

SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİNE TEŞEBBÜS

Soner DEMİRTAS*

ÖZ

Suçun nitelikli hali kavramı Türk Ceza Kanunu'nun çeşitli maddelerinde kullanılmıştır. TCK'nın 43/1. maddesinde daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerden bahsedilmiş ve daha ağır veya daha az cezayı gerektiren haller ile suçun temel şeklinin aynı suç sayılacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda çalışma bakımından önem arz eden hususlar ise suçun nitelikli halleri arasında yapılan ayırım, nitelikli hallere teşebbüsün mümkün olup olmadığı ve bu mümkünse teşebbüs hükümlerinin hangi şartlarda uygulanacağıdır. Ayrıca suçun temel ya da (daha ağır veya daha az cezayı gerektiren) nitelikli hallerinden birinin teşebbüs aşamasında kalıp diğerinin tamamlandığı durumlarda failin nasıl cezalandırılacağıının belirlenmesi de önem arz etmektedir. Bu çalışmada burada zikredilen hususlar Türk öğretisi ve Yargıtay kararları ışığında somut suç tipleri de değerlendirilerek ayrıntılı olarak incelenecek ve bu inceleme yapılırken Alman öğretisi ve yargı kararları da göz önünde bulundurulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Teşebbüs, Nitelikli Hal, Kast, Şüpheden Sanık Yararlanır.

ATTEMPT TO QUALIFIED FORM OF CRIME

ABSTRACT

The concept of qualified form of crime has been used in various articles of the Turkish Criminal Code. In the Article 43/1 of the TCC mentioned qualified forms requiring heavier or less punishment and it was stated that forms requiring heavier or less punishment and the basic form of the crime would be considered the same crime. In this context, the issues that are important in terms of the study are the distinction made between qualified forms of crime, whether it is possible to attempt qualified forms and, if possible, under which conditions the provisions of the undertaking will be applied. In addition, it is also important to determine how the perpetrator will be punished in cases where one of the basic or qualified forms (requiring heavier or less punishment) of the crime is attempted and the other is completed. In this study, the issues mentioned here will be examined in detail by evaluating concrete crime types in

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/TRABZON, **e-posta:** sonerdemirtas@trabzon.edu.tr,

ORCID :0000-0003-3910-9196.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979177

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 03/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 28/07/2021

the light of Turkish doctrine and Supreme Court decisions and German doctrine and judicial decisions will also be taken into consideration while doing this examination.

Keywords: *Attempt, Qualified form, Intent, in dubio pro reo.*

A) GİRİŞ

Ceza normları oluşturulurken öncelikli olarak suçun temel şekli tanımlanmakta ve akabinde (suçların önemli kısmında) söz konusu bu temel şekle bazı unsurların eklenmesi suretiyle suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmektedir.¹ Bu unsurların düzenlenmesiyle birlikte suçun temel şeklinin yanında nitelikli hallerin hangi şartlarda ortaya çıkacağı ve nasıl cezalandırılacakları belirlenmiş olmaktadır. Suçun temel şekline eklenen unsurlarla birlikte suçun haksızlık içeriğinde değişiklik meydana gelmekte, bir başka ifadeyle suçun haksızlık içeriği eklenen unsura göre artmakta ya da azalmaktadır.²

Nitelikli haller bakımından özellik arz eden hususlardan biri inceleme konusunu oluşturan “suçun maddi unsurları arasında olan nitelikli haller” teşebbüsün mümkün olup olmayacağıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 35’te düzenlenen teşebbüs hükmüne göre “kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”. Teşebbüs, çeşitli hukuk sistemlerinde farklı düzenlenmekle birlikte Türk Ceza Kanunu uyarınca failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması için gerçekleştirmiş olduğu eylemin nicelik bakımından herhangi bir önemi bulunmamakta ve elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanmış olması gerekmektedir. TCK m. 35’e göre bir kişinin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilmesi için gerçekleştirdiği eylemin kasıtlı ve hukuka aykırı olması gerekir. Kasten gerçekleştirilen eylemin karşılığında öngörülen ceza miktarının teşebbüs bakımından herhangi bir önemi yoktur.

TCK m. 35’ten çıkan ilk ve en önemli sonuç teşebbüsten dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesi için gerçekleştirdiği eylemin kasıtlı olması gerektiği ve

¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 140; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 380; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 5. Bası, Beta Yayıncılık, 2015, s. 171.

² Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 140.

dolayısıyla taksirle işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığıdır. Burada inceleme konusu bakımından araştırılması gereken hususlar, suçun kanuni tanımında yer verilen nitelikli hallere teşebbüsün mümkün olup olmadığı ve bu bağlamda daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller ile daha az cezayı gerektiren nitelikli haller arasında teşebbüs bakımından bir ayırım yapıp yapılamayacağı, suçun temel veya daha az cezayı gerektiren ya da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinden herhangi birinin gerçekleşip diğerinin teşebbüs aşamasında kalması ya da bütün bu hallerin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda sorumluluğun nasıl belirleneceğidir. Zikredilen bu soruların cevaplandırılması şüphesiz suçun manevi unsuru ile doğrudan ilgilidir. Türk Ceza Kanunu'nun düzenlemeleri uyarınca suçun maddi unsurlarının kastın kapsamında olması gerektiği açıktır. Suçun nitelikli halleri de kastın kapsamında olması gereken unsurlardan olduğundan manevi unsur ile teşebbüs arasında doğrudan ilişki bulunmaktadır ve bu iki konu bağlantılı olarak değerlendirilmelidir.

Bu bağlamda suçun gerek daha az cezayı gerektiren gerekse de daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hallerine teşebbüs konuları, daha az veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlemeleri içeren suçlar üzerinden incelenecektir. Bu incelemeye geçilmeden önce nitelikli hal kavramı ve nitelikli halin türleri ile nitelikli haller ile suçun temel şekli arasındaki ilişki, konunun daha iyi izah edilebilmesi için açıklanmaya çalışılacaktır.

Türk Ceza Kanunu m. 35'te teşebbüsün kasten işlenen suçlarda söz konusu olabileceği düzenlendiğinden suça ve suçun nitelikli hallerine teşebbüste kastın belirlenmesi ve suçun manevi unsuru ile maddi unsurlar arasında yer alan nitelikli haller arasındaki ilişkinin de ortaya konulması önem arz etmektedir. Suçun nitelikli halinin suçun unsurlarından biri olması ve maddi unsurların da kastın kapsamında olması gerekliliği dolayısıyla suça teşebbüste kastın belirlenmesi, suçun manevi unsuru ile nitelikli haller arasındaki ilişki ve suçun temel ve nitelikli hallerine teşebbüs konuları bu çalışma kapsamında ele alınacaktır.

B) NİTELİKLİ HAL KAVRAMI, NİTELİKLİ HALİN TÜRLERİ VE SUÇUN TEMEL ŞEKLİ İLE NİTELİKLİ HALLER ARASINDAKİ İLİŞKİ

a) Nitelikli Hal Kavramı

Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümler kısmındaki çeşitli maddelerde "nitelikli hal" kavramına yer verilmiştir. TCK m. 6/1-h'de itiyadi suçlu tanımı

yapılırken “suçun temel şekli ya da daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli hali” kavramı kullanılmıştır. Yine TCK’nın suçun nitelikli hallerine ilişkin hatayı düzenleyen 30/2. maddede “bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri” kavramı kullanılmıştır. Bunun yanı sıra yine TCK m. 61/4’te “bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hali” ve m. 66/3’de “suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri” kavramlarına yer verilmiştir. Nitelikli hale ilişkin daha ayrıntılı bir düzenleme ise TCK m. 43/1 2. cümlesinde yer almaktadır. Zincirleme suç hükümlerinin düzenlendiği bu maddeye göre “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır”. Bu maddelerdeki düzenlemelerden varacağımız sonuç suçun nitelikli halleri arasında ikili bir ayırım yapıldığıdır. Buna göre suçun nitelikli halleri daha ağır cezayı gerektirebileceği gibi daha az cezayı da gerektirebilir ve daha ağır ya da az cezayı gerektirip gerektirmediğine bakılmaksızın bütün bu haller nitelikli haller kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca suçun nitelikli halinin gerçekleşebilmesi için suçun temel şekli gerçekleşmelidir. Çünkü nitelikli haller suçun temel şekli üzerine inşa edilir ve suçun temel şekli gerçekleşmeksizin nitelikli halinin gerçekleşmesi³ kural olarak mümkün değildir.

Burada değinilen kanuni düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda suçun nitelikli hali şu şekilde tanımlanabilir: Temel şekli gerçekleşmeksizin ya da bu hale teşebbüs edilmeksizin işlenebilmesi mümkün olmayan ancak suçun temel şekline göre en az bir farklı unsur içermek suretiyle cezanın ağırlaştırılması ya da azaltılması gereken hallere suçun nitelikli hali denir.⁴ Nitelikli hallerin bu özelliği göz önünde bulundurulduğunda gerçekleştirilmiş olan fiilin haksızlık içeriğinde nitelik olarak herhangi bir farklılık bulunmamakta ve eylem haksız olmaya devam etmektedir. Bununla birlikte nicelik olarak eylemin haksızlık boyutu daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde artmakta, daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerde ise azalmaktadır.

b) Nitelikli Halin Türleri

Nitelikli haller öğretide fiilin işleniş şekline, failin ve mağdurun vasfına, suçun konusu ve suçun işlendiği zamana göre vasıflandırılmaktadır. Ayrıca

³ Teşebbüs hükümleri bakımından da aynı husus geçerlidir. Kural olarak suçun temel şekline teşebbüs olmadan nitelikli haline teşebbüs mümkün değildir ve genellikle temel şekil ile nitelikli hale teşebbüs aynı anda ve aynı hareketlerle meydana gelmektedir.

⁴ Krş. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 142.

Türk Ceza Kanunu'nda da düzenlendiği üzere suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri de bu başlık altında incelenebilir. Daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli haller faile, mağdura, suçun konusuna ya da fiile ilişkin nitelikli haller şeklinde ortaya çıkabilir.⁵

aa) Daha Ağır veya Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Haller

Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde failin gerçekleştirmiş olduğu eylem suçun temel şeklini ihlal etmekle birlikte buna ek olarak failin daha ağır cezalandırılmasını gerektiren ek bir unsur daha içermektedir. Örneğin kasten insan öldürme suçunun eşe karşı gerçekleştirilmesi halinde (TCK m. 82/1-d) öldürme suçuna eklenen unsur mağdurun sıfatıdır ve eşin öldürülmesi fiilin haksızlığını artırdığı için fail daha ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır. Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerde de yine aynı şekilde suçun temel şekli gerçekleştirilmekte ancak suça eklenen bazı unsurlarla failin daha az cezalandırılması amaçlanmaktadır. Burada da suçun temel şekli ile daha az cezayı gerektiren şekli arasında nitelik olarak herhangi bir farklılık bulunmamakta, yalnızca nicelik farkı bulunmakta ve eylemin haksızlık içeriği azalmaktadır. Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin haksızlık içeriği suçun temel şekline göre daha azdır.⁶ Gerek daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde gerek daha az cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından ortak olan husus her iki durumda da suçun temel şeklinde belirtilen hususların gerçekleşmiş olmasıdır. Suçun temel şekli gerçekleşmeden daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin gerçekleşmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle suçun temel şeklinin oluşması için bulunması gereken unsurlardan biri eksik ise nitelikli halin gerçekleşmesi de mümkün değildir.⁷

bb) Fiilin İşleniş Şekline Göre Nitelikli Haller

Fiilin işleniş şekli göz önünde bulundurularak kanun koyucu çeşitli hususları suçun daha ağır veya daha az cezalandırılmasını gerektirecek haller

⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 226 vd.; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 289 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 675; Nitelikli hallerin suçun özel görünüş şekillerinden olduğuna dair görüş için bkz. Zafer, s. 262.

⁶ Özgenç, s. 228 vd.; Ahmet Hulisi Akkaş, Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 324 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/489094>> Erişim Tarihi 14.04.2021.

⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler s. 141.

olarak düzenlemiştir. Bu bağlamda TCK m. 82/1-a'da kasten öldürmenin tasarlayarak, 82/1-b'de eziyet çektirerek ve 82/1-c'de yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli haller fiilin işleniş şekline ilişkindir ve bu nitelikli hallerde fiilin işleniş şekli failin ahlaki kötülüğünün yüksek olduğunu göstermekte (m. 82/1-b), mağdurun savunma imkanları ortadan kaldırılmakta (m. 82/1-a, c), suçun daha kolay bir şekilde icra edilmesini sağlamakta ya da toplum açısından da tehlikeye sebebiyet (m. 82/1-c) vermektedir.⁸ Benzer şekilde dolandırıcılık suçunun düzenlendiği TCK m. 158 birinci fıkrasının a, d, f, g ve i bentleri ile zimmet suçunun düzenlendiği 247. maddenin ikinci fıkrası fiilin işleniş şekline ilişkin nitelikli haller kapsamında değerlendirilebilir.

cc) Fail ve Mağdur Sıfatına İlişkin Nitelikli Haller

Suçun nitelikli halleri bazı durumlarda fail ve mağdurun sıfatı göz önünde bulundurularak düzenlenmektedir. TCK m. 82/1-d, 137/1-a, b maddelerinde suçu işleyen kişinin kamu görevlisi vs. olması failin sıfatına ilişkin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hallerdendir ve bu gibi nitelikli hallerde failin sıfatı suçun işlenmesini kolaylaştırdığı için nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. Aynı şekilde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK m. 188/8) ile uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunun (TCK m. 190/3) belli bir sığata sahip kişiler tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında mağdurun da belli özelliklere sahip olduğu durumlarda da mağdurun sıfatından kaynaklanan nitelikli haller söz konusu olabilir. Örneğin kasten öldürme suçunun gebe olduğu bilinen bir kadına karşı işlenmesi (TCK m. 82/1-f), kasten yaralama suçunun beden veya ruh bakımından kendisini koruyamayacak durumda olan kişiye karşı işlenmesi (TCK m. 86/3-b), işkence suçunun çocuğa karşı işlenmesi (TCK m. 94/2-a) mağdurun sıfatının ön planda olduğu nitelikli hallerdendir. 7243 sayılı Kanunla getirilen kasten yaralama, tehdit, hakaret ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarının sağlık çalışanlarına karşı işlenmesi halinde cezanın artırılacağı düzenlendiği madde de mağdurun sıfatına ilişkin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerdendir.⁹

⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 381; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 98 vd.; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 163.

⁹ 7243 sayılı Kanun Madde 28 – 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel

dd) Tipikliğın (Kastın Yanında) Sübjektif Unsurlarına İlişkin Nitelikli Haller

Suçun nitelikli hallerinin düzenlenmesinde göz önünde bulundurulanan kıstaslardan bir diğeri de kasten işlenen suçlarda kastın yanında başka sübjektif unsurlara da yer verilmiş olmasıdır. Maksat, amaç ya da saik olarak ifade edilen bu unsurlar kastın yanında haksızlığın sübjektif unsuru olarak ifade edilmekte¹⁰ ve failin suç tipinde ayrıca yer verilen söz konusu amaç ya da saikle hareket etmesi nitelikli hal olarak düzenlenebilmektedir. Kastın öldürme suçunun töre ya da kan gütmeye saikiyle işlenmesi (TCK m. 82/1-h, j), kişiyi hürriyetinden kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi (TCK m. 109/5), tipikliğın sübjektif unsurlarının ön planda olduğu daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallere örnektir. Aynı zamanda hırsızlık suçunda eşyanın kullanmak amacıyla alınması (TCK m. 146) ya da bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla alınması (TCK m. 144/1-b) sübjektif unsurlara ilişkin daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerdendir.¹¹

ee) Fail ve Mağdur Arasındaki İlişkidir Doğan Nitelikli Haller

TCK m. 86/3-a ve 103/3-c, d'de olduğu gibi fail ile mağdur arasındaki eş, akrabalık, vasi, öğretici vb. ilişkilerin söz konusu olduğu durumlarda, söz konusu bu ilişki fail ile mağdur arasındaki ilişkidir kaynaklanan nitelikli haller olarak düzenlenmiştir. Söz konusu bu düzenlemelerde de öne çıkan husus bu türden bir ilişkinin var olması halinde suçun işlenmesinin kolaylaşacak olmasıdır. Örneğin eş ilişkisinin öldürme suçunda nitelikli hal olarak düzenlenmesinin gerekçesi eşlerin birbirlerine karşı güven duyması ve

Kanununun ek 12 nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kasten yaralama (madde 86), tehdit (madde 106), hakaret (madde 125) ve görevi yaptırmamak için direnme (madde 265) suçlarında;

a) İlgili maddelere göre tayin edilecek cezalar yarı oranında artırılır.

b) Türk Ceza Kanunu'nun 51 inci maddesinde düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi hükümleri uygulanmaz.

