD, E. 2019/30245, 2019/12513, 09.10.2019, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

⁷⁷ RG. 11.11.2016, S. 29885

Yargıtay'ın bu kararlarına iştirak ediyoruz ve benzeri durumlarda diğer sırf askeri suçlar⁷⁸ ile bunlar dışında kalan "gerçek özgü suçlar" açısından da failin fiili gerçekleştirdiği sırada "özel faillik niteliğini taşımaması" hallerinin işlenemez suç kapsamında olduğunu değerlendiriyoruz. Örneğin, benzeri bir değerlendirmeyi AsCK'nın 87. maddesinde düzenlenmiş olan ve sırf askeri suç niteliğindeki "emre itaatsizlikte ısrar" suçu açısından da yapabiliriz. Failin bu suçun kanuni tanımındaki fiili işlediği tarihte, sağlık kurulu raporu ile "askerliğe elverişli olmadığına" karar verildiği takdirde, bu suç fail açısından işlenemez suç olacaktır.⁷⁹

Bununla birlikte, fiili işlediği sırada özel faillik niteliğini taşımayan kişi açısından, sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilecek zimmet, rüşvet, irtikap, işkence, görevi kötüye kullanma gibi görev suçları veya yalan tanıklık gibi bizzat işlenebilen suçlar da işlenemez suç mahiyetinde olacaktır. Ancak, özel faillik niteliğini taşımayan kişinin fiili bir başka suç oluşturuyorsa, fail bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Örneğin; zimmet suçunun faili olabilmek için sadece kamu görevlisi sıfatını taşımak yeterli değildir. Kamu görevlisinin görevi nedeniyle zilyedliği devredilmiş veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu Devlet malı üzerinde malik gibi tasarrufta bulunması; bu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi gereklidir. Zimmet suçunun failinin fiili işlediği sırada kamu görevlisi olması yeterlidir, emeklilik, istifa gibi bir sebeple

⁷⁸ Bkz. d.pn. 31.

⁷⁹ Failin suç tarihinde askerliğe elverişli olup olmadığına dair tıbbi inceleme soruşturma veya kovuşturma sırasında ilgili makamların kararıyla yapılmakta ve alınan sağlık raporu içeriğine göre, failin suç tarihinde askerliğe elverişli olmadığına karar verildiği takdirde, failin suç tarihindeki özel faillik niteliği olan "asker" olma durumu ortadan kalktığı için, isnat edilen "emre itaatsizlikte ısrar" suçu fail açısından "işlenemez suç" niteliğinde olmaktadır.

bu sıfatın sonradan kaybedilmiş olması önemli değildir.⁸⁰ Kural bu olmakla birlikte, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun⁸¹ 48. maddesi veya diğer ilgili mevzuatta kamu görevlisi olarak atanmak için aranan gerekli şartları taşımadığı halde hileli davranışlarıyla (örneğin sahte diploma ibraz ederek) kamu görevine atanmasını sağlayan kişi bu görev sırasında kendisine zilyetliği devredilmiş Devlet malını zimmetine geçirse ve bu nedenle zimmet suçundan ceza soruşturması veya kovuşturması başlatıldıktan sonra, kamu görevine atanmasına ilişkin yaptığı hileli davranış tespit edilerek yetkili idari makam tarafından kamu görevine atanmasına dair idari işlemin geri alınmasına karar verilse⁸², fail suç tarihinde sahip olduğu kamu görevlisi sıfatını geçmişe etkili olarak kaybedeceğinden ve dolayısıyla suç tarihinde özel faillik niteliğini taşımadığından, bu kişi açısından zimmet suçunun işlenemez suç olacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, failin fiili güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğundan, bu suçtan cezalandırılması gerekecektir.⁸³

⁸⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 1252; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 1047.

⁸¹ RG. 23.07.1965, S. 12056.