Şiddetin vuku bulunduğu sağlık kurum ve kuruluşunda, faille veya yakınına mağdurun verdiği hizmeti verebilecek başka sağlık personeli ve yardımcı sağlık personeli bulunması halinde hizmet ilgili diğer personel tarafından verilir.

¹⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 145, 250 vd.

¹¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 143; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 660.

bu ilişkinin savunma olanaklarını ortadan kaldıracak nitelikte olmasıdır.

ff) Suçun İşlendiği Yer ve Zamana İlişkin Nitelikli Haller

Suçun işlendiği yer ve suçun işlendiği zaman bazı suç tiplerinde nitelikli haller arasında yer almaktadır. Uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun düzenlendiği TCK m. 188/4-b hükmünde suçun işlendiği yere ilişkin bir nitelikli hal düzenlenmiştir. Bu maddeye göre bu suçun 3. fıkrasındaki fiillerin okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi, hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116/4), hırsızlık (TCK m. 143) ve yağma suçlarının (TCK m. 149/1-h) gece vakti, askerleri itaatsizliğe teşvik suçunun (TCK m. 319/3) savaş zamanında işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlendiğinden bu hükümler suçun işlendiği zamana ilişkin nitelikli hallere örnek olarak verilebilir.

gg) Suçun Konusuna İlişkin Nitelikli Haller

Tipikliğe ait unsurlardan biri olan suçun konusu da kanun koyucu tarafından suçun daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir. Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunda suçun konusunun deniz veya demiryolu ulaşım aracı olması hali (TCK m. 223/2) ile uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun konusunun eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması hali (TCK m. 188/4) suçların daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri arasında düzenlenmiştir. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin yanında suçun konusu bazen daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri oluşturabilir. Hırsızlık, yağma ve zimmet suçlarında suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olması hali daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.¹²

ii) Neticenin Ağırlığına Göre Nitelikli Haller

Suçun nitelikli halleri bazı durumlarda gerçekleşen neticenin ağırlığına göre belirlenmektedir. Her ne kadar neticenin ağırlığı genellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara sebebiyet verse de (Örn: TCK m. 87) bazı durumlarda neticenin ağırlığına göre nitelikli haller de düzenlenmiştir. TCK m.

¹² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 382.

86'da düzenlenen kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek düzeyde kalması, TCK m. 102/1 2. cümle ve m. 103/1 2. cümle uyarınca cinsel saldırı ve istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde fail daha az ceza alacaktır.

c) Suçun Temel Şekli ile Nitelikli Haller Arasındaki İlişki

Suçun nitelikli halleri göz önünde bulundurulduğunda daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin suçun temel şeklinden hareketle ve onun üzerine inşa edildiği görülmektedir. Bir suçun nitelikli halinin gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik yapılan araştırmada öncelikle temel şekle ilişkin belirleme yapılmakta ve nitelikli halin incelenmesi bu aşamadan sonra önem taşımaktadır. Bu bağlamda örneğin kasten yaralamanın temel şekli olmadan silahla işlenebilmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle öncelikli olarak suçun temel şeklinin varlığı ortaya konmalı ve nitelikli halden söz edilebilmesi için temel şekle bir ya da birkaç unsur eklenmelidir. Bu husus hem daha fazla cezayı gerektiren haller hem de daha az cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından geçerlidir. Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerde suçun temel şekline bir unsur eklenmekte ancak eklenen bu unsur gerçekleştirilmiş olan eylemin haksızlık içeriğini artırmamakta aksine azaltmaktadır. Yani her iki durumda da suçun temel şekline unsur eklenmek suretiyle nitelikli haller meydana gelmektedir. Örneğin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama halinde de sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırıda da suçun temel şekli yani kasten yaralama bakımından TCK m. 86/1 uyarınca başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma, cinsel saldırı bakımından TCK m. 102/1 1. cümlede düzenlenen suçun temel şekli olan cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali gerçekleşmiş olmaktadır. Bu durumda da kural olarak suçun temel şekli gerçekleşmiş olmakta, yalnızca gerçekleşen eylemin haksızlık içeriği bakımından suçun temel şekline kıyasen daha az olduğu görülmektedir. Aynı şekilde TCK m. 145'te düzenlenen hırsızlık suçunda, çalınan malın değerinin az olması halinde de suçun temel şekli olan TCK m. 141 gerçekleşmiştir. Suçun temel şekli olan başkasının taşınır malının rıza dışı alınması söz konusudur ve burada da suçun temel şekline bir unsur eklenmiştir. TCK m. 141'de düzenlenen suçun temel şekli işlenmeden daha az cezayı gerektiren bu nitelikli halinin gerçekleşmesi söz konusu değildir.

C) SUÇA TEŞEBBÜSTE KASTIN BELİRLENMESİ VE SUÇUN MANEVİ UNSURU İLE NİTELİKLİ HALLER ARASINDAKİ İLİŞKİ

a) Suça Teşebbüste Kastın Belirlenmesi

TCK m. 35 uyarınca suça teşebbüsün söz konusu olabilmesi için failin doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması gerekir. Bu bakımdan suçun tamamlandığı durumlar ile suçun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde kastın belirlenmesinde kullanılacak ölçütler aynıdır. Ancak teşebbüs aşamasında kalan suçlarda suç tamamlanmadığı için manevi unsurun tespiti öğretide¹³ de haklı olarak ifade edildiği üzere daha fazla zorluk arz etmektedir. Tamamlanmış suça yönelik kastın belirlenmesi ile teşebbüs aşamasında kalmış eyleme ilişkin kastın belirlenmesi arasında farklılık söz konusu değildir.¹⁴ Suç teşebbüs aşamasında kaldığında tamamlanmış suçtan farkı, suçun objektif unsurları yönünden gerçekleşmemiş olmasıdır.¹⁵ Teşebbüsün temelini failin neye ulaştığı değil, kastının neye yönelik olduğu oluşturur. Bu bakımdan failin suç işleme kararı ön plandadır ve suçun tamamlanmasının aksine, teşebbüste bulunması gereken objektif unsur, doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmasıdır.¹⁶

Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda failin cezalandırılması failin kastının tespitini gerekli kılar. Yani yukarıda değinilen objektif unsur olan “doğrudan doğruya icra hareketlerine başlama”nın neye yönelik olduğunun tespiti gerekir.¹⁷ Bu tespitte ancak somut olayın özelliklerine göre yapılabilir. Tamamlanmış suçlarda kastın belirlenmesinde kullanılan ölçütler burada da kullanılabilir. Ölüm neticesinin meydana geldiği bir olayda Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere kastın belirlenmesinde, taraflar arasında eskiye dayanan bir husumetin bulunup bulunmadığı, hareketin niteliği, hedef alınan

¹³ Önder Tozman, Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, 2015, s. 52.

¹⁴ Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, 1994, s. 160, 168; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 420 vd.; Fatih Selami Mahmutoglu/Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2021, s. 818; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 354; Şare, Ersin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 2017 (130), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 125 vd., <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-130-1657>> Erişim Tarihi 15.04.2020; Tozman, s. 52.

¹⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler s. 420.

¹⁶ Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 2014, § 21 kn. 648.

¹⁷ Heinrich, § 21 kn. 649.

vücut bölgesi, eylem gerçekleştirilirken beyan edilen sözler vb. kıstas olarak kullanılmaktadır.¹⁸ Benzer hususlar failin iradesinin neye yönelik olduğunun belirlenmesinde teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da kullanılabilir. Suçun işlendiği veya teşebbüsün söz konusu olduğu durumlarda kastın belirlenmesinde esas alınan kıstaslar nitelikli haller bakımından da geçerlidir. Ancak nasıl ki teşebbüste kastın belirlenmesi suçun tamamlanmasında kastın belirlenmesinden daha fazla zorluk arz ediyorsa, nitelikli hallere teşebbüste kastın belirlenmesi bakımından da aynı husus geçerlidir.

b) Suçun Manevi Unsuru ile Nitelikli Haller Arasındaki İlişki

Türk Ceza Kanunu'nun sistematigi incelendiğinde suçun unsurları bakımından maddi ve manevi unsurlar ayrımı yapıldığı anlaşılmaktadır. TCK m. 30/1 uyarınca suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kişi kasten hareket etmiş olmaz. Bu fıkra göre suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar kastın kapsamında olmalıdır.¹⁹ Aksi halde eylemi gerçekleştiren kişinin maddi unsurlara ilişkin bilgisizliği kastını ortadan kaldıracak ve kasten işlenen ilgili suçtan dolayı kişinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.²⁰ Sonuç olarak TCK m. 30/1 ve 2 birlikte değerlendirildiğinde suçun maddi unsurlarından olan hareket, fail, mağdur, netice, suçun konusu ve nitelikli haller kişinin cezalandırılabilmesi için kastın kapsamında bulunması gereken unsurlardır.²¹

Öğretide²² daha ağır cezayı gerektiren hallerin kastın kapsamında olması gerektiği ifade edilirken daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin ise fail tarafından bilinmesinin gerekli olmadığı bunların gerçekleşmesi halinde failin bu hallerden dolayı sorumlu olacağı vurgulanmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere suçun nitelikli halleri de kastın kapsamında bulunması gereken maddi unsurlardan biridir.²³ Bu unsur kastın kapsamında değilse kişinin ilgili nitelikli

¹⁸ Sözüer, s. 168 vd.; Tozman, s. 54 vd.

¹⁹ Özbek/Koray/Bacaksız, Genel Hükümler, s. 255.

²⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 110; Heinrich, § 8, kn. 130 vd.; Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 40. Auflage, C.F. Müller Verlag, 2010, § 2 kn. 133.

²¹ Suçun nitelikli unsurlarının da kastın kapsamında olması gerektiğine ilişkin: Özgenc, s. 246, 249; Akbulut, s. 402.

²² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 395; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 370.

²³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 141, 144; Christian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2012, § 5 kn. 14; Detlev Sternberg-Lieben/Frank Schuster,

halden dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Örneğin öldürdüğü kişinin babası olduğunu bilmeyen kişi kasten öldürme suçunun üstsoydan birine karşı işlenmesi nitelikli halinden sorumlu olmayıp temel şekilden sorumlu tutulacaktır. TCK m. 30/2'de vurgulandığı üzere kişi suçun nitelikli halinde hataya düşmüştür ve bu hatasından yararlanır. Burada TCK m. 30/2'de vurgulanan hususlara dikkat edilirse yalnızca suçun daha ağır cezayı gerektiren hallerinin değil daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri konusunda da hataya düşülebileceği dolayısıyla bu şekilde bir hata söz konusu ise kişinin bundan yararlanacağı vurgulanmaktadır. Bu ifadeden varacağımız sonuç daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin de kastın kapsamında olması gerektiğidir.

Kastın suçun bütün maddi unsurlarını kapsamaması gerektiğinden dolayı, gerek daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin gerekse de daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin kastın kapsamında olması gerekir.²⁴ Bu bağlamda daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli haller arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Kişinin ağırlığını gerçekleştirmek istediği ancak daha azını gerçekleştirdiğinde gerçekleşen şeye göre cezalandırılacağı vurgulanmaktadır. Ancak bu durumda failin, gerçekleştirmek istediği ve aynı zamanda icra hareketlerine de doğrudan doğruya başladığı haller de göz ardı edilmemelidir. Böyle bir durumda kast açısından değerlendirme yaparsak çok azı da kapsadığından, kastın daha azını da kapsadığını söylemek gerekir.

Burada değinilmesi gereken hususlardan biri de kastın yanında ayrıca suçun işlenebilmesi için amaç ya da saikin de arandığı suçlardır. Nitelikli hallerin söz konusu olduğu ve ilgili nitelikli halin gerçekleşebilmesi için amaç ya da saikin arandığı durumlarda kastın yanında ayrıca bu sübjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekir.²⁵ Örneğin hırsızlık suçunun alacağı tahsil amacıyla işlenmesi durumunun söz konusu olabilmesi için, kastın hırsızlığa yönelik olması ve aynı zamanda failin alacağını tahsil etme amacı ile hareket etmesi gerekir. Yani kişi bilmese de bu unsurdan yararlanır diyemeyiz. Çünkü bu halin uygulanabilmesi için maksat unsurunun gerçekleşmiş olması gerekir. Burada söz konusu olan daha az cezayı gerektiren halden yararlanılabilmesi için suçun manevi unsurunun kişinin alacağını tahsil etmeye yönelik olması gerekir. Manevi unsur bakımından kastın yanında burada ayrıca bir

in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019, § 15 kn. 26.

²⁴ Kühl, § 5 kn. 14.

²⁵ Özgenç, s. 311; Özel kast kapsamında değerlendiren görüş için bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta Yayıncılık, 2017, s. 376.

amaç unsuruna yer verildiğinden dolayı bu amacın yokluğu halinde kişinin hatasından bahsedilemeyecek ve nitelikli hal uygulanmayacaktır. Bir örnek ile somutlaştırmak gerekirse: A'nın B'den hukuki ilişkiye dayanan bir alacağı bulunmaktadır. B'nin borcunu ödemesine ilişkin vadesi henüz gelmemiş olmasına rağmen, A B'yi son zamanlarda çok para kazandığından dolayı kıskanır ve evindeki kasayı boşaltır. Ya da A hırsızlık yaptığı evin olay gerçekleşikten sonra borçlu B'ye ait olduğunu öğrenir. Her iki olayda da A'nın amacı hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil etmek olmadığından aralarında hukuki ilişkiye dayanan bir alacak olsa da daha az cezayı gerektiren nitelikli halin bu olayda uygulanmaması gerekir.

D) SUÇUN TEMEL VE NİTELİKLİ HALLERİNE TEŞEBBÜS

a) Suçun Temel ve Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Haline Teşebbüs

Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca yalnızca kasten işlenen suçlara teşebbüs mümkündür. Kanun koyucu bu düzenlemede suça teşebbüs açısından suçun temel şekli ile nitelikli halleri arasında herhangi ayırım yapmamıştır. Bundan dolayı suçun gerek temel şekline gerekse de nitelikli haline teşebbüs mümkündür. Hatta bununla birlikte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda dahi failin ağırlaşmış neticeye yönelik kastı varsa söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hale de teşebbüs mümkündür.²⁶ Bu açıklamalar ışığında teşebbüs bakımından suçun temel şekli ile nitelikli halleri arasında herhangi bir ayırım yapılmadığını ve suçun nitelikli haline de teşebbüs mümkün olduğunu tekrar vurgulamak gerekir. Örneğin babasını öldürmek isteyen kişi, kan gütme saikiyle hareket eden kişi, bıçakla (silah) başkasını yaralamak isteyen kişi başarısız olursa ilk iki örnekte insan öldürmenin son örnekte ise kasten yaralamanın nitelikli haline teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır.

Bununla birlikte suçun temel şeklinin gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin cinsel saldırı suçu

²⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler s. 438 vd.; Akbulut, s. 641; Ahmet Gökçen/Murat Balcı, Kastan Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m 87), 2015, 21(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, s. 405, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/273401>> Erişim Tarihi 15.04.2021; Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 265 vd.; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun yalnızca kast-taksir kombinasyonu halinde söz konusu olabileceği ve dolayısıyla teşebbüsü reddeden görüş için bkz. Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 854; Zafer, 424.

tamamlanıp nitelikli hallerinden olan vücuda organ veya sair cisim sokulması hali teşebbüs aşamasında kalabilir. Kasten öldürme suçunun eziyet çektirerek işlenmesi de suçun nitelikli hallerinden biri olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli hal bakımından ise cinsel saldırı/istismarın nitelikli hali bakımından yapılan değerlendirme geçerlidir. Failin eziyet çektirerek öldürmek istediği olayda, failin eziyet niteliğindeki eylemleri henüz bu boyuta varmadan mağdurun hayatını kaybetmesi halinde nitelikli hal (TCK m. 82/2-b: eziyet çektirerek) teşebbüs aşamasında kalıp suçun temel şekli gerçekleşmiştir. Bu durumda failin eziyet çektirmeye yönelik icra hareketlerine doğrudan doğruya başlaması, ancak neticeyi bu hareketler dolayısıyla gerçekleştirememesi gerekir. Somut olayda fail, nitelikli hali gerçekleştirebilecek elverişli hareketleri doğrudan doğruya icraya başlamış olup, bu hareketleri tamamlamadan netice gerçekleşirse nitelikli hal teşebbüs aşamasında kalıp suçun temel şekli gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bazı nitelikli haller bakımından ise temel şeklin gerçekleşip nitelikli halin teşebbüs aşamasında kalması mümkün değildir. Örneğin kasten öldürme suçunda bazı nitelikli haller bakımından, temel şeklin gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalması mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda örneğin kasten öldürmenin gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi şeklinde ortaya çıkan nitelikli halin teşebbüs aşamasında kalıp suçun temel şekli olan ölümün gerçekleşmesi beklenemez. Bu nitelikli hal bakımından ya suçun nitelikli şekli gerçekleşmiştir ya da (suçun temel şekline ilişkin netice ortaya çıkmadan) nitelikli hali teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Suçun temel şekli gerçekleşmeden nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, failin nitelikli hale yönelik kastı bulunup bu haller bakımından elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladığı gerçekleştirmiş olduğu fiillerden anlaşılıyorsa, fail bu nitelikli hale teşebbüsten dolayı cezalandırılacak ve uygulamada da herhangi bir sorunla karşılaşmayacaktır. Bir başka ifadeyle fail suçun temel şekline dolaylı mı yoksa nitelikli hale teşebbüsten dolayı mı cezalandırılacaktır sorunu bu durumda ortaya çıkmayacaktır. Burada önemli olan failin nitelikli hali gerçekleştirmeye yönelik kastının ortaya konulması ve aynı zamanda nitelikli hal bakımından elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış olmasıdır.²⁷ Yargıtay kararlarında da suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmekte ve ceza belirlenirken önce nitelikli halden dolayı failin cezası artırılmakta ve daha sonra teşebbüs hükümleri uygulanmaktadır. Yargıtay 1. CD. 23.10.2017 tarihli bir kararında

²⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 427.

uyku halinde olan eşe karşı yapılan öldürmeye yönelik davranışları suçun nitelikli haline (TCK m. 82/1-d-e) teşebbüs olarak nitelendirmiştir.²⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da benzer bir olayda tasarlayarak, uyku halindeki kişiyi öldürmeye yönelik eylemlerin suçun nitelikli haline teşebbüsü oluşturduğu kanaatine varmıştır.²⁹

b) Suçun Temel ve Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Haline Teşebbüs

Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerde teşebbüsün mümkün olup olmadığı bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerden farklı bir değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin söz konusu olabilmesi için olaya nitelikli hal özelliğini veren unsurun (temel şekle eklenen unsurun) fail tarafından biliniyor olması gerekir. Fail bu unsuru biliyor ve teşebbüs için gereken diğer şartlar da mevcutsa nitelikli halden ya da bu hale teşebbüsten sorumludur. Daha az cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından ise; suçun temel şeklini ya da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini gerçekleştirmek isteyip bunlara yönelik kastı olan

²⁸ Y. 1. CD. 23.10.2017, E. 2017/633, K.2017/3398; “katılanın kendisini aldattığına inanan sanığın olay gecesi, bu nedenle katılan ile tartışmaya başladığı, katılanın inkar etmeye devam etmesi ve kendisini aldatmadığını söylemesi üzerine sinirlenerek evdeki cam kül tablasını onun kafasına vurarak kırdığı, sonra da evde bulunan makası eline aldığı, ısrarla katılana kendisini aldatıp aldatmadığını sorduğunda “hayır” cevabını duyduka makası katılanın vücudunun farklı yerlerine sapladığı, bu şekilde katılanın vücuduna 20 darbe vurduğu, eylemi sürdürdüğü sırada da “seni bugün artık öldüreceğim, bugün kesin öleceksin” dediği, sanığın eylemlerini gece saat 24:00’dan 03.00’e kadar bu şekilde sürdürdüğü, aldığı yaralar sonucu kan kaybeden ve yere düşen katılanı bırakarak benzinliğe giden sanığın yokluğundan istifade eden katılanın, polisi arayarak yardım istediği, polislin olay yerine intikal ettiğinde sanığı apartman kapısının önünde yakaladığı, içeriden iniltir duyulması üzerine kapıyı açtıklarında katılanı yerde sırt üstü yatar vaziyette, vücudunun çeşitli yerlerinde çok sayıda kesi izleri ve kanama olduğunu gördükleri anlaşılın olayda, Sanığın mağdura maddi ve manevi acılar çektirerek, ağırlığı ve süresi bakımından öldürme için gerekli olan ölçünün ötesinde eziyet etmesi, her an için ölüm sonucunu gerçekleştirebilme olanağı bulunan sanığın mağdura acı vermek için önce kül tablası ile vurma daha sonra da uzun süreye yayılacak şekilde makasla yaralama eylemlerini tekrarlayarak ölüm neticesini yavaş yavaş gerçekleştirmeye çalıştığı ancak eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı görülmekle TCK 82/1-b, 35 maddelerinde tanımlı eziyet çektirerek kasten öldürmeye teşebbüs suçunu işlediği anlaşıldığı halde suç niteliğinin tayininde yanılıya düşülerek TCK’nin 81/1, 35 maddesi uyarınca kasten öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş olup, katılan vekili ve katılan kurum vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak BOZULMASINA, 19/03/2019 gününde oy birliği ile karar verildi. krş. Y. 1. CD. 19.03.2019, E. 2019/299, K. 2019/1691.

²⁹ YCGK. 09.04.2013, E. 2013/1-85 K. 2013/128; krş. Y. 14. CD. 12.01.2015, E. 2014/8285 K. 2015/7; Y. 1. CD. 13.12.2017, E. 2017/570, K. 2017/5021.

kişinin, daha az cezayı gerektiren nitelikli hali gerçekleştirmeye yönelik kastı yoktur denemez. Bir örnekle açıklamak gerekirse hasmını yaralamak isteyen kişi gerçekleştirmiş olduğu hareket sonucunda basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralama gerçekleştirdiğinde, kişinin bu neticeye yönelik kastının olmadığı kabul edilemez. Dolayısıyla somut olayda failin kastının yöneldiği hallerde (suçun hafif, temel ve nitelikli hallerine) teşebbüs mümkündür. Hırsızlık suçunun alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde suçun temel şekline yönelik kast vardır ve ayrıca failin alacağını tahsil amacıyla hareket etmesi gerekir. Bu amaçla hareket edip elverişli hareketlerde doğrudan doğruya icraya başlayıp daha az cezayı gerektiren bu hali tamamlayamaz ise bu hale teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır.

Daha az cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından önemli olan husus sorumluluğun nasıl belirleneceğidir. Sorumluluğun belirlenmesinde neticenin mi yoksa failin hukuk kurallarını ihlal amacıyla gerçekleştirmek istediği fiilin mi esas alınması gerektiği sorularının cevaplandırılması gerekir. Bu bağlamda sorun teşkil eden hususlardan biri de neticenin ortaya çıkmadığı durumlardır. Kişinin somut olaydaki kastı daha az cezayı gerektiren nitelikli hale yönelik olup fail bu hali gerçekleştirmiş ise bu halden dolayı sorumlu olacağında şüphe yoktur. Bunun yanında somut olayda kişinin kastının daha az cezayı gerektiren nitelikli hale yönelik olduğu ortaya konulamıyor ya da bu belirlenemiyorsa ve suçta tamamlanmamış ise bu hale teşebbüsten dolayı sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır.³⁰

E) SUÇUN NİTELİKLİ HALİNE TEŞEBBÜSE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ İHTİMALLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

a) Suçun Temel Şeklinin ve Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halinin Tamamlanmaması Hali

Kişinin suç işleme yolunda icra hareketlerine başlayıp suçun gerçekleşmediği durumlarda söz konusu suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Failin suçun temel şekli ve daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesine ilişkin kastı bulunup bunlara yönelik elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya da başladığı ancak suçu tamamlayamadığı hallerde kişi yukarıda da değinildiği üzere nitelikli hale teşebbüsten dolayı cezalandırılır. Bu durum suçun temel şekli ile nitelikli halini oluşturan hareketlerin aynı olduğu (silahla bir kişiyi yaralama maksadıyla fiilin icra

³⁰ Bu konuda aşağıda “c) Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal Düzenlemesi Olan Bir Suçun Teşebbüs Aşamasında Kalması” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

edildiği ve fakat neticenin gerçekleşmediği) veya bu hareketlerin birbirinden ayrılabilirdiği (cinsel saldırı/istismar suçunda temel şekle yönelik hareketler ile organ veya sair cisim sokma şeklinde ayrılabilen hareketlerin icrası³¹) haller için, aynı şekilde geçerlidir. Bu şekilde gerçekleşen olaylarda tartışmalı bir husus bulunmamakta ve failin cezası belirlenirken TCK m. 61 uyarınca cezası önce nitelikli halden dolayı artırılacak daha sonra suç teşebbüs aşamasında kaldığından dolayı 35. madde uyarınca cezada indirim yapılacaktır.³² Örneğin babasını öldürmek isteyip sonuca ulaşamayan kişinin cezası TCK m. 81, 82/1-d h ve 35'e göre belirlenecektir. Suçun temel şeklinin gerçekleşmeyip, daha ağır cezayı gerektiren bu şekildeki nitelikli hallerin de teşebbüs aşamasında kalmış olduğu durumlarda, teşebbüs hükümlerinin uygulanması ve cezanın belirlenmesinde herhangi bir problem bulunmamaktadır.

b) Suçun Temel Şeklinin Tamamlanıp Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halinin Teşebbüs Aşamasında Kalması

Nitelikli hale teşebbüste tartışmalı hususlardan ilki suçun temel şeklinin gerçekleşip, nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde cezanın nasıl belirleneceğidir. Başka bir ifadeyle bu durumlarda fail, nitelikli hale teşebbüsten dolayı mı yoksa suçun (tamamlanan) temel şeklinden dolayı mı cezalandırılacaktır? Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi TCK m. 102/2 ve 103/2'de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kasten öldürmenin üstsoya karşı işlenmesi örneğinde her ne kadar suçun temel şeklinin gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalması mümkün gözükmemekte ise de cinsel saldırı ve istismar suçları açısından bu suçların temel şeklinin gerçekleşip³³, nitelikli halinin de teşebbüs aşamasında kalması söz konusu olabilir. Aynı şekilde eziyet çektirerek öldürmek isteyen failin davranışları henüz eziyet boyutuna varmadan (ancak eziyet suçu bakımından elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanmış ise) ölüm meydana gelirse suçun temel şekli

³¹ Bu suçta suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren bu nitelikli hali aynı anda aynı hareketlerle icra edilebileceği gibi, önce suçun temel şekline yönelik hareketler gerçekleştirilip daha sonra daha ağır cezayı gerektiren hallere yönelik hareketler gerçekleştirilebilir.

³² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 724.

³³ Cinsel saldırı ve cinsel istismarın temel şeklinin gerçekleşebilmesi için vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir. Vücut dokunulmazlığının ihlali de vücuda teması gerekli kılmaktadır. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 336; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 328; Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 144.

gerçekleşmiş nitelikli hali ise teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Öğretide *Hakeri*³⁴ suçun temel şeklinin icra hareketlerinin gerçekleştirilip nitelikli hale yönelik kastın ortaya konulabileceği durumlarda nitelikli hale teşebbüsün kabul edilebileceğini vurgulamaktadır.

aa) Cinsel Saldırı ve Çocukların Cinsel İstismarı Suçları Bakımından

Cinsel saldırı ve cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinin ayrı bir suç mu yoksa suçun nitelikli halini mi oluşturduğu öğretilerde tartışmalıdır. Kanunun düzenleme şekline bakıldığında ilgili suçların nitelikli hali olarak düzenlendiği görülmektedir. Kasten öldürmenin canavarca hisle ya da eziyet çektirerek işlenmesi halinde olduğu gibi burada da nitelikli hal mevcuttur ve organ veya sair cisim sokulması suretiyle suçun işlenmesi 1. fıkradaki cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi temel şekli üzerine inşa edilmiş olup temel şekle eklenen bir unsur niteliğindedir.³⁵ Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere “vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle” suçun işlenmesi esasında suçun gerçekleştirilebileceği hareketlerden biridir. Zira m. 102/2’de “*fülin*” m. 103/2’de ise “*cinsel istismarın*” vücuda organ veya sair cisim sokulması “*suretiyle*” ibarelerinden, bu hareketin temel şekli oluşturan hareketlerden biri olduğu, ancak bu örneğin temel şeklin yanında daha ağır ceza verilmesini gerektirecek nitelikte bir eylem olduğu kabul edilmiştir. Öğretilerde de ifade edildiği üzere vücuda organ veya sair cisim sokulması durumunda cezanın 1. fıkraya üzerinden artırılmaması bu fıkraya bağımsız bir suç olma özelliği kazandırmaz.³⁶

Öğretilerde *Koca/Üzülmez*³⁷ m. 102/2 ve m. 103/2’deki düzenlemeleri cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının nitelikli hali olarak kabul etse de bu durumda cezanın meydana gelen neticeye göre belirlenmesi gerektiği noktasında kanaat belirtmişlerdir. Bu durumda nitelikli hal gerçekleşmeyip teşebbüs aşamasında kalırsa, fail nitelikli hale teşebbüsten dolayı değil, gerçekleştirdiği cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçlarının temel şeklinden

³⁴ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 506.

³⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334; krş. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 331 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 363, 374; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 116.

³⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334; aynı yönde: YCGK, 04.12.2012, E. 2012/6-1247, K. 2012/1842 (Özgenç, s. 230 dn. 228).

³⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334 vd.; aynı yönde: Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 374.

dolayı cezalandırılmalıdır. Vücuda organ veya sair cisim sokulmasını ilgili suçların nitelikli hali olarak kabul eden *Özbek/Doğan/Bacaksız*³⁸ ve *Taner*'e³⁹ göre ise suçun nitelikli haline teşebbüs mümkündür ve suçun temel şekli ile nitelikli haline teşebbüsün söz konusu olduğu durumlarda fail nitelikli hale teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Ancak bu durumda ceza belirlenirken teşebbüsten dolayı verilecek ceza suçun temel halinin tamamlanmasından dolayı verilecek cezadan az olmamalıdır. Nitelikli hale teşebbüsten dolayı sorumluluğun söz konusu olabilmesi için önemli olan suçun nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik failin kastının var olduğunun belirlenmesidir.⁴⁰

Bununla birlikte öğretilerde bu durumda m. 102/2 ve 103/2'deki düzenlemelerin nitelikli hal değil, ayrı birer suç olarak düzenlendiği ileri sürülmektedir.⁴¹ Bu fıkralardaki düzenlemelerin ayrı birer suç olduğu kabul edildiği durumda organ veya sair cisim sokmak isteyip bunu gerçekleştiremeyen kişinin m. 102/2'deki suça teşebbüsten dolayı cezalandırılacağına tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu durumda teşebbüsten dolayı fail cezalandırılırken o ana kadar yapılmış olan eylemlerin göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır.⁴²

Cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunun temel şeklinin gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde Yargıtay uygulamasına göre kişi suçun nitelikli haline teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır. Yargıtay bir kararında sanığın “benim olacaksın, buradan ölü çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme” şeklinde ifadelerde bulunarak mağdureyi yatak odasına götürdüğü ve bunun üzerine mağdurenin oda kapısının camını kırıp bağırarak yardım istediği, sanığın mağdureyi yatırarak üzerine çıkıp fermuarını açtığı, kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak durumunda kaldığı olayda, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna teşebbüsten hüküm kurmuştur.⁴³ Yine Yargıtay benzer şekilde, sanığın mağdureyi yatak

³⁸ *Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 333.

³⁹ *Taner*, s. 232 vd., 239.

⁴⁰ *Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 333.

⁴¹ *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 417, 438 vd.; *Nur Centel*, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, 2012 Sayı: 99 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 275, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160>> Erişim Tarihi 15.04.2021.

⁴² *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 417, 438.