⁸² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 463-464 "...Geri almada geri alınan işlemin öncesine dönlür. Geri alma ile birlikte, işleme bağlı diğer hukuki işlemlerin, sonuçların ortadan kaldırılması gerekir. ... İlgilisinin hilesi, yanlış beyanı, sahte belge kullanımı ve idarenin açık hatası hallerinde, geri alma için getirilen dava açma süresi sınırı uygulanmaz. Bu tür işlemler her zaman geri alınabilir..."; Ramazan Çağlayan. *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 412-415 "Geri alma, işlemin yapıldığı tarihten itibaren ortadan kaldırılması, hukuk aleminde çıkarılması veya bir idari işlemin başka bir idari işlemle hükümsüz hale getirilmesi, yapıldığı tarihten itibaren hukuk alanından silinmesi demektir. ... Yokluk, açık hata ve ilgilinin hileli davranışı sonucu oluşan işlemlerin geri alınmasında belli bir sürenin ileri sürülemeyeceği, bunların her zaman geri alınabileceği, zira bu tür işlemlerin korunması gereken kişisel sonuçlar doğurmayacağı kabul edilmektir."

⁸³ Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1251.

SONUÇ

Hareketin elverişli veya elverişsiz olması suça teşebbüse vücut verecek nitelikte icra hareketlerinin bulunup bulunmadığının tespitiyle ilgilidir; suçun maddi konusunun yokluğunun, hareketin teşebbüse elverişliliği ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Ancak, elverişsiz hareketin söz konusu olduğu durumlarda da suçun maddi unsurlarından “*fil*” unsurunun yokluğu nedeniyle “*işlenemez suç*” söz konusudur. Her iki durumda da suçun maddi unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle, tipiklik gerçekleşmeyecek ve fail maddi unsurları yönünden oluşmayan suçtan cezalandırılmayacaktır.

Suçun konusunun yokluğu ile “*elverişsiz teşebbüsün*” aynı anlama gelmediğini, ancak, “*işlenemez suç*”un, “*elverişsiz teşebbüsü*” ve “*suçun maddi konusunun yokluğunu*” içine alacak şekilde üst kavram olduğunu değerlendiriyoruz. Bununla birlikte, doktrinde genel olarak “*işlenemez suç*” başlığı altında incelenmeyen, ancak Yargıtay’ın son zamanlarda verdiği kararlarına yansıyan “*özel faillik niteliğini taşıyama*” halinin de işlenemez suçun bir görünüm şekli olduğunu değerlendiriyoruz. Özel faillik niteliğine sahip olan kişilerin işleyebileceği “*gerçek özgü suçlar*” açısından fiili işleyen kişinin kanunun aradığı özel faillik niteliğine sahip olmaması durumunda, tipikliğin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün değildir. “*Özel faillik niteliğini taşımayan*” kişiler bu suçların faili olamayacağından, tipikliğin maddi/objektif unsurlarından birinin mevcut olmaması nedeniyle, bu kişiler açısından “*işlenemez suç*”un söz konusu olduğu kanaatindeyiz.

İşlenemez suçlarda tipikliğin manevi unsurunda bir eksiklik yoktur. Başka bir deyişle fail belirli bir suçu işleme kastıyla hareket etmektedir. Ancak, eksik olan tipikliğin maddi unsurlarından; (özel faillik niteliğine sahip) fail, fiil veya maddi konudur. Bu noktada fiilin elverişsizliğinden bahsedebiliriz; ancak, maddi konunun elverişsizliğinden değil yokluğundan

bahsedebiliriz. Öldürme kastıyla cesede ateş etme, gebe olmayan kadının sözde çocuğunu düşürtmeye çalışma, başkasının zannederek kendi malını alma örneklerinde olduğu gibi suçun maddi konusu bulunmadığından tipiklikteki bu eksiklikten dolayı suç oluşmayacaktır.

Tipikliğin maddi unsurlarının oluşmaması nedeniyle hukuken bir suçun varlığından söz etmek mümkün olmadığına ve hukukumuzda işlenemez suçun cezalandırılmasına imkân tanıyan bir düzenleme mevcut olmadığı göre, Anayasa'nın 38. maddesi ile TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen ve ceza hukukuna hakim olan temel ilkelerden olan "*kanunilik ilkesi*" gereğince, işlenemez suçtan dolayı failin cezalandırılması mümkün değildir. Bunun bir eksiklik olduğunu değerlendirmiyoruz. Zira, işlemeye kastettiği suçla korunan hukuki değeri ihlal tehlikesi veya suçun maddi konusu üzerinde herhangi bir tehlike doğurmayan failin toplum açısından tehlikeliliği gerekçe gösterilerek cezalandırılması veya güvenlik tedbiri uygulanması yönünde düzenleme yapılması, bizi sübjektif teorinin benimsenmesi ve ceza sorumluluğunun alanını belirsiz kılıp katlanılmaz hale getirmek sonucunu doğuracak olan "*failin niyetini cezalandırmak*" noktasına götürecektir.