⁴³ Y. 5. CD. 22.01.2008, 11586/161; benzer şekilde Y. 5. CD. 15.09.2009, 7618/10363 (her

odasına götürüp kendisinin ve mağdurenin alt kısmındaki elbiselerini çıkartıp üzerine abandığı sırada, mağdurenin kardeşinin eve gelip bağırma sesini duyup yatak odasına girmesi üzerine sanığın eylemini tamamlayamaması şeklinde gerçekleşen olayda nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsten dolayı hüküm kurmuştur.⁴⁴ Yargıtay'ın m. 103/2'deki düzenlemeyi nitelikli hal olarak kabul edip bu hale teşebbüs durumunda suçun temel şeklinin cezasının göz önünde bulundurulacağına ilişkin vermiş olduğu bir kararında, nitelikli hal ile temel şekil arasında geçişli suç olduğu vurgulanarak nitelikli hale teşebbüsten dolayı verilecek cezanın suçun temel şekli olan m. 103/1'de öngörülen cezanın altında olmayacağı kanaatine varılmıştır.⁴⁵

Kanaatimizce bütün nitelikli hallerde olduğu gibi bu nitelikli hale de teşebbüs kural olarak mümkündür. Ancak failin kastının nitelikli hale yönelik olduğunun ispatı ve nitelikli hale yönelik olarak elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış olması gerekir. Suçun temel şeklinin

iki karar için bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 344 dn. 82); “olay tarihinde konuşmak amacıyla mağdurenin evine giden sanığın mağdureyi kollarından tutup zorla yatak odasına götürdüğünün, yatağa yatırıp ağzını kapatarak elbise ve pijamasını çıkartmaya çalıştığı ancak mağdurenin direnmesi ve kendisinin de erken inzal olması nedeniyle icrai hareketlerini tamamlayamadığının anlaşılması karşısında, nitelikli cinsel saldırı kastıyla başladığı eylemini mağdurenin direnmesi ve elinde olmayan erken boşalma engel sebebiyle tamamlayamayan sanığın eyleminin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde basit cinsel saldırı suçundan hüküm kurulması” Y. 5. CD. E. 2007/11586, K. 2008/161 (Yargıtay kararı için bkz. Mustafa Arslantürk, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019 , s. 137.

⁴⁴ Y. 5. CD. 15.04.2008, 335/357 (Tezcan/Erdem/Önok, s. 418, dn. 170); “eylemin basit cinsel saldırı suçuna oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanlışlığı düşülerek nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkûmiyet kararı verilmesi” Y. 14. CD. 24.10.2019, E. 2015/9258, K. 2019/11961; Y. 14. CD, 22.10.2019, E. 2015/7492 K. 2019/11873; Her iki kararda da eylemin suçun nitelikli halini oluşturmadığından basit cinsel saldırıdan hüküm kurulmuştur. Bir başka ifadeyle nitelikli hale ilişkin icra hareketleri söz konusu olsaydı nitelikli hale teşebbüsten dolayı ceza verilecekti.

⁴⁵ “Sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı 5237 Sayılı TCK'nın 103/2. maddesiyle verilecek cezadan aynı Kanunun 35/2. maddesi uyarınca teşebbüs sebebiyle yapılacak indirim, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun geçişli suçlardan olması sebebiyle TCK'nın 103/1. maddesini de içerdiği gözetilerek, çocuğun basit cinsel istismarı suçuna dair aynı Kanunun 103/1. maddesinde öngörülen cezanın altında olmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği düşünülmeden, hakkaniyete aykırı şekilde indirim fazla yapılması suretiyle eksik ceza tayini” Y. 14. CD. 16.10.2017, E. 2014/10527, K. 2017/4790; aynı yönde: Y. 14. CD. 02.07.2013, 19808/8436, Y. 14. CD. 11.03.2013, 9406/2507, kararlar için bkz. Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artaç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt, m. 86-140, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, s. 3352 dn. 868, 869.

gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda ise fail suçun hem basit şeklinden hem de nitelikli haline teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Burada kastettiğimiz gerçek içtima kurallarının uygulanması değildir. Fail öyle cezalandırılmalıdır ki ceza belirlenirken temel şeklin tamamlandığı ve bunun yanında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin de teşebbüs aşamasında kaldığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda Yargıtay'ın tehlike veya zararın ağırlığının gözetilerek cezanın belirlenmesi şeklinde gerçekleştirmiş olduğu uygulama isabetlidir. Yargıtay uygulamasında teşebbüsten dolayı yapılacak indirimde meydana gelen zarar veya tehlike göz önünde bulundurulurken teşebbüs maddesine göre ceza belirlenirken, kanaatimizce suçun temel şekline göre ceza belirlenmelidir.

Teorik olarak cinsel saldırı ve istismar suçlarının organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi nitelikli haline teşebbüs mümkün olsa da suçun temel şeklinin gerçekleşip nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde de fail cezalandırılırken gerçekleşen suç ile teşebbüs aşamasında kalan hal birlikte değerlendirilmelidir. Bu tür bir değerlendirmeyi mümkün kılacak olan ise fikri içtima müessesesidir. Böylece “teşebbüs aşamasında kalan nitelikli halin cezası” “suçun temel şeklinden dolayı verilecek cezadan” daha fazla ise nitelikli halden dolayı ceza verilmesi suretiyle gerçekleştirilen eylemin haksızlık içeriği tüketilmiş ve her iki durum (gerçekleşen temel şekil-teşebbüs aşamasında kalan nitelikli hal) da cezalandırmada göz önünde bulundurulmuş olacaktır. Bu şekilde bir uygulama yapılması, özellikle her iki durum için öngörülen ceza aralıklarının örtüşmediği veya bu aralıkların farklı olduğu durumlarda gerçekleşen haksızlığa uygun bir cezanın verilmesini sağlayacaktır. Ancak TCK'daki aynı neviden fikri içtima düzenlemesinin bu tür olaylarda uygulanabilmesi, “aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi” gerektiğinden mümkün gözükmemektedir. Bundan dolayı bu tür olaylarda failin suçun temel şekline göre cezalandırılması ve cinsel saldırı ya da istismarın da teşebbüs aşamasında kaldığı göz önünde bulundurulurken gerçekleştirilen haksızlıklarla ölçülü bir ceza belirlenmelidir. Öğretide de isabetli olarak ileri sürüldüğü üzere gerçekleştirilmiş olan eylemin (nitelikli hale teşebbüsün) haksızlık boyutu, basit cinsel saldırı ya da istismarın temel cezası belirlenirken göz önünde bulundurulurken üst sınıra yaklaşılabilir.⁴⁶ Böylece faile verilecek ceza belirlenirken “meydana gelen tehlike veya zararın ağırlığı”, teşebbüsten dolayı hükmedilmesi gereken olası ceza aralığı da göz önünde bulundurulurken suçun temel şekli için öngörülen ceza aralığı içinde

⁴⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 344, 345.

değerlendirilmiş olacaktır.

bb) Kasten Öldürme Suçu Bakımından

Kasten insan öldürme suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği 82. madde incelendiğinde bu nitelikli hallerin bazılarının teşebbüs aşamasında kalıp suçun temel şekli olan 81. maddenin tamamlanabileceği görülmektedir. Bazı nitelikli haller bakımından ise suçun temel şekli ile nitelikli halleri birbirine bağlıdır ve nitelikli halin teşebbüs aşamasında kalıp temel şeklin gerçekleşmesi mümkün değildir.

Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden olan suçun üstsoy, altsoy, eş ve kardeşe karşı işlenmesi, canavarca hisle işlenmesi, gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi, suçun töre ya da kan gütmeye saikiyle işlenmesi gibi nitelikli hallerinin teşebbüs aşamasında kalıp temel şeklin gerçekleşebilmesi mümkün değildir. Bu nitelikli haller bakımından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak suçun eziyet çektirerek işlenmesi nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalıp, suçun temel şeklinin gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin fail mağduru öldürmek için ölüm neticesini gerçekleştirebilecek icra hareketlerine başlar ve gerek hareketlerinden gerekse de beyanlarından kastının eziyet çektirerek öldürme olduğu anlaşılır ve hareketleri henüz eziyet boyutuna varmadan ölüm gerçekleşir ise öldürme suçunun temel şekli gerçekleşmiş, nitelikli hali ise teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu durumda da faili suçun temel şeklinden dolayı cezalandırmak gerekir.

cc) Diğer Bazı Suçlar Bakımından

Suçun temel şeklinin tamamlanıp nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalması yalnızca yukarıda verilen iki örnekte değil bunun yanında örneğin kasten yaralama suçunda da söz konusu olabilir. Kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi örneğinde, failin yumrukladığı mağdura yönelik olarak son bir darbe vurmaya amacıyla cebinden çıkardığı bıçağı koluna saplamak isterken mağdurun kaçması üzerine bu ağırlaşmış halin gerçekleşmemesi örneğinde yine suçun temel şekli gerçekleşmiş ağırlaşmış hali ise teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu örnekte birbirini takip eden hareketler söz konusu olduğundan hukuki anlamda tek bir hareket vardır ve bir kasten yaralama suçu gerçekleşmiştir. Ancak nitelikli hal, failin isabet ettirememesinden dolayı gerçekleşmemiş, bir başka ifadeyle teşebbüs aşamasında kalmış, suçun temel şekli ise gerçekleşmiştir. Fail yaralama suçunda silahını da kullanabilseydi suçun nitelikli halinden dolayı cezalandırılacak ve eylemlerinin yoğunluğu (birden fazla hareketin yapılması vs.) temel cezanın belirlenmesinde göz

önünde bulundurulacaktır.

Kasten yaralama suçu açısından değerlendirme yapan *Yaşar/Gökcan/Artuç*⁴⁷ (Yargıtay'ın⁴⁸ da bu yönde kararları olduğuna değinerek) suçun temel şeklinin tamamlanıp nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde her iki durumdan dolayı cezaların belirlenip TCK m. 44 uyarınca fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Yazarlara göre, failin mağduru önce kafa atarak yaralayıp daha sonra silahla yaralamaya teşebbüs ettiği olayda fikri içtima kuralları uygulanmalıdır.⁴⁹ Her ne kadar verilen Yargıtay kararı burada belirtilen örneklerle tam olarak uyuşmasa da fikri içtimanın teorik olarak bu tür olaylarda da uygulanabilmesi kanaatindeyiz. Ancak bununla birlikte TCK m. 43/1 uyarınca fikri içtimanın şartları gerçekleşmediğinden mevcut kanuni düzenlemelerin bunun önünde engel teşkil ettiğini tekrar vurgulamak gerekir. TCK m. 43/1'de suçun temel şekli ile nitelikli hallerinin aynı suç sayılacağı düzenlenmiş ancak suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bundan dolayı teorik olarak suçun temel şekli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri arasında TCK m. 44 uyarınca fikri içtima kuralları uygulanabilecektir.⁵⁰ 3. Ceza Dairesinin yukarıda zikredilen kararına konu olan olayda (bkz. dn. 47)

⁴⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2971 dn.112, dn. 113: “Sanığın katılanı bıçakla önce bacağından ve elinden yaralayıp, ardından kafa atıp burun kemiği kırığı oluşacak şekilde yaraladığı olayda, kemik kırığı yaranlanmasının bıçaktan kaynaklanmadığının anlaşılması karşısında; öncelikle katıldandaki kemik kırığı ve bıçak yaraları açısından ayrı ayrı TCK'nın 86 ve 87. maddelerine uygun şekilde rapor alınıp, sonucuna göre; TCK'nın 44. maddesi uyarınca sanığın en ağır cezayı gerektiren fiilden dolayı sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde TCK'nın 86/3.e ve 87/3 maddeleri uyarınca sanığın cezasından ayrı ayrı artırım yapılması” Y. 3. CD. 15.04.2013, E. 2012/17131, K. 2013/15825; Yargıtay'ın suçun temel şekli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri arasında fikri içtima kurallarını uyguladığı gibi, suçun birden fazla farklı neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleştiği durumlarda da fikri içtima kurallarını uyguladığı kararları mevcuttur. (Y. 3. CD., 15.11.2012, 19312/38267, Y. 3. CD., 02/11/2012, 10433/36275, kararlar için bkz. Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 269, dn. 124; *Artuk/Gökcan*'e göre de birden fazla netice sebebiyle ağırlaşmış hal arasında (TCK 87. maddenin 1., 2. ve 3. fıkraları arasında) fikri içtima kurallarının uygulanması gerekir. 87. maddenin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmediği ancak 44. maddenin gerekçesinde suçun temel şekli ile nitelikli halleri dışındaki durumların içtima bakımından farklı suçlar sayıldığı vurgulanmaktadır.

⁴⁸ 47. dipnotta verilen Yargıtay kararı ile burada zikredilen örnekler tam olarak uyuşmamaktadır. Çünkü 3. Ceza Dairesi'nin kararında suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ile temel şeklinin tamamlanması söz konusudur.

⁴⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2971.

⁵⁰ Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleştiğinde fail doğal olarak netice sebebiyle ağırlaşmış halden dolayı cezalandırılacaktır. Burada kastımız suçun temel şeklinin gerçekleşip neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin teşebbüs aşamasında kalması durumudur.

kasten yaralamanın temel şekli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilleri bir arada bulunmaktadır ve ayrıca Yargıtay'ın nitelikli hale teşebbüs ile temel şeklin gerçekleştiği bir kasten yaralama olayında aksi yönde kararı mevcuttur. Kasten yaralama suçunun temel şeklinin tamamlanıp nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı olayda Yargıtay failin tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılması gerektiğini vurgulamıştır.⁵¹

c) Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal Düzenlemesi İçeren Bir Suçun Teşebbüs Aşamasında Kalması

Nitelikli hal düzenlemelerinde özellik arz eden hususlardan biri de bu halin daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmesidir. Bu durumda ortaya çıkacak ilk problem suç işlemek için gerekli olan elverişli hareketlerin icra edilmesi ve herhangi bir neticenin gerçekleşmemesi, bir başka ifadeyle suçun ne temel şeklinin ne de nitelikli halinin gerçekleşmesidir. Bu durum daha ziyade neticenin ağırlığına göre düzenlenen nitelikli hallerde ortaya çıkmaktadır.

Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde bu hal, suçun temel şekline eklenen ve haksızlık unsurunu çoğaltma bakımından pozitif (+) bir unsur niteliğinde iken, buradaki nitelikli hal suçun temel şekline eklenen ve haksızlık unsurunu azaltan negatif (-) bir unsurdur. Yani bu durumda haksızlık içeriğini artıran değil azaltan bir unsur suçun temel şekline eklenmiştir. Suçun işlenmesinde esas alınan suçun temel şeklinin gerçekleşmesi olduğundan, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde söz konusu olabilecek durumların aksine, daha az cezayı gerektiren nitelikli halin söz konusu olduğu durumlarda, suçun temel şeklinin gerçekleşip daha az cezayı gerektiren halin teşebbüs aşamasında kalması mümkün değildir. Suçun oluşması temel şekle bağlıdır ve bu durum gerçekleşmeden daha az cezayı gerektiren nitelikli halin gerçekleşebilmesi mümkün değildir. Bu tür olayların söz konusu olduğu durumlarda teşebbüs hükümleri suçun temel şekli üzerinden mi yoksa daha az cezayı gerektiren nitelikli şekli hali üzerinden mi uygulanacağı sorusu cevaplandırılmalıdır.

⁵¹ “Oluş ve kabule göre; sanığın tartıştığı müştekiye yumrukla iki kez vurarak basit tıbbi tedavi ile giderilebilecek şekilde yaraladıktan sonra, kelebek bıçağı çıkartıp salladığı, ancak isabet etmediği ve bu sırada araya giren tanıklarca engel olunduğu anlaşılınca, sanığın eylemlerinin tek suç oluşturup hakkında tamamlanmış müessir fiil suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde silahla yaralamaya teşebbüs suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...”, Y. 3. CD. 08.02.2010, E. 2009/1297, K. 2010/2915, karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2973 dn. 117.

aa) Kasten Yaralamaya Teşebbüs

Kasten yaralama suçu bakımından üzerinde durulması gereken hususlardan biri, mağdura yönelik kasten yaralayabilecek nitelikteki hareketlerin gerçekleştirilip herhangi bir neticeye ulaşılamadığı durumlarda failin cezasının basit tıbbi müdahale (BTM) ile giderilebilecek yaralamaya (m. 86/2) teşebbüsten dolayı mı yoksa suçun temel şekline (m. 86/1) teşebbüsten dolayı mı belirleneceğidir. Öğretide *Üzülmez*⁵² böyle bir olasılıkta sorumluluğun, her durumda suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüsten dolayı belirlenmesine karşı çıkmakta ve ikili bir değerlendirme yapmaktadır. Bu görüşe göre, her şeyden önce yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olup olmadığının tespiti neticeye göre yapılır. Somut olayda kasten yaralamaya yönelik gerçekleştirilen hareketler suçun temel şeklini gerçekleştirebilecek nitelikte ise ceza suçun temel şekline, BTM ile giderilebilecek bir yaralama gerçekleştirebilecek nitelikte ise ceza daha az cezayı gerektiren nitelikli hale göre belirlenmelidir. Olay tüm yönleri ile değerlendirilip hareketin hangi neticeyi gerçekleştirmeye yönelik olduğu tespit edilemiyorsa şüpheden sanık yararlandırılıp sorumluluğun BTM ile giderilebilecek yaralamaya teşebbüsten dolayı belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁵³ Bunun yanında suçun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda failin TCK m. 86/2'ye göre cezalandırılması gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre kasten yaralama gerçekleşip BTM ile giderilebilecek hali gerçekleştirdiğinde daha az cezayı gerektiren nitelikli hal uygulanması mümkün kılınmış iken, herhangi bir netice gerçekleşmediği durumlarda bunu uygulamamak doğru değildir.⁵⁴ Ayrıca bu gibi olaylarda kişinin kasten yaralamanın temel şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılmasının, suçun basit hali gerçekleşseydi fail daha az cezalandırılacağından, haksızlık oluşturmamasına rağmen kişinin suçun temel şekle teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği de savunulmaktadır.⁵⁵ Son olarak ifade etme gerekir ki öğretide *Keskin*

⁵² İlhan Üzülmez, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 86; aynı yönde: Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 252; Ahmet Gökçen/Murat Balcı, *Kasten Yaralama Suçu*, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, s. 393.

⁵³ Gökçen/Balcı, *Kasten Yaralama Suçu*, s. 393; benzer şekilde: Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 227.

⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 289 vd.; krş. Yaşar/Gökcan/Arıç, s. 2970.

⁵⁵ Salih Kocalar/Yunus Biçer, *Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler*, 1. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 87, Müellifler her ne kadar bu görüşü ileri sürseler de ilerleyen bölümlerde eylemin elverişliliğine göre ayırım yapmış olup, eylem eğer suçun temel şeklini meydana getirmek için elverişli ise m. 86/1'e teşebbüsten, eylem basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir bir nitelik taşıyorsa 86/2'ye teşebbüsten hüküm kurulmasını belirtmişlerdir.

Kızıroğlu teşebbüs aşamasında kalan yaralama suçunda ortada herhangi bir netice bulunmadığından failin BTM ile giderilebilecek yaralamaya teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı vurgulamaktadır.⁵⁶

Yargıtay da bazı kararlarında kasten yaralamanın teşebbüs aşamasında kalmış olduğu durumlarda daha az cezayı gerektiren m. 86/2'ye teşebbüsten dolayı hüküm kurmaktadır. 3. Ceza Dairesi bir kararında “sanığın, taş fırlatmak suretiyle eşini yaralamaya” çalıştığı bir olayda m. 86/2'ye teşebbüsten dolayı cezalandırılmayı uygun bulmuştur.⁵⁷

Kanaatimizce somut olayda failin kastının neye yönelik olduğunun tespiti uygulanacak fıkra bakımından önemlidir. Kastın suçun temel şekline yönelik olduğu açık ise BTM ile giderilebilecek yaralamaya teşebbüsün değil suçun temel şekline teşebbüsün var olduğu kabul edilmelidir. Herhangi bir yaralama neticesinin meydana gelmediği durumlarda failin cezasının BTM ile giderilebilecek yaralamada sorumluluğun neticeye göre belirlenmesinden ve herhangi bir neticenin de meydana gelmemesinden hareketle m. 86/2'ye teşebbüsten ceza vermek isabetli değildir. Ceza sorumluluğunun belirlenmesindeki esas faktörün salt failin gerçekleştirdiği ya da gerçekleştirmek istediği netice değil hukuk kurallarını ihlal etme amacıyla gerçekleştirdiği fiil olduğu göz önünde bulundurulduğunda⁵⁸, burada da failin gerçekleştirmek istediği yani hareketin yönelmiş olduğu hususlar göz önünde bulundurularak fiile ilişkin değerlendirme yapılmalıdır. Daha az cezayı gerektiren bu halin uygulanmasında sırf neticeden yola çıkarak uygulama yapılırsa, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda da sorumluluk neticeye göre belirlenmeli ve netice meydana gelmemiş ise fail ilgili neticesi sebebiyle ağırlaşmış halden sorumlu tutulmamalı ve yalnızca BTM ile giderilebilecek yaralamaya teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Örneğin kişinin davranışlarından kastının kemik kırılmasına sebebiyet vermek istediğinin anlaşılmasına rağmen netice meydana gelmez ise faili eylem tamamlansaydı

bkz. s. 193.

⁵⁶ Serap Keskin Kızıroğlu, *Kasten Yaralama*, in *Ceza Özel Hukuku*, Cilt II Kişilere Karşı Suçlar-1, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 133.

⁵⁷ Y. 3. CD. 01.06.2017, E. 2016/14670, K. 2017/7761; Y. 3. CD. 07.01.2020, E. 2019/17263, K. 2020/177; Olay tarihinde evin balkonunda duran mağduru hedef alarak üç el ateş eden ve yaralamayan sanığın eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 86/2, 86/3-e ve 35. madde ve fıkralarda belirtilen suçu oluşturmasına karşılık, yanlıya düşülerek anılan yasanın 86/1. Madde ve fıkrası uyarınca ceza tayin edilmesi. Y. 8. CD. 8.10.2009, E. 2007/9042, K. 2009/12432 (bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2970 dn. 109).

⁵⁸ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 253.

belki neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal dahi gerçekleşmeyecekti kabulünden yola çıkarak sırf bu yüzden m. 86/2'ye teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekecekti.

Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine teşebbüs, ağırlaşmış neticeye yönelik kast mevcut ise mümkündür. Bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından da bu çalışmanın konusunu oluşturan suçun temel şeklinin gerçekleşip ağırlaşmış halin gerçekleşmediği durumlarda sorumluluğun nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeye teşebbüsün gerçekleşip yalnızca temel şekil gerçekleşirse kişiyi yalnızca suçun temel şeklinden, herhangi bir netice ortaya çıkmaz ise suçun hafif şekline teşebbüsten dolayı sorumlu tutmanın doğru olmayacağı kanaatindeyiz⁵⁹.

Sonuç olarak tekrar ifade etmek isteriz ki failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğu ortaya konulabiliyor ve suçun bu hali bakımından elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış ise faili suçun temel şekline teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekir. Bu hususların tespitinin zorluğu açısından da değerlendirme yapmak gerekirse, bu durumda da şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca faili suçun hafif şekline teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerektiği kanaatindeyiz. Herhangi bir neticenin meydana gelmemiş olması failin suçun hafif şekline teşebbüsten sorumlu tutulması için yeterli değildir.

bb) Cinsel Saldırı/Çocukların Cinsel İstismarı Suçuna Teşebbüs

TCK m. 102 ve 103'te düzenlenen cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında da kasten yaralama suçunda olduğu gibi daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal düzenlemesi mevcuttur. Bu bağlamda TCK'ya göre cinsel saldırı ya da istismar oluşturacak eylemlerin gerçekleştirilip bu eylemlerin sarkıntılık boyutunda kalması halinde kişi daha az cezayı gerektiren bu nitelikli halden dolayı cezalandırılacaktır. Ancak herhangi bir netice gerçekleşmezse, bir başka ifadeyle cinsel saldırı ve istismar suçlarının oluşması için gerekli olan vücuda temas söz konusu olmaz ise, fail suçun

⁵⁹ Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin olarak ağırlaşmış neticeye yönelik failin kastı var ise ve bu ağırlaşmış netice farklı bir suçu da oluşturmuyor ise bu hallere teşebbüsün mümkün olduğu öğretilerde de kabul edilmektedir. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 438 vd.; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2970 vd.; aksi yönde: Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt I, 4. Bası, Beta Yayıncılık, 2017, s. 176; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 471; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, Beta Yayıncılık, 2016, s. 515.

temel şekline (TCK m. 102/1 c. 1, 103/1 c.1) teşebbüsten dolayı mı yoksa hafif cinsel saldırı suçuna (TCK m. 102/1 c. 2, 103/1 c.2) teşebbüsten dolayı mı cezalandırılacaktır?

Sarkıntılığa teşebbüsün mümkün olmadığını kabul eden görüşe göre, suçun sarkıntılık aşamasında kalıp kalmadığını tespit etmek için eylemlerin tamamlanması gerekir. Suç tamamlanmamış ise eylemlerin sarkıntılık boyutunda kalacağını tespit etmek mümkün olmadığından kişi sarkıntılığa teşebbüsten dolayı değil, suçun temel şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır.⁶⁰

Aksi görüşe göre suçun hafif şeklini oluşturan suçun sarkıntılık boyutunda kalması haline de teşebbüs mümkündür. Burada *Taner* failin kastının suçun basit şeklini (m. 102/1) gerçekleştirmeye yönelik olduğunun ispatlanabilir olduğu durumlarda, failin sarkıntılığa teşebbüsten dolayı değil, suçun basit şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılacağını vurgulamaktadır. Ancak failin davranışının suçun basit şekline mi ya da hafif şekline mi yönelik olduğu belirlenemiyorsa ya da failin amacı sarkıntılık boyutunda kalacak hareketleri gerçekleştirmek ise fail sarkıntılığa teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır.⁶¹ *Tezcan/Erдем/Önok*'a⁶² göre ise kastı daha az cezayı gerektiren bu nitelikli hali gerçekleştirmek isteyen kişinin bunu dahi gerçekleştiremediği durumda daha az cezayı gerektiren bu hale teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir.

Kanaatimizce cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçlarının teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde de kasten yaralamanın teşebbüs aşamasında kaldığı hallere ilişkin yapmış olduğumuz değerlendirme geçerli olmalıdır. Somut olayda failin kastı suçun hafif şeklini gerçekleştirmeye yönelik ise bu hale teşebbüsten dolayı sorumluluk belirlenmelidir. Ancak failin gerçekleştirmiş olduğu hareketlerden, sarf etmiş olduğu sözlerden vs. kastının suçun temel şekline yönelik olduğu anlaşılıyorsa, sırf herhangi bir

⁶⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 344 vd.; Sarkıntılığa teşebbüsün mümkün olup olmadığı yönünde açıklamada bulunmayan *Özbek/Doğan/Bacaksız* vermiş oldukları “bir kimseye bıçağı çekip memelerinden bir defa öpeyim diyen kimsenin, etraftan gelenler olunca kaçması” örneğinde basit cinsel saldırıya teşebbüsün söz konusu olacağını belirtmektedirler. Bu örnekten çıkan sonuç temasın gerçekleşmediği her durumda sarkıntılığa teşebbüsün kabul edilmediğidir. *Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 342.

⁶¹ *Taner*, s. 235; karşı. *Alahattin Şimşek*, Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık, *Ağustos 2015 Sayı 28, Ceza Hukuku Dergisi*, s. 349.

⁶² “Örneğin, “seni sadece bir kez öpeceğim” diyerek mağdurenin arkasından koşan fail henüz ona el değdirmeden yakalanırsa, sarkıntılığa teşebbüsten bahsetmemek için neden gözükmemektedir”. *Tezcan/Erдем/Önok*, s. 437.

neticenin ortaya çıkmaması failin suçun hafif şekline teşebbüsten sorumlu tutulması için yeterli değildir ve fail suçun temel şekline teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır.

cc) Hırsızlığa/Yağmaya Teşebbüs

Yukarıda anlatılan hususlara benzer bir durum hırsızlık, yağma ve hatta zimmet suçlarında da söz konusudur. Hırsızlık ve yağma suçlarında çalınan malın değerinin az olması daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerden biridir.⁶³ Söz konusu suçları işlemek isteyen kişinin doğrudan icra hareketlerine başladıktan sonra herhangi bir malı alamaması durumunda suçun temel şekline göre mi yoksa daha az cezayı gerektiren nitelikli hale göre mi cezalandırılacağı sorusu bu suçlar bakımından önem arz etmektedir. Bir başka ifadeyle çalınan malın değerinin az olduğu durumları düzenleyen TCK m. 145 ve 150/2 maddelerinin bu durumda uygulanıp uygulanamayacağı araştırılmalıdır.

Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre kişinin kastı değeri az olan bir şeyi almaya yönelik olup herhangi bir şey alamazsa TCK m. 145'e teşebbüsten dolayı sorumlu olmalıdır. Somut olayda failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğu (değeri az olmayan bir şeye yönelik olduğu) belirlenebiliyor ve fail herhangi bir şey alamamışsa TCK m. 145'e değil m. 141'e teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır.⁶⁴ Eylemin teşebbüs aşamasında kalması halinde her durumda 145. madde uygulanmaz.⁶⁵ Suçun teşebbüs aşamasında kalıp failin kastının da değeri az olan bir malı almaya mı yoksa değeri yüksek bir malı almaya mı yönelik olduğu da tespit edilemiyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca TCK m. 145, 35 hükümleri uygulanmalıdır.⁶⁶ Kanaatimizce de bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi

⁶³ Akkaş, s. 326; Özgeç, s. 229; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 638; Öğretide *Özbek/Meraklı* çalınan malın değerinin az olması halinin suçun nitelikli halini değil, cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesini sağlayan sebeplerden olduğunu e bundan dolayı kastın kapsamında olması gereken unsurlardan biri olmadığını vurgulamaktadırlar. Veli Özer Özbek/Serkan Meraklı, Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar, Cilt: 19, Sayı: 1, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 21, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/1-VELI-OZER-OZBEK-SERKAN-MERAKLI.pdf>> Erişim Tarihi 11.04.2021; Kanaatimizce bu durum daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerdendir.

⁶⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 776.

⁶⁵ Ahmet Gökçen/Selim Erdin/ Büşra Şenerdoğan, Hırsızlık Suçu (m. 141), in *Malvarlığına Karşı Suçlar* (m. 141-169), Adalet Yayınevi, 2018, s. 55.

⁶⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 638.

uygulanmalıdır. Failin kastının yöneldiği mal ya da o malın değerinin tespit edilemediği durumlarda bu ilke uygulanmalıdır. Aksi görüşe göre ise teşebbüs aşamasında kalan suçlarda değere ilişkin bir belirleme yapılamadığından daha az cezayı gerektiren hale teşebbüsten dolayı fail sorumlu tutulmalıdır.⁶⁷

Yargıtay uygulamaları da incelendiğinde, eylemin sırf teşebbüs aşamasında kalması halinde daha az cezayı gerektiren bu halin uygulanmayacağı kabul edildiği görülmektedir. YCGK bir kararında ilk derece mahkemesinin “çokluk/azlık kavramına ilişkin tespit yapma imkânı bulunmayacağına göre kuşkudan sanık yararlanır” ilkesine dayanarak cezada indirim yapılmasını, sanığın eylemlerinden kastının suçun temel şekline yönelik olduğunun anlaşılmasından dolayı bozma nedeni yapmıştır.⁶⁸ 13. Ceza Dairesi de sanığın mağdurun çantasından yalnızca 20 lira alıp akabinde yakalandığı olayda kastın, 20 liraya özgülendiğinden bahisle TCK m. 145, 35. maddelerin uygulanmasına karar vermiştir.⁶⁹ Bunun yanında kastın değeri düşük bir şeye özgülendiği (13. Ceza dairesinin zikredilen kararında olduğu gibi örn: 20 lira) durumlarda ise failin suçun temel şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği vurgulanmaktadır. 6. Ceza Dairesi⁷⁰ bir kararında failin daha az cezayı gerektiren hale teşebbüsten dolayı değil suçun temel şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: “sanığın hırsızlık amacıyla çıktığı balkondan katılanın fark etmesi üzerine kaçtığı, bu nedenle hırsızlık eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı

⁶⁷ Yargıtay’ın 765 sayılı TCK dönemindeki karar esas alınarak Köprülü bu görüşü savunmaktadır. “...hırsızlık eyleminde değere ilişkin bir saptama yapılamadığına göre, kuşkudan sanık yararlanır ilkesi uyarınca sanık hakkında 522. maddesi hükmü pek hafif değer ölçüsüne göre uygulanmak gerekir” CGK, 27.04.1987, E. 1987/94, K. 1987/237, Timuçin Köprülü, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı, 2007 Sayı 71, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 261, <<http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-343>> Erişim Tarihi 19.04.2021; Caner Gürühan/Tahir Hami Topaç/Ahmet Serhat Ergin Kanat, Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı, 2016 Sayı: 8, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 229, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271201>> Erişim Tarihi 12.04.2021.