TCK'nun 35. maddesi metni ve gerekçesinden, kanun koyucu iradenin "*hareketin elverişliliğini*" tespit konusunda sübjektif teoriye taraftar olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Hareketin suçu tamamlamaya elverişli olup olmadığının tespitinde, TCK'nın suça teşebbüs açısından benimsediği objektif görüşten uzaklaşmamak adına, hareketin suçun konusu üzerinde somut bir tehlike oluşturup oluşturmadığının hâkim tarafından, fiilin gerçekleştirildiği tüm şartlar göz önünde bulundurularak ex post yapılması ve sonucuna göre hareketin suçu tamamlamaya elverişli olup olmadığına karar verilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Suçun konusunun mutlak – nispi yokluğu yahut hareketin icrasına başlamadan önceki yahut sonraki yokluğu şeklindeki

ayrımara iştirak etmiyoruz. Suçun maddi konusu ya vardır ya da yoktur. Hâkim tarafından olay anına gidilip ortalama bir kişi esas alınarak değerlendirme yapılması ve fiilin icrası sırasında suçun konusunun muhtemel varlığı veya yokluğu ayrımı yapılarak sonuca gidilmesi de kanaatimizce yerinde değildir; ex post yapılacak bir değerlendirmeyle suçun konusunun fiilin icrası sırasında bulunmadığı tespit edildiği takdirde, tipikliğin gerçekleşmediği ve dolayısıyla suçun oluşmadığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, failin o ana kadar gerçekleştirdiği fiiller ayrı bir suç oluşturuyorsa, fail bundan dolayı cezalandırılmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olup olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author received no financial support for this study.

Conflict of Interest: The author did not specify whether there was a conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akbulut, İlhan. "İşlenemez Suç." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 53, sayı 1-4 (1990): 139-143.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Alacakaptan, Uğur. *İşlenemez Suç*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 223.
- Alan, Ayşen. "İşlenemez Suç." *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sayı 16 (2020): 437-479.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Aydın, Devrim. "Suça Teşebbüs." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, sayı 1 (2006): 85-113.
- Aydın, Murat. "İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sayı 1 (2013): 77 – 104.
- Bakım, Sevi. "İşlenemez Suç." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sayı 1 (2021): 289-322.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım I*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1997.
- Erdem, Büşra. "İşlenemez Suç." Doktora Tezi. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Erem, Faruk. *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler I*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993.

- Ersan, Aykut. "İşlenemez Suç." *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, sayı 4 (2017): 49-68.
- Giyik, Abdulkaki. "İşlenemez Suç." *Ceza Hukuku Dergisi* 8, sayı 21 (2013): 181-195.
- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2016.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- İçel, Kayıhan, İzzet Özgenç, Adem Sözüier, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver. *Suç Teorisi*. İstanbul: Sebat Yayıncılık, 1999.
- İçer, Zafer. "Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması Meselesi." Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- İpekçioğlu Aksoy, Pervin. *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- Kantarıcı, Nurullah. *İşlenemez Suç*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Kazaker, Gözde. "Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs." Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Koç, Coşkun. "Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 147 (2020): 49-73.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Özocak, Gürkan. *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Soyaslan, Doğan. *Teşebbüs Suçu*. Ankara: Kazancı Yayınevi, 1994.
- Sözüer, Adem. *Suçta Teşebbüs*. İstanbul: Kazancı Yayınevi, 1994.
- Taner, M. Tahir. *Ceza Hukuk Umumî Kısım*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 532, 1953.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2005.
- Tozman, Önder. "Suça Teşebbüs." Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.