⁶⁸ YCGK 25.03.2008, 6-15/59.

⁶⁹ Y. 13. CD. 28.02.2018, E. 2016/13559, K. 2018/3046; aynı yönde: “Hırsızlık yapmak için girdikleri apartman dairesinin kapısını tornavida, kurbağacık anahtar ve (T) şeklinde özel yapım anahtar ile açmaya çalışırken apartman görevlisi tanık tarafından takip edilip yakalanan suça sürüklenen çocukların eylemi gerçekleştirme biçimi itibarıyla kasıtlarının değeri az olan şeyi çalmaya özgülemediklerinin anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK’nın 145/1. maddesinin uygulanma şartlarının oluşmadığı gözetilmeden yazılı biçimde karar verilmesi” Y. 13. CD. 12.03.2013, 31454/5857 (Gürühan/Topaç/Kanat, s. 228, dn. 22).

⁷⁰ Y. 6. CD. 11.04.2014, E. 2011/20623, K. 2014/6906; aynı yönde: Y. 13. CD., 17.02.2016, 37409/5902, Y. 17. CD., 21.04.2016, 14090/2372 (Gürühan/Topaç/Kanat, s. 229, dn. 23).

olayda; çalınan herhangi bir mal bulunmadığı gibi çalınması hedeflenen malın belirlenemediği buna göre de sanığın özgülünen bir kastından bahsedilemeyeceği dikkate alındığında yasal koşulları bulunmadığı halde TCK'nın 145. maddesi ile uygulama yapılarak noksan ceza tayini”.

Yargıtay'ın bahsedilen kararlarından anlaşılacağı üzere daha az cezayı gerektiren bu hal kastın kapsamındadır. Eğer failin kastının bu hale yönelik olduğu açık bir şekilde ortaya konulabiliyorsa daha az cezayı gerektiren bu hale teşebbüs mümkündür. Ancak açık bir şekilde failin kastının değeri az olan bir şeye yönelik olduğu belirlenemiyorsa ceza suçun temel şekline göre belirlenmelidir.

Her şeyden önce şunu vurgulamak gerekir ki Yargıtay'ın daha az cezayı gerektiren bu halin kastın kapsamında olması gerekliliğini vurguladığı kararlara katılmaktayız. Suçun bütün unsurlarında olduğu gibi bu nitelikli halin de kastın kapsamında olması gerekir.⁷¹ Bu gerekçeden dolayı failin değeri düşük bir malı almak isterken değeri yüksek bir malı alması halinde TCK m. 30/2'deki hata halini uygulayıp faili daha az cezayı gerektiren halden dolayı sorumlu tutmaktayız. Ayrıca bu şekilde bir kabul suçun temel, ağır ve hafif halleri için de geçerlidir. Suçun gerek temel şekline teşebbüs gerekse de daha az cezayı gerektiren nitelikli şekline teşebbüs bakımından da ortak bir kıstas kullanılmalıdır. Nasıl ki failin kastının suçun daha az cezayı gerektiren şekline yönelik olduğu durumlarda fail bu halden dolayı cezalandırılırsa, suçun temel şekli bakımından da failin buna yönelik kastı belirlenebiliyor ise fail temel şekle teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır. Eğer somut olayda failin kastının değeri az olmayacak bir şeyi almaya yönelik olduğu ispatlanamıyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca m. 145, 35 hükümleri uygulanmalıdır. Sırf kastın değeri düşük olan bir şeyi almaya yönelik olduğunun belirlenememesi 141. maddenin uygulanması için yeterli görülmemelidir.

dd) Ortak Değerlendirme

Failin somut olayda suçun nitelikli haline teşebbüs edip suçun basit ya da hafif şeklinin gerçekleşmediği durumlar bakımından ortak bir değerlendirme yapılabilir. Örneğin failin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs edip suçun temel şeklinin ya da sarkıntılık halinin gerçekleşmediği ya da nitelikli yaralamaya teşebbüs edilip herhangi bir neticenin ortaya çıkmadığı durumlar söz konusu

⁷¹ Öğretide bu halin “cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesini sağlayan sebepler” den biri olarak değerlendirildiğinden dolayı kastın kapsamında olması gerekmediği de savunulmaktadır. Özbek/Meraklı, s. 21.

olabilir. Bu durumda nitelikli hal için ayrı bir ceza öngörülmeyip temel ceza üzerinden nitelikli halden dolayı artırım yapıldığı durumlarda suçun temel şeklinden dolayı mı yoksa hafif şeklinden dolayı mı temel ceza belirlenmelidir sorusu ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda cinsel saldırı suçunda nitelikli hal kastı varsa nitelikli hal için TCK m. 102/2 ve m. 103/2’de ayrı bir ceza öngörüldüğü için sorun oluşmayacaktır. Kaldı ki failin kastının organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı ya da çocukların cinsel istismarı suçlarını işlemeye yönelik olduğu durumlarda, kastın aynı zamanda sarkıntılık boyutunda kalacak bir saldırıya yönelik olduğu da söylenemez. Ancak kasten yaralamada olduğu gibi nitelikli halden dolayı verilecek cezanın temel ceza üzerinden artırım yapılacağı durumlarda, temel cezanın belirlenmesinde suçun basit şeklinin mi (m. 86/1) yoksa hafif şeklinin mi dikkate alınacağı önem arz etmektedir.⁷² Yargıtay’ın⁷³ bu konuda vermiş olduğu bazı kararlara bakıldığında temel cezanın belirlenmesinde suçun hafif şekli olan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama halinin dikkate alındığını söyleyebiliriz. Burada yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara benzer bir değerlendirme yapıp kast hafif şekle yönelik ise temel ceza bunun üzerinden, basit şekle yönelik ise temel cezanın bunun üzerinden belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca hırsızlık suçunda malın değerinin az olması halinde ise tamamen farklı bir durum söz konusudur. Çünkü bu durumda temel ceza belirlenip nitelikli haller uygulandıktan sonra ihtiyari bir indirim yapılabileceğinden daha az cezayı gerektiren bu halin temel cezanın belirlenmesinde etkisi bulunmamaktadır.⁷⁴

d) Suçun Temel Ya Da Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halinin Gerçekleştirilmek İstenip Daha Az Cezayı Gerektiren Halinin Gerçekleşmesi

Teşebbüs açısından önemli hususlardan bir diğeri de kişinin suçun temel ya da nitelikli halini gerçekleştirmek için elverişli hareketlerle icraya başlaması ancak suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleşmiş olmasıdır. Yukarıda anlatılan kasten yaralamanın teşebbüs aşamasında kalıp herhangi

⁷² Burada ifade etmek isteriz ki suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı olayda bulunabilir ve failin kastı da hem daha az cezayı gerektiren nitelikli hale hem de daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale yönelik olabilir. Örneğin kasten yaralama suçunun altsoya, üstsoya, eşe veya kardeşe karşı veya silahla işlenip basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama ortaya çıkarsa, her iki hal aynı olayda mevcut olur.

⁷³ bkz. dn. 57.

⁷⁴ Aynı açıklama hırsızlık suçunun bir başka daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olan TCK m. 146’da düzenlenen kullanma hırsızlığı için de geçerlidir.

bir neticenin gerçekleşmediği durumlar burada konunun pekiştirilmesi adına tekrar zikredilebilir. Nasıl ki kasten yaralamanın teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde sorumluluğu sanığın kastına göre belirlemek gerekiyorsa, burada da benzer bir değerlendirme yapılması gerekir. Suçun temel ya da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs edilmiş ancak daha az cezayı gerektiren hal gerçekleşmiş ise, kişinin yalnızca gerçekleştirdiği ile sorumlu olması yani daha az cezayı gerektiren nitelikli halden dolayı cezalandırılması, gerçekleştirmiş olduğu haksızlığı tam anlamıyla karşılayacak şekilde cezalandırılması sonucunu doğurmayacaktır. Teşebbüsün (temel şekle) ihtiva ettiği haksızlık daha az cezayı gerektiren halin meydana gelmesinin oluşturduğu haksızlıktan fazla olduğu durumlarda temel ya da nitelikli hale teşebbüs göz ardı edilmemelidir. Öğretide *Özen* değerlendirmemize paralel olarak sorumluluğun belirlenmesinde kişinin kastını esas almaktadır. *Özen* kastın suçun temel şekline yönelik olduğu durumlarda sorumluluğun m. 86/1'e teşebbüs hükümlerine göre, kastın daha az cezayı gerektiren hale yönelik olduğu durumlarda ise m. 86/2 hükmüne göre belirlenmesi gerektiği kanaatindedir.⁷⁵

J) NİTELİKLİ HALE TEŞEBBÜS VE ŞÜPHE DEN SANIK YARARLANIR İLKESİ

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, teşebbüs hükümleri ve suçun manevi unsurunun belirlenmesinde çekincesiz uygulanmaktadır.⁷⁶ Bunun yanında suçun basit hali ile nitelikli halleri arasında kuşkunun söz konusu olduğu durumlarda kişinin "*hukuki statüsünde negatif değişiklik olması ihtimali*" söz konusu olacağından bu ilkenin uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır.⁷⁷ Konumuzla ilgisi dolayısıyla nitelikli hale teşebbüs bakımından da bu ilke önem arz etmektedir. İncelememizin konusunu oluşturan nitelikli hal suçun maddi unsurlarından biridir ve aynı zamanda kastın kapsamında olması gerekmektedir. Bu bağlamda suçun manevi unsurunun tespitinde uygulanan şüpheden sanık yararlanır ilkesi burada da geçerlidir. Kastın daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali de kapsadığı noktasında şüphe ortaya çıkarsa bundan sanığı yararlandırıp kastın bu durumu kapsamadığı sonucuna varılmalıdır.

⁷⁵ Özen, s. 226; krş. Şimsek, s. 349.

⁷⁶ Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s. 204, 211.

⁷⁷ "*Sanığın suçun basit hali yerine nitelikli halinden cezalandırılması elbette hukuki statüsünde bir negatif değişikliğe neden olur.*" Koray Doğan, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 202.

Aynı zamanda teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında da şüpheden sanık yararlanır ilkesi geçerli olduğundan, nitelikli hale teşebbüsün var olup olmadığı konusunda şüpheye düşülürse sanığın bu şüpheden yararlandırılması gerekir. Ayrıca kişinin kastının suçun temel şekline mi yoksa daha az cezayı gerektiren nitelikli haline mi yönelik olduğu da tespit edilemiyor ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca daha az cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlemesi uygulanmalıdır.

K) SUÇUN TEMEL VE NİTELİKLİ HALLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN ALMAN HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

a) Genel Olarak

Suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olduğu konusunda Alman hukukunda görüş birliği mevcuttur. Bu konuda *Roxin*⁷⁸, eskiden kabul edildiği üzere yalnızca nitelikli halin gerçekleşmesinin teşebbüsün kabulü bakımından yeterli olmadığını aynı zamanda teşebbüs için gereken diğer şartlarında var olması gerektiğini vurgulamaktadır. Örneğin kişi eğer yangın çıkarmak istediği bir evde önceden yangın söndürme ekipmanlarını kullanılmaz hale getirirse ya da girmek istediği evin, girmesine engel olan çatı tahtalarını gevşetirse bu durumda her ne kadar mağdur tarafında bir etki meydana getirirse de suç henüz teşebbüs aşamasına gelmemiştir.⁷⁹ Teşebbüs ancak, kişinin nitelikli hali gerçekleştirdikten hemen sonra (akabinde) zamansal bir kesinti olmadan rahat bir şekilde evi yakmak ya da hırsızlığı icra etmek istediği durumda söz konusu olabilir. Bunun için de önce gerçekleşen nitelikli hali oluşturan hareketler ile sonra gerçekleşen temel şekli oluşturan hareketler arasında sıkı bir zamansal bağlantının olması gerekir. Bu durum gerçek nitelikli hallerin suçun temel şeklinden bağımsız olarak teşebbüs alanını genişletmeyeceği şeklinde de ifade edilmektedir.⁸⁰ Kişinin bu tür olaylarda nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi

⁷⁸ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck Verlag, 2003, § 29 kn. 170, *Roxin* burada nitelikli hal ile ayrıca kural örneklerinin söz konusu olduğu durumlar için de bu değerlendirmeyi yapmaktadır.; Kundaklama örneğinin öğretide *Stree* tarafından verildiği vurgulanmaktadır. Thomas Hillenkamp, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: Einleitung: §§ 1 bis 31, 12. Auflage*, C.H. Beck Verlag, 2007, § 22 kn. 123.

⁷⁹ Wessels/Beulke, § 14 kn. 607, 608; Alman Ceza Kanunu § 306b (2) 1 maddesinde kundaklamanın çok ağır halleri arasında ağır kundaklama hallerinin yangının söndürülmesini engelleyerek ya da zorlaştırarak işlenmesi hali ile yine aynı kanunun § 243 (1) 1 maddesinde hırsızlığın çok ağır halleri arasında maddede geçen yerlere engelin aşılması halinde girilmesi hali ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir.

⁸⁰ Wessels/Beulke, § 14 kn. 608.

için suçun temel şekline teşebbüsü de gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi halde yani temel şeklin icra hareketlerine doğrudan doğruya başlanmazsa bu suçun nitelikli haline teşebbüs de söz konusu olmaz.

Yukarıda belirtilenin aksi bir durumun söz konusu olduğu; kişinin suçun temel şeklini doğrudan doğruya icraya başlayıp da bunun hemen akabinde nitelikli halin suçun temel şeklini takip edip, failin nitelikli hali gerçekleştirmeye başlamadığı durumlarda nitelikli hale teşebbüs söz konusu değildir. Burada suçun temel şekline ilişkin hareketin doğrudanlığı (icra hareketlerine başlanması) suçun nitelikli hali içinde bir tehlikenin oluşması gibi bir durum ortaya koymaz. Bundan dolayı bir binayı kundaklamaya koyulan bir fail, yangın çıktıktan sonra onu söndürme çalışmalarını engelleyici hareketlere de doğrudan başlamadığı sürece ACK § 306b (2) 1’de düzenlenen nitelikli hale teşebbüs söz konusu olmaz.⁸¹ Burada yine *Hillenkamp* nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabilmesi için yalnız istemenin yeterli olmadığını ayrıca buna yönelik hareketlerin de doğrudan doğruya başlaması gerektiğini vurgulamaktadır⁸². Sonuç olarak ifade edilmelidir ki nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabilmesi için failin hem suçun temel şeklini hem de nitelikli halini gerçekleştirmeye doğrudan doğruya başlaması gerekir.⁸³ *Kühl* tipiklik ile nitelikli hallerin gerçekleştirilmesinde eşzamanlılığın söz konusu olması gerekliliğinin öğretide istendiğini vurgulamaktadır. Buna göre hazırlık aşmasında kalmış ve icra gerçekleşmeden son bulan ve bu bağlamda eş zamanlı olmayan haller nitelikli hal gücüne sahip değildir ve bu haller nitelikli hale teşebbüsün başlangıcının öne alınması sonucunu doğurmaz.⁸⁴

Burada nitelikli hale teşebbüse ilişkin zikredilen hususlar esasında Türk Ceza Hukuku bakımından da geçerlidir. Örneğin silahla yaralama nitelikli haline teşebbüsten dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesi için suçun temel şekli ile nitelikli halinin bağlantısından dolayı doğrudan hem temel şekle teşebbüsün şartı olan elverişli hareketlerle icraya başlanmış olmalı hem de bu icra hareketleri yapılırken silahın da somut olayda kullanılmış olması gerekir. Failin mağduru yaralamak amacıyla ve isteğiyle silahtan sayılan bir şeyi yanında taşıması teşebbüsten sorumluluğunu meydana getirmez. Bundan

⁸¹ Hillenkamp, § 22 kn. 124; Rainer Zaczyk, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1, 5. Auflage, Nomos Verlag, 2017, § 22 kn. 53.

⁸² Hillenkamp, § 22 kn. 124.

⁸³ Roxin, § 29 kn. 172; Kühl, § 15 kn. 50.

⁸⁴ Kühl, § 15 kn. 50.

dolayı nitelikli haller ile suçun temel şekli arasında zikredilen bağlantı nitelikli hale teşebbüs bakımından vazgeçilmezdir.

Konuyu Alman Ceza Kanunu § 239’da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile örneklendirmek burada uygun olacaktır.⁸⁵ Bu maddeye göre kim başkasını bir yere hapseder ya da farklı bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakırsa beş yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu maddenin üçüncü fıkrasının birinci bendinde suçun nitelikli hali düzenlenmiştir. Bu bende göre eğer mağdur bir haftadan fazla hürriyetinden yoksun kılınırsa bir yıldan on yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.⁸⁶ Bu madde yukarıda Türk hukuku bakımından verilen örneklerle benzer bir değerlendirmeye tabi tutulursa şu sorular sorulabilecektir. İlk olarak kişi başkasını hürriyetinden yoksun kılmak (kanuni

⁸⁵ Maddenin ikinci fıkrasında teşebbüsün de cezalandırılacağı açıkça düzenlenmiştir.

⁸⁶ Alman Ceza Kanunu’nun 239. maddesi 25.09.1997 tarihli yasa tasarısı ile 1 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe girerek değiştirilmiştir. Bu tarihe kadar suçun temel şekli cünha olarak vasıflandırıldığı ve bu cünhaya teşebbüsün de cezalandırılacağı 239. maddede açıkça düzenlenmediği için suçun temel şekline teşebbüs cezalandırılmamaktaydı. (Alman Ceza Kanunu’nun 12. maddesine göre alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası ile cezalandırılan hukuka aykırı fiiller cürümdür. Yine kanunun 23. maddesine göre cürümlere teşebbüs her zaman cezalandırılırken cünhalara teşebbüsün cezalandırılabilmesi için bu hususun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir.) Ayrıca yine bu tarihe kadar ağır haller maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmişti: Özgürlükten yoksun bırakma bir haftadan fazla sürerse veya özgürlüğünden yoksun bırakılan kişide özgürlüğünden yoksun bırakılması ya da ona karşı benzer şekilde yapılan hareketler sonucu sağlığının ağır bir şekilde bozulmasına sebebiyet verilirse bir yıldan on yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılır. Bu madde değiştirilerek öncelikle cünha olan temel şekle teşebbüsün de cezalandırılacağı § 239 fıkra 2’de açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca ikinci fıkradaki “hürriyetten yoksun kılma bir haftadan fazla sürerse” şeklindeki düzenleme yeni 3. fıkranın 1. bendinde “bir haftadan fazla hürriyetinden yoksun kılsa” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikten sonra bu bendin hukuki niteliği tartışılmıştır. Değişiklikten sonra bu düzenlemenin hukuki niteliğinde herhangi bir değişiklik olmadığını ve halen bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olduğunu savunanların yanında, netice sebebiyle ağırlaşmış bir olmaktan çıkarıldığı ve suçun nitelikli haline dönüştürüldüğü ileri süren görüşlerde mevcuttur. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir hal olduğunu savunanlar aynı zamanda tasarıda düzenlemeye ilişkin gerekçeye de dayanmaktadırlar (BT-Drucks 13/8587, s. 84). 3. fıkradaki tüm halleri netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak görenler doğal olarak bu durumlarda failin cezalandırılabilmesi için en azından taksiri yeterli görürler. Netice sebebiyle ağırlaşmış hal kabul edenler: Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 3. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2015, § 9 kn. 30; Georg Küpper/Rene Börner, Strafrecht Besonderer Teil 1, 4. Auflage, Springer Verlag, 2017, § 3 kn. 11; aksi yönde: Johannes Wessels/Michael Hettinger/Armin Engländer, Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 43. Auflage, Verlag C.F. Müller, 2019, § 8 kn. 359; Bernd-Rüdeger Sonnen, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 3, 5. Auflage, Nomos Verlag, 2017; Brunhild Wieck-Noodt, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4, 3. Auflage C.H. Beck Verlag, 2017, § 239 kn. 44.

tipi gerçekleştirmek) amacıyla doğrudan doğruya icraya başlayıp, özgürlüğü temadi teşkil edecek şekilde sınırlandıramadan hareketlerine son vermek durumunda kalırsa sorumluluğu suçun temel şekline teşebbüse göre mi yoksa suçun nitelikli haline teşebbüs hükümlerine göre mi belirlenecektir. Bunun yanında bir diğer soru da kişinin suçun temel şeklini gerçekleştirip nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde sorumluluğu nasıl belirlenecektir. Failin bir haftadan uzun bir süre hürriyetinden yoksun kılmak istediği mağdurun polis tarafından altıncı günde kurtarılması hali buna örnek olarak verilebilir.

Yukarıda zikredilen açıklamalar ışığında ilk soruya verilecek cevap aslında bu olayda nitelikli hale teşebbüsün ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesiyle ortaya çıkacaktır. Nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabilmesi için suçun temel şekline teşebbüs edilip nitelikli hal için gereken hareketlere de doğrudan doğruya başlanması gerekir. Bu suç ile kundaklama örneği arasındaki fark suçun temel şekli ile nitelikli haline ilişkin icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamanın genellikle aynı anda söz konusu olmasıdır. Bunun yanında aynı zamanda suçun temel şekli işlendikten sonra da nitelikli hale yönelik kast ortaya çıkabilir. Kundaklama örneğinde belirtilen nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabilmesi için temel şekle ek bir hareket olan söndürmeyi engelleyici hareketlere de doğrudan doğruya başlanması gerekir. Özgürlükten yoksun kılma suçu bakımından eğer failin hareketlerinden mağduru bir haftadan uzunca bir süre hürriyetinden yoksun kılmak ya da alıkoymak kastı ortaya çıkıyorsa nitelikli hale teşebbüs söz konusudur. Bu nitelikli halle ilgili olarak *Heintschell-Heinegg*⁸⁷, nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabilmesi için failin kastının zaman aralığının uzunluğunu da kapsamayı gerektiğini vurgulamaktadır.

Bu suç bakımından nitelikli hale yönelik kast her zaman başlangıçta var olmak zorunda değildir. Kişinin başlangıçtaki kastı bir haftadan kısa süreli bir hürriyeti yoksun kılmaya yönelik olup bir hafta dolmadan kastını yeniler ve kastı daha uzun süreli bir hürriyetten yoksun kılmaya yönelirse bu aşamada da nitelikli hale teşebbüsten bahsedilebilir. Nitelikli hale gerçekleştirmeye yönelik kastın başlangıçta var olduğu veya sonradan ortaya çıktığı durumlarda, söz konusu nitelikli hal gerçekleştirilemese de bu nitelikli hale teşebbüs edildiği

⁸⁷ von Bernd Heintschell-Heinegg, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2015, § 239 kn. 19; aynı yönde: Sonnen, § 239 kn. 27; Urs Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Auflage, Nomos Verlag, 2013, § 239 kn. 15; Wessels/Hettinger/Engländer, § 8 kn. 359.

kabul edilmektedir. Burada vurgulamak gerekir ki bu düzenlemeyi neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak kabul edenler de neticesi sebebiyle ağırlaşmış bu hale teşebbüsü mümkün görmektedirler. Ancak bu durumda teşebbüsten dolayı sorumluluğu kastın varlığına bağlamaktadırlar. *Arzt/Weber* tarafından verilen failin mağduru en fazla dört gün boyunca özgürlüğünden yoksun kılmak istediği ve üç gün sonra polisi arayarak mağdurun yerini söylediği ancak adresi yanlış tarif ettiğinden ancak beş gün (toplamda 8 gün) sonra mağdurun bulunduğu olayda suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin ağırlaşmış neticeye yönelik en azından taksirin söz konusu olduğundan dolayı gerçekleştiği kabul edilir.⁸⁸

b) İçtima Bakımından Seçeneklerin Değerlendirilmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu örneğinde izah edilmeye çalışılan nitelikli hale ilişkin yukarıda verilen örneklerde suçun temel şeklinin ve nitelikli halinin gerçekleştiği ya da herhangi ikisinin de gerçekleşmediği örnekler üzerinde duruldu. Birinci örnekte yani failin nitelikli hale teşebbüs edip suçun temel şeklinin dahi gerçekleşmediği durumlarda fail suçun nitelikli haline teşebbüsten dolayı, ikinci örnekte suçun nitelikli halinin gerçekleştirilmek istendiği ve sonuca da ulaşıldığı durumlarda ise failin suçun tamamlanmış şekline göre cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu örneklerde olduğu gibi nitelikli hale teşebbüsten ya da nitelikli halden dolayı failin cezalandırılması suretiyle, gerçekleştirilmiş olan eylemlerin haksızlık içeriği de tüketilmiş olacaktır. Bu ve buna benzer durumlarda yani nitelikli halin gerçekleştiği ya da nitelikli ve temel halin gerçekleşmediği hallerde, nitelikli hal temel şeklin unsurlarına tam olarak sahip olmaktadır. Bunun yanında, suçun temel şekline bir unsur eklendiğinden dolayı kanunların içtimaı hallerinden olan özel normun önceliği söz konusudur.⁸⁹

Türk hukukundaki tartışmalarda olduğu gibi burada da esas üzerinde durulması gereken konu suçun ağırlaşmış şekline teşebbüs edilmesi ve aynı zamanda temel şeklinin de gerçekleştiği durumlarda failin sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir. Alman hukuku açısından bu durum içtima başlığı altında incelenmiş ve aynı zamanda yüksek mahkeme kararlarına da konu olmuştur.

Yurtdışında satılması amacıyla mağdurun kaçırılmasına vesile olduğu ve mağdurun bu nedenle özgürlüğünden yoksun kılındığı olayda Federal

⁸⁸ *Arzt/Weber*, § 9 Rn. 31.

⁸⁹ *Roxin*, § 13 kn. 177.

Yüksek Mahkeme⁹⁰ sanığı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın nitelikli haline teşebbüsten ve gerçekleştirilmiş olan temel şekilden dolayı fikri içtima kurallarını uygulayarak sorumlu tutmuştur. Bu olayda sanığın kastının mağdurun bir haftadan fazla hürriyetinden yoksun bırakılmasına yönelik olduğu ve bundan dolayı nitelikli halin ilgili süre dolmadığından teşebbüs aşamasında kaldığı ancak suçun temel şeklinin gerçekleştiği kabul edilmiştir. Böylece tamamlanmış temel suç ile teşebbüs aşamasında kalmış (§ 239 III Nr. 1’de düzenlenen) nitelikli hal birlikte değerlendirilecektir. Fikri içtimanın kabulü ile hareketin haksızlık içeriği (her iki hali de) kapsayıcı bir şekilde belirlenecek ve daha ziyade hükümde de nitelikli hale teşebbüsün suçun temel şekline sebebiyet verdiği vurgulanmış olacaktır.

Alman Ceza Hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında, suçun temel şeklinin gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde özel normun önceliği ilkesinin değil fikri içtimanın uygulanması gerektiği hâkim olan görüştür. Bu kabule göre örneğin fail kırarak evde hırsızlık yapmak için doğrudan doğruya icra hareketlerine başlar, ancak girdiği yerden herhangi bir şey almaz, akabinde kilitli olmayan başka bir yerden paraları çalarsa nitelikli hal olan kırarak hırsızlığa teşebbüs ile suçun tamamlanmış temel şekli arasında fikri içtima kabul edilmektedir.⁹¹ Burada örnekleri çoğaltmak

⁹⁰ NStZ 2001, 247; Kasten öldürmeye teşebbüs ile yaralamaya teşebbüs arasında da fikri içtima hükümleri uygulanmaktadır. NJW 1999, 69.

⁹¹ Roxin, § 33 kn. 183; Kühl, § 21 kn. 56, *Kühl* bu gibi durumlarda fikri içtimayı kabul etmekle birlikte bahsedilen diğer halleri kanunların içtimai hallerinden olan yardımcı normun sonralığı başlığı altında incelemektedir.; Burada ayrıca Alman Ceza Kanunu’nun özel hükümler kısmı sistematığına baktığımızda Türk Ceza Kanunu ile benzer olmayan bazı hususlar göze çarpmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabında suç tipleri düzenlenirken maddelerin genelinde suçun temel şekli, (daha az veya daha ağır cezayı gerektiren) nitelikli halleri ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenlenmiştir. Ancak ACK’da bu hallerin yanında kanunda “kuralın örnekleri” ya da “kural örnekler” olarak (Regelbeispiel) olarak ifade edilebilecek hallere yer verilmiştir. ACK § 177 f. 6 (10 Kasım 2016 tarihinden önce f. 2), 243. maddelerinin örneklerini teşkil ettiği, bu durumlarda kanun koyucu suçun temel şekline daha göre daha ağır hallerin olduğu durumlarda failin daha ağır bir şekilde cezalandırılacağını vurgulayarak, hangi durumlarda daha ağır cezayı gerektirecek hallerin ortaya çıkabileceğine örnekler vermektedir. Yani bu tür örnek içeren düzenlemelerde belirtilen haller, yalnızca örnek mukabilinden sayılmıştır. Sayılanların dışındaki bazı durumlarda da ağır cezayı gerektiren hallerin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Sonuç olarak bu halleri takdir edecek olan hakimdir ve aynı zamanda söz konusu bu halleri uygulayıp uygulamama ve genişletme noktasında da takdir yetkisine sahiptir. Bu gerekçeden dolayı bu tür düzeleme içeren madde veya fıkralar suçun nitelikli hali olarak kabul edilmemekte sadece cezanın belirlenmesi esaslarından oldukları vurgulanmaktadır. Bu kabulün sonucu olarak da öğretilerde bu hallere teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. (Zaczyk, § 22 kn. 55; Marita Kieler, Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung und des sexuellen

gerekirse, öldürmenin nitelikli halinin (§ 211 ACK) teşebbüs aşamasında kalıp öldürmenin temel şeklinin (§ 212 ACK) gerçekleştiği, öldürmeye teşebbüs edilip kasten yaralamanın (§ 224 ACK) gerçekleştiği, yağmaya teşebbüs edilip hırsızlık suçunun tamamlandığı, ölüm neticeli yağmaya (§ 251 ACK) teşebbüs edilip, ölüm sonuçlu yaralamanın gerçekleştiği olaylarda fikri içtima kabul edilmektedir. Bu kabul ACK § 52’de düzenlenen fikri içtimanın açıklayıcı fonksiyonu olduğuna işaret edilerek açıklanmaktadır.⁹²

Gerek Alman Federal Yüksek Mahkeme’si kararlarında gerekse öğretide bu durumda açıklayıcı fonksiyonuna (Klarstellungsfunktion)⁹³ vurgu yapılarak fikri içtima kabul edilmektedir.⁹⁴ Fikri içtimanın bu özelliği ile gerçekleştirilmiş olan hareketin haksızlık içeriği (toplam haksızlık: das gesamte Unrecht) tam anlamıyla ifade edilmektedir.⁹⁵ *Arzt/Weber*⁹⁶ da bu durumda kasten işlenen nitelikli hale teşebbüs ile gerçekleştirilmiş temel şekil arasında fikri içtima ilişkisi olduğunu kabul eder. Bu yazarlar tarafından T’nin O’yu on gün özgürlüğünden yoksun bırakmak istediği ancak O’nun üçüncü gün kaçarak kurtulduğu olayda § 239 I ile § 239 III Nr. 1 arasında fikri içtimayı kabul edilir. Yine benzer şekilde ACK m. 303’te düzenlenen mala zarar verme suçu ile m. 305’te düzenlenen mala zarar vermenin nitelikli hali olan yapıların tahrip edilmesi suçu arasında fikri içtima kurallarının uygulanması kabul edilmektedir. Nitelikli hal olan yapıların tahrip edilmesi teşebbüs aşamasında kalıp, mala zarar verme gerçekleşir ise fikri içtima kuralları uygulanır.⁹⁷

Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen, Tenea Verlag, 2003, s. 85 vd.); Aksini ileri sürenler ise bu hallerin tipiklik unsurlarına yakın durduğunu ve bundan dolayı teşebbüse de elverişli olduklarını savunmaktadırlar. Roxin, § 29 kn. 170 vd.

⁹² Roxin, § 33 kn. 185; Kühl, § 21 kn. 56; Lackner/Kühl, Vor § 52 kn. 28; BGH, Urteil vom 24. 9. 1998 - 4 StR 272-98, BGHSt 44,196; BGH, Beschluss vom 21. 10. 2008 - 3 StR 408/08 NJW 2009 863.

⁹³ Fikri içtimanın açıklayıcı fonksiyonu sadece bu durumlar için geçerli değildir. Aynı zamanda fikri içtimaya biçilen bu fonksiyon ile tipe uygun hareketlerin çerçevesini de belirleyecektir. Fail her ne kadar tek bir ceza olsa bile bu fonksiyon ile birden fazla suçtan dolayı cezalandırıldığı saptanın ve hükümden failin hangi suçları işlediği ya da aynı suçun e sıklıkla işlediği anlaşılır. Detlev Sternberg-Lieben/Nikolaus Bosch, in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019, § 52 kn. 2; Roxin, § 33 kn. 109.

⁹⁴ Heintschell-Heinegg, § 239 kn. 19; Küpper/Börner, § 3 kn. 11.

⁹⁵ Ruth Rissing-van Saan, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 32-55, 12. Auflage, De Gruyter Verlag 2006, § 52 kn. 3.

⁹⁶ Arzt/Weber, § 9 kn. 32.

⁹⁷ Bernd Hecker, in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019, § 305 kn. 14.

L) SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Suçun temel şekline unsur eklemek suretiyle daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli haller düzenlenmektedir. Bundan dolayı nitelikli halin gerçekleştiği ya da nitelikli hallerin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda esasında suçun temel şekli de gerçekleşmiş olmakta ya da teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Suçun temel şekli üzerine bina edilen nitelikli haller ile suçun temel şekli arasında bu şekilde sıkı bir ilişki söz konusudur. Suçun gerek daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerekse daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği durumlarda temel şeklin gerçekleşmesi vazgeçilmez unsurlardandır. Yukarıda vurgulandığı üzere daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin söz konusu olduğu durumlarda temel şekil gerçekleşmiş ancak temel şekle eklenen unsurlardan dolayı eylemin haksızlık içeriği azalmış, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde de aynı şekilde temel şekil gerçekleşmiş eylemin haksızlık içeriği ise eklenen unsurdan dolayı artmıştır.

Türk Ceza Kanunu'ndaki teşebbüs hükümleri ile manevi unsur birlikte değerlendirildiğinde kasten işlenen suçlara ve haliyle bu suçların bütün hallerine teşebbüs mümkündür. Teşebbüsün söz konusu olabilmesi için suçun temel şekline ilişkin aranan şartlar nitelikli haller için de geçerlidir. Eğer fail suçun temel şeklinde olduğu gibi nitelikli haller bakımından da doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamamış ise nitelikli hale teşebbüsten söz edilemez. Bir başka ifadeyle her iki hal içinde doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmalıdır. Bunlardan birinin yokluğu teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına engeldir. Daha az cezayı gerektiren nitelikli haller ile suçun temel şekline yönelik icra hareketleri aynı hareketler olsa da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde temel şekle yönelik hareketlerin yanında başka hareketlerin de yapılması yani doğrudan doğruya icraya başlanması gerekir. Her ne kadar söz konusu hareketler ekseriyette temel şekle yönelik hareketler ile aynı zamanda gerçekleşse bile teorik olarak bu hareketlerin aynı zamanda gerçekleştirilme zorunluluğu yoktur ve hatta bazen nitelikli hale yönelik hareketlerin doğrudan doğruya icrasına temel şekle yönelik hareketlerden önce de başlanabilir. Buna örnek olarak TCK m. 142/2-d'de düzenlenen "hırsızlık suçunun haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle veya kilitlenmesini engellemek suretiyle" nitelikli hali verilebilir. Malın bulunduğu yerdeki kilidin, kilitlenmesini engelleyen kişinin hareketi nitelikli hale yönelik icra hareketidir. Engelleme hareketi ile hırsızlık suçunun temel şekli olan alma hareketi arasında zaman

farkı söz konusu olabilir. Fail öncelikle malı almak amacıyla kilidi bozarak ya da benzeri hareketlerle kilitlenmeyi engellerse nitelikli hale yönelik hareketini gerçekleştirmiştir. Ancak hırsızlık suçunun temel şekli bakımından doğrudan icra hareketlerine (alma hareketlerine) başlamadığı sürece hırsızlığa ve dolayısıyla nitelikli hale teşebbüsten bahsedilemez.

Suçun nitelikli halleri maddi unsurlardan olduğundan bu hallerin de kastın kapsamında olması gerekir. Kanun koyucu bu bağlamda suçun daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin kastın kapsamında olması gerektiği noktasında öğretilerde fikir birliği olsa da daha az cezayı gerektiren nitelikli hallere ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kanaatimizce daha az cezayı gerektiren nitelikli haller de kastın kapsamındadır ve bu hallerin söz konusu olabilmesi için suçun temel şeklindeki hareketlerin varlığı gerektiğinden, bu durumların kastın kapsamında olmadığı söylenemez. Şöyle ki başkasını yaralamak isteyen ya da başkasına cinsel saldırıda bulunmak isteyen kişinin bu suçların daha az cezayı gerektiren hallerine yönelik kastlarının olmadığı söylenemez. Çünkü çok her zaman azı da kapsamaktadır.

TCK'daki düzenlemeler değerlendirildiğinde suçun nitelikli hallerinin suçun maddi unsurlarından olduğu ve kastın işlenen suçlarda maddi unsurların kastın kapsamında olması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanuni düzenlemeler itibariyle ve aynı zamanda teorik olarak gerek suçun daha ağır cezayı gerektiren gerekse daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri kastın kapsamında olmalıdır. Ancak daha az cezayı gerektiren nitelikli hallere kanun koyucu daha az ceza verilmesi sonucunu bağladığından bu hallerin gerçekleştiği durumlarda (örn: sarkıntılık, hırsızlıkta değer azlığı, BTM ile giderilebilecek yaralama) sırf failin kastının daha ağırlığına yönelik olması bu hallerin göz ardı edileceği sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte daha ağırlığına gerçekleştirmek isteyen kişinin azını gerçekleştirmeye yönelik kastının olmadığını da söylemek mümkün değildir. Bundan dolayı meydana gelen daha az cezayı gerektiren hal ile gerçekleştirilmek istenen suçun temel ya da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri birlikte değerlendirilmelidir.

Suçun bütün nitelikli hallerinin kastın kapsamında olması gerektiği vurgulandıktan sonra ifade etmek gerekir ki; failin kastının tam olarak belirlenemediği durumlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesi istisnasız bir şekilde uygulanmalıdır. Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin söz konusu olup bu halin gerçekleştiği veya suçun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda failin suçun temel ya da daha ağır cezayı gerektiren hallerine yönelik kastı

ortaya konulamıyorsa fail gerçekleşmiş olan daha az cezayı gerektiren nitelikli halden ya da bu hale teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Ancak bununla birlikte suçun daha az cezayı gerektiren ya da temel hali gerçekleşmiş ve nitelikli hale yönelik failin kastı da söz konusu ise bu durumda da nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı göz ardı edilmemelidir. Suç teşebbüs aşamasında kalmış ve failin kastının daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale yönelik olduğu açık ise ve aynı zamanda bu hale yönelik doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmış ise nitelikli hale teşebbüs söz konusudur.

TCK'daki düzenlemeler bir tarafa bırakılırsa, kanaatimizce daha az cezayı gerektiren nitelikli haller suçun unsuru olmaktan ziyade cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususlar olarak düzenlenmelidir. TCK'nın 61. maddesinde meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan biri olarak düzenlenmiştir. Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak bir durumun kanun metninde daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmemesi ve böylece kanundan çıkarılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu şekilde bir uygulama yapılırken bu tür hafif durumların/neticelerin de alt sınıra yaklaşma sebebi olarak kullanılabilmesi ve adil bir cezalandırma sağlanabilmesi için temel şekle ilişkin cezaların alt sınırlarının düşürülmesi gerekir. Bu konuda ayrıca şu hususu da ifade etmek gerekir ki bazı olaylarda kanunda bulunan hafif haller gerçekleşse dahi maddede düzenlenen suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar vs. göz önünde bulundurulacak hafif halin uygulanmaması gerekebilir. Örneğin 13 yaşındaki bir çocuğun evde yalnız olduğunu bilen hırsızların eve girerek değeri az olan bir eşyayı kasıtları bunu kapsasa bile çalmaları halinde yalnızca değer düşüklüğünden hareket ederek cezada indirim yapılması doğru olmayacaktır. Hırsızlık ve yağma⁹⁸ suçlarında burada vurgulandığı şekilde bir uygulama kanuni düzenleme uyarınca mümkün olsa da daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerden olan sarkıntılık ve BTM ile giderilebilecek yaralama hallerinde hâkime indirim konusunda takdir yetkisi bırakılmadığından indirim yapılması gerekecektir.

Burada ayrıca, zikredildiği gibi daha az cezayı gerektiren bu hallerin kaldırılması durumunda hafif hallerin cezalandırmada göz ardı edileceği düşünülüyorsa bu hallerin gerçek bir “cezanın belirlenmesi hali” olarak kanunda düzenlenmesi söz konusu olabilir. Yani bu durumda suçun oluşabilmesi için

⁹⁸ YCGK. 30.04.2019, E. 2017/14-821, K. 2019/358 (Tezcan/Erdem/Önok, s. 821 dn. 539).

mevcut düzenlemeler uyarınca temel şekil yeterli görülecek ancak daha az cezayı gerektiren bu gibi haller söz konusu olduğunda hâkim bu hususu cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirmesi aşamasında değerlendirebilecektir.

Suçun nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalıp temel şeklin gerçekleştiği durumlarda cezalandırma bakımından en makul çözüme fikri ıçtima kurallarının uygulanması suretiyle varılacağı kanaatindeyiz. Alman Ceza Hukuku uygulaması ve öğretisinde de kabul edildiği üzere, fikri ıçtima kurallarının uygulanması suretiyle gerçekleştirilmiş olan eylemler ya da meydana gelmiş olan bütün neticeler böylece cezalandırmada göz önünde bulundurulmuş olacak ve böylece bu eylemlerin somut olaydaki haksızlık dereceleri de vurgulanacaktır. Yalnızca kanunların ıçtımının uygulanmasının meydana getireceği sakinler da giderilmiş olacaktır.

Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'ndaki ıçtima konusuna ilişkin düzenlemelerin mahiyeti de değerlendirilmelidir. Alman Ceza Kanunu'nda fikri ıçtima kuralları düzenlenirken Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak kanun metninde mağdura yönelik herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Fikri ıçtımın düzenlendiği ACK § 52'ye göre "bir hareketle birden fazla ceza kanunu ya da aynı ceza kanunu birden fazla ihlal edilirse yalnızca bir cezaya hükmedilir". Nitelikli haller ile suçun temel şeklinin aynı suç olduğunun düzenlendiği TCK m. 43'te aynı zamanda aynı neviden fikri ıçtımın söz konusu olabilmesi için mağdurların farklı kişiler olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu maddeye göre aynı kişiye karşı aynı suç tek bir hareketle birden fazla işlenemez. Böylece aynı neviden fikri ıçtımın aynı mağdura karşı işlenen suçlarda uygulanmasının önü kapatılmıştır. Öğretide de suçun temel şeklinin tamamlanıp nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda mağdurun da aynı kişi olması halinde fikri ıçtima kurallarının değil, özel norm genel norm ilişkisinin varlığından dolayı görünüşte ıçtima kurallarının uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır.⁹⁹ Burada şunu ifade etmek gerekir ki; yukarıda detaylı olarak anlatılan olayların bütün ayrıntıları kanun koyucu tarafından haklı olarak öngörülmeyp ve aynı hareketle aynı kişiye karşı birden fazla suçun işlenebileceği telakki edilmediğinden bu şekilde bir sınırlama yapıldığı kanaatindeyiz. Aynı neviden fikri ıçtımın söz konusu olduğu olayların ekseriyetinde, TCK m. 43/2'de düzenlendiği üzere, tek bir hareketle aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusudur. Aynı neviden fikri ıçtima halinin düzenlendiği m. 43/2'de mağdura ilişkin birden

⁹⁹ Coşkun, Neslihan, Fikri ıçtima, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 227.

fazla kişi olması şartı kaldırılırsa böylece bu tür olaylarda bu müessesenin uygulanması mümkün olabilecektir.

Mevcut kanuni düzenlemeler itibariyle yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan durumlarda fikri içtima kuralları uygulanamayacağından cezalandırmada, gerçekleşen neticeye göre cezanın belirlenmesi ancak verilecek cezanın da teşebbüs aşamasında kalmış eyleme verilecek cezanın alt sınırından daha az olmaması sağlanmalıdır. Ancak buna rağmen somut olayda bu mümkün değilse; yani daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale teşebbüsten dolayı verilecek olan ceza suçun temel şeklinden dolayı verilecek cezanın alt ve üst sınırları arasında olmayıp bu sınırdan daha yüksek bir ceza ise ceza teşebbüs hükümlerine göre belirlenmelidir. Bu örnek saklı kalmak kaydıyla cezaya hükmedilirken bazı olaylarda tamamlanmış suça göre bazı olaylarda ise teşebbüs aşamasında kalan hale göre cezanın belirlenmesi uygulama birliğini sağlayamayacağından bu şekilde bir uygulamanın daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı Adalet Yayınevi, 2019.
- Akkaş A H, Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 323-348, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/489094>> Erişim Tarihi 14.04.2021.
- Arslantürk M, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18 Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Arzt G/Weber U, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 3. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2015.
- Centel N, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, 2012 Sayı: 99, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 269-290, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/>

m2012-99-1160> Erişim Tarihi 15.04.2021.

Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt I, 4. Bası, Beta Yayıncılık, 2017.

Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta Yayıncılık, 2017.

Coşkun N, Fikri İçtima, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Doğan K, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Doğan K, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.

Gökçen A/Balcı M, Kasten Yaralama Suçu, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, 2014, s. 349-420.

Gökçen A/Balcı M, Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m 87), 2015, 21(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, s. 369-411, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/273401> > Erişim Tarihi 15.04.2021.

Gökçen A/Erdin S/Şenerdoğan B, Hırsızlık Suçu (m. 141), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.

Gürühan C/Topaç T H/Kanat A S E, Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı, 2016 Sayı: 8, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 219-237, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271201>> Erişim Tarihi 12.04.2021.

Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.

Hecker B, in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019.

Heinrich B, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 2014.

- Heintschell-Heinegg, von B, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Auflage C.H. Beck Verlag 2015.
- Hillenkamp T, in Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: Einleitung; §§ 1 bis 31, 12. Auflage, C.H. Beck Verlag 2007.
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, Beta Yayıncılık, 2016.
- Keskin Kızıroğlu S, Kasten Yaralama, in Ceza Özel Hukuku, Cilt II Kişilere Karşı Suçlar-1, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017.
- Kieler M, Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen, Tenea Verlag, 2003.
- Kindhäuser U, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Auflage Nomos Verlag, 2013.
- Koca M /Üzülmez, İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Kocalar S/Biçer Y, Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler, 1. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Köprülü T, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı, 2007 Sayı 71, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 254-263, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-343>> Erişim Tarihi 19.04.2021.
- Kühl C, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2012.
- Küpper G/Börner R, Strafrecht Besonderer Teil 1, 4. Auflage Springer Verlag, 2017.
- Lackner K/Kühl K, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage C.H. Beck Verlag, 2018.
- Mahmutoğlu F S/Karadeniz S, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2021.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Özbek V Ö/Meraklı S, Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar, Cilt: 19, Sayı: 1, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-42, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/1-VELI-OZER-OZBEK-SERKAN-MERAKLI.pdf>> Erişim Tarihi 11.04.2021.
- Özen M, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Öztürk B/Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Roxin C, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat, C.H. Beck Verlag, 2003.
- Rissing-van Saan R, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 32-55, 12. Auflage, De Gruyter Verlag, 2006.
- Yokuş Sevük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Sonnen, B-R, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 3, 5. Auflage, Nomos Verlag, 2017.
- Sözür A, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, 1994.
- Sternberg-Lieben D/Bosch N, in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019.
- Sternberg-Lieben D/Schuster F, in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019.
- Şare E, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 2017 (130), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 119-156, <<http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2017-130-1657>> Erişim Tarihi 15.04.2021.
- Şimşek A, Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2015 Sayı 28, s. 309-359.

- Taner F G, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Tezcan D/Erdem M R/Önok R. M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Tozman Ö, Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, 2015.
- Üzülmez İ, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.
- Wessels J/Beulke W, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 40. Auflage C.F. Müller Verlag, 2010.
- Wessels J/Hettinger M/Engländer A, Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 43. Auflage, Verlag C.F. Müller, 2019.
- Wieck-Noodt B, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4, 3. Auflage C.H. Beck Verlag, 2017.
- Yaşar O/Gökcan H T/Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt, m. 86-140, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.
- Zaczyk R, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1, 5. Auflage, Nomos Verlag, 2017.
- Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 5. Bası, Beta Yayıncılık 2015.